



AED
Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA

Revista de la Asociación Escuela de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

DICIEMBRE
2018



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador



Centro de
Publicaciones
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR



Revista Ruptura.

RUPTURA

Impreso por
Digital Center

Diseño de Portada
Digital Center

Diagramación
Edwin Javier Lamiña Singo



AED
Asociación Escuela de Derecho

**DIRECTORIO DE LA
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2018**

Boris Ariel Obando Acosta
PRESIDENTE

Andrea Catalina Medina Canales
VICEPRESIDENTE

CONSEJO DE FACULTAD
Mirella Alejandra Tonato Chica
Sofía Pilar Cárdenas Carrera

COMISIÓN ACADÉMICA
Raissa Madeleine Mier Abad
María Andrea Echeverría del Pozo

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN
Pablo Sebastián Castro Jaramillo
Daniel Agustín Sepúlveda Villagómez

COMISIÓN DEPORTIVA
Carlos Alberto Pico Cedeño
Paul André Hinojosa Farinango

COMISIÓN SOCIAL CULTURAL
Génesis Grabrielle Santos Vivanco
Katherine Elizabeth Cando Cisneros

COMISIONADOS

Michelle Alejandra Aucancela Arévalo
Andrea Mishell García Ramírez
Gardenia Mikaela Álvarez Naranjo
Pedro Andrés Torres Salazar

Maité Anabelle Guaila Reina
Leslie Janicce Velástegui Aldas
Dayana Sofía Aguirre Cueva
Camila Franchesca Jácome Mejía

Mishell Yessenia Villacís Pérez
SECRETARIA DEL DIRECTORIO

Andrea Katherine Becerra Falconi
TESORERA

Daniela Carolina Mier Salvador
DEFENSORA ESTUDIANTIL

AGRADECIMIENTO

La Asociación Escuela de Derecho (AED) en el marco de sus 70 años de vida institucional, al ser un colectivo de representación estudiantil, ha contribuido al crecimiento académico y profesional de los estudiantes que han sido parte de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Como entidad coadyuvante del esfuerzo investigativo de la Facultad y la PUCE, que siempre ha tenido como finalidad generar espacios de difusión científica, agradece:

A la Srta. Renata Melissa Yunda López, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia por su participación como primera directora del nuevo "Equipo de Gestión Editorial de la Revista Ruptura" al equipo de gestores editoriales de la Revista Ruptura conformado por: René Antonio Gálvez Delgado, Cynthia Mishel Gudiño Flores, David Israel González Pogo, Paula Geovanna Jácome Sanango, Melissa Nicole Jurado Rivera, Álvaro Sebastián Toscano Holguín y Juan Pablo Toscano Holguín, todos estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia. De igual forma queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento al doctor Rubén Méndez Reátegui PhD, por guiar el esfuerzo y trabajo del "Equipo de Gestión Editorial de la Revista Ruptura". A los revisores externos que actuaron como <<pares ciegos>> verificadores de contenidos y lineamientos generales investigativos de la revista. Finalmente, a los articulistas que permitieron que esta edición salga a la luz con valiosos aportes generativos.

En ese sentido, vale la pena recalcar que el proyecto surgió a partir de la iniciativa de la Asociación Escuela de Derecho 2018, que bajo la dirección y asesoramiento del Comité Editorial de la Facultad y el aval del Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE, han facilitado y encaminado el arduo proceso de elaboración documental que esta revista requerirá en su futuro.

Esta edición, que en su antigua numeración fuera la Número 62, constituye la primera de la Tercera Época de la Revista Ruptura, la misma que se inicia con el afán de dotar de mayor visibilidad y difusión a la revista de acuerdo a los estándares internacionales vigentes en la academia.

Boris Ariel Obando Acosta
Presidente AED 2018

Andrea Catalina Medina Canales
Vicepresidenta AED 2018

EDITORIAL

La Revista Ruptura, es una publicación científica bianual de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico en un sentido dogmático y en su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. En ese sentido, puede utilizar el sistema de “especiales temáticos” en cualquiera de sus convocatorias.

Esta publicación tiene carácter semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) y orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de LATINDEX, SCIELO (Ecuador), WOS y SCOPUS. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENESCYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales sobre publicaciones e investigación científica regidas por la Facultad de Jurisprudencia, la Dirección de Investigación y el Centro de Publicaciones.

Ruptura se encuentra en su tercera época. Nació bajo el nombre de “Revista de la Asociación Escuela de Derecho” y en su número 18 adoptó su actual denominación. La Revista es dirigida por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCE, quienes conforman el Equipo de Gestión Editorial, y supervisada por el Comité Editorial (Publicaciones) de la Facultad, el Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE. Asimismo, la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras del más alto prestigio y miembros de los mejores estudios jurídicos del país que combinan el libre ejercicio con la labor docente.

Aborda temas desde una perspectiva exegética, inter y transdisciplinaria. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Se edita en castellano, inglés, italiano, francés y portugués. Incluye artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y reseñas de libros. También son considerados para publicación traducciones originales y/o divulgativas. Sin embargo, es importante señalar que, con la finalidad de mantener los altos estándares exigidos por la academia, la selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los

artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado. La revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números.

Ruptura se encuentra en el marco de la misión de la PUCE y su plan estratégico y operativo, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y la labor de vinculación con comunidades locales, nacionales e internacionales. Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Renata Yunda López
Directora de la Revista Ruptura

ÍNDICE

ARTÍCULOS.....21

La Franquicia: un Contrato Innominado Rentable

The Franchise: a Contract Unnamed Profitable

Abg. Mishelle Bermeo Vivar

Investigadora Jurídica, Farmaenlace Cia. Ltda..... 23

Límites y redefinición del principio *iura novit curia* en materia procesal civil. Fundamento constitucional, histórico civil y procesal

Limits and redefinition of the beginning *iura novit curia* in procedural civil matter. Constitutional, historical civil and procedural foundation

Pedro Gabriel Carrillo Miniguano

Investigador Jurídico..... 37

Vulneración al Principio de Unidad Jurisdiccional por la Superintendencia de Bancos

Violation of the Principle of Jurisdictional Unity by the Superintendence of Banks

Farid Josué Villacís De La Cueva

Investigador Jurídico, Corral Rosales Abogados..... 67

Los Efectos Jurídicos del Choque de Trenes en el Ecuador. ¿Un Vacío Constitucional?

The Legal Effects of the Train Crash in Ecuador ¿A Constitutional Void?

Abg. Xavier Palacios Abad

Investigador Jurídico, Durini & Guerrero Abogados 91

La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuente del Derecho

The Selection and Review of the Constitutional Court: The
Jurisprudential Precedents as a source of Law

Esteban Polo Pazmiño
Investigador Jurídico..... 115

El cuidado de los hijos desde la perspectiva de género: análisis y posibles soluciones

Caring for children from a gender perspective: analysis
and possible solutions

Abg. Paola Quezada Noboa
Investigadora Jurídica..... 143

Cinco críticas a la sentencia vinculante “el Estado como salvador externo” emitida por la Corte Consti- tucional del Ecuador

Five criticisms of the binding sentence “the State as an ex-
ternal savior” issued by the Constitutional Court of Ecuador

Abg. Christian Castañeda Flórez
Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)
Abg. María Consuelo Velasco Mancheno
Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)..... 161

Viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador

Feasibility of the typification of the involuntary disappea-
rance in Ecuador

Fernanda Abigail Vaca Hurtado
Investigadora Jurídica
Abg. José Feliciano Valenzuela Rosero
Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)..... 185

La Criminología en la Historia: Aspectos que el Derecho Penal debe Considerar

Criminology in the History: Aspects that Criminal Law should consider

Jorge Luis Chiriboga

Investigador Jurídico..... 199

La buena administración: ¿un derecho fundamental, un deber de la administración o un principio rector?

Good administration: a fundamental right, a duty of the administration or a guiding principle?

Andrés Castillo Aucancela

Investigador Jurídico..... 225

Hacia un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos

Towards an International Legally Binding Instrument on Transnational Companies and Human Rights

Francisco José Salgado Rivadeneira

Investigador Jurídico, Ministerio de Relaciones

Exteriores y Movilidad Humana 239

Posorja, ¿Legitimidad sin Legalidad?: Vinculación con la Historia del Derecho Penal

Posorja, Legitimacy Without Legality? Linking with the History of Criminal Law

Felipe Andrés Rodríguez Moreno

Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)..... 255

Límites al Derecho de Autor: La Regla de los Tres Pasos en la Legislación Ecuatoriana

Limits to copyright: the rule of the tree steps in the Ecuadorian law

Abg. Geovanna Carolina Puente Alarcón

Investigadora Jurídica, Puente & Asociados Cia. Ltda. 267

La Relación entre el Sistema Penitenciario y el Aumento de la Delincuencia

The Relationship Between the Prison System and the Increases in Crime

Frank Sosa Gangotena

Legal Researcher 283

ARTÍCULOS

La Franquicia: un Contrato Innominado Rentable

The Franchise: a Contract Unnamed Profitable

Abg. Mishelle Bermeo Vivar

Investigadora Jurídica, Farmaenlace Cía. Ltda

Artículo Original (Revisión)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el presente artículo tiene como finalidad resumir ciertos conceptos básicos que nos sirven para entender cómo funciona una franquicia, señala varias recomendaciones y aspectos relevantes que se deben tomar en cuenta al momento de analizar qué franquicia adquirir. En el Ecuador el tema de las franquicias resulta prácticamente innovador. Salvo aquellos quienes tienen la suerte de ejercer en dicha área, son pocos quienes conocen su operatividad a fondo; pero, sobre todo, cuán exitoso resulta al final del día. Es por ello que, mediante este texto, pretendo introducir a los lectores a un breve resumen de la operación de la franquicia, y que ellos entiendan porqué, a pesar de su falta de regulación, la práctica lo ha convertido en uno de los negocios más rentables.

PALABRAS CLAVE: Franquicia, contrato civil, innominado, negocio, rentable.

ABSTRACT: this article aims to summarize certain basic concepts that help us understand how a franchise works, points out several recommendations and relevant aspects that must be taken into account when analyzing what franchise to acquire. In Ecuador, the subject of franchises is practically innovative. Except for those who are lucky enough to practice in this area, few know their operation thoroughly; but, above all, how successful it is at the end of the day. That is why, through this text, I intend to introduce readers to a brief summary of the operation of the franchise, and that they understand why, despite its lack of regulation, the practice has made it one of the most important profitable.

KEY WORDS: Franchise, civil contract, nameless, deal, profitable.

INTRODUCCIÓN

Las franquicias iniciaron como modelo de negocio en el Ecuador a raíz de la expansión de ciertas empresas internacionales. La primera en establecerse en nuestro territorio fue Martinizing en 1967; seguida a ella, llegaron franquicias como Kentucky Fried, Chicken (KFC), Pizza Hut, Burger King, Mc Donald's, entre otras. (López, 2012; p. 23 citado por Altamirano, 2016; p. 3)

“Los emprendedores ecuatorianos consideraron este modelo como una forma de expandirse, y crearon la primera franquicia ecuatoriana con el Yogur Persa, después en la ciudad de Guayaquil en el año 2005 las empresas: Coctelitos, La Tablita del Tártaro, entre otras, cambiaron su modalidad de tener sucursales a crear franquicias”. (López, 2012; p. 23).

Una vez que varios empresarios ecuatorianos analizaron que el modelo de franquicias era mucho más rentable, y operativamente llamativo para terceros, comenzaron a implementarlo en sus negocios, dando paso así a la creación de sus propios procesos internos, línea de merchandising y *know how*. Con este antecedente, fue importante también establecer los costos por el valor de su marca, así como también la garantía mínima del patrimonio de cada nuevo negocio y el porcentaje de comisiones que ganaría el futuro franquiciado.

Ahora bien, seguramente se encontrarán con las mismas interrogantes que nuestros empresarios ecuatorianos: ¿qué es un contrato de franquicia? ¿quiénes intervienen en este modelo de negocio? ¿cuáles son los parámetros básicos que se debe tomar en cuenta previo a establecer una franquicia? Pues bien, iniciemos con las respuestas.

Una franquicia:

“Es una moderna forma de comercializar productos o servicios por la cual el franquiciante otorga el derecho de utilizar su marca y a trabajar bajo su mismo sistema comercial en un territorio exclusivo a un tercero, llamado franquiciado. El franquiciado le abona al franquiciante un derecho inicial y posteriores regalías mensuales, asumiendo la gestión y el riesgo comercial y financiero del negocio. El sistema hace que el franquiciante ceda el derecho de utilizar su nombre comercial y la marca de sus productos y servicios, el know how, los métodos técnicos y de negocios, el procedimiento y otros derechos de propiedad industrial e

intelectual, apoyando al franquiciado con la prestación de asistencia comercial y técnica mientras dure el contrato de franquicia pactado". (Estudio Canudas, s.f.; p. 6).

En palabras de Lynn Christianson (2004) la franquicia:

"Es, desde el punto de vista técnico, un modo de distribución o de comercialización de un determinado producto o servicio, en el que intervienen dos partes: la poseedora de la marca y de un gerenciamiento prefijado: el franquiciante; y, la interesada en comprarlos: el franquiciado. Ambas partes firman un contrato, por el cual se establecen ciertas obligaciones: el franquiciante se encuentra en la obligación de ceder el uso de la marca, transferir el know-how a través del entrenamiento y los manuales de operación y brindar asistencia permanente. Por su parte, el franquiciado tiene la obligación de: cumplir con los estándares de calidad y operación, entrenarse, dar un buen uso a la marca (...). (p. 1)

Desde otro enfoque, "cuando una empresa permite a un inversor usar su nombre, su imagen corporativa completa, transmite la operatividad de su modelo de negocio y le dé soporte permanente para obtener ingresos, existe una franquicia". (Orozco, 2006; p. 69).

Es decir, un contrato de franquicia tiene por objeto otorgar una licencia a un tercero (puede ser una persona natural o jurídica) mediante la cual transmite la operatividad de su negocio, la autorización para usar su marca y todas las políticas que trae consigo, con la finalidad de generar un negocio para el franquiciado y un nuevo establecimiento rentable para el franquiciante.

En este orden de ideas, me resulta oportuno traer a colación la definición del *know how* dentro la franquicia. Tal como se desprende de su nombre, implica el saber cómo hacer determinado objeto o cómo prestar determinado servicio.

Ese saber del que hablamos se refiere a conocimiento en el sentido técnico, específico y especializado para realizar un proceso, empresa o industria, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia de años de ejercicio cotidiano y profesional de la actividad. (Alfaro, 2013; p. 237).

Según Narváez, citado por Alfaro:

El contrato de know how versa sobre prestación de conocimientos relativos a objetos (piezas de prueba, modelos no registrados, aparatos, herramientas, instalaciones de mecanización, inventos no patentados, etc.) datos y antecedentes técnicos que incluyen cálculos, fórmulas, planos, especificaciones, dibujos o diseños; etc.; e instrucciones para fabricar, producir o explotar un producto; o sobre procedimientos de fabricación; o comunicación de experiencias de explotación, o consejos prácticos y explicaciones sobre una patente determinada; o indicaciones para planificar la producción, distribución o venta directa y demás que se estimen complementarias. (Narváez, 1990, p. 238; citado por Alfaro, 2013).

Es resumen, podríamos decir que el *know how* es aquel conjunto de conocimientos, datos estructurales y operativos que diferencian un modelo de negocio de otro. Es precisamente este “saber cómo hacerlo” lo que permite al franquiciante, suscribir un contrato de esta naturaleza con un tercero; ya que, es este canal el que le permite al franquiciado entender cómo puede ser rentable y aplicable la franquicia por la que trabajará.

La Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA), manifestaron en su artículo “La franquicia en la creación de empresas” que el *know how* debe cumplir con tres condiciones elementales: ser secreto¹, sustancial² e identificable³. Mientras cuente con estas tres características, este conjunto de conocimientos podrá ser plenamente transferible e instruido a sus futuros franquiciados; incluso serán ellos mismos quienes noten la seriedad, organización y rentabilidad de su futuro negocio.

Básicamente contamos con dos intervinientes al momento de entablar la relación contractual, el franquiciado y el franquiciante. Según

-
- 1 Implica el cómo se configura puertas adentro, no debe ser una información a la cual se pueda acceder con facilidad; en especial, si es la competencia quien se encuentra interesada en obtenerla.
 - 2 Hace referencia a cuáles son los aspectos esenciales que permiten desarrollar la actividad principal de la franquicia.
 - 3 Es la característica más importante debido a que esto permite verificar si cumple con las dos condiciones antes manifestadas. Además, de que se podrá determinar mediante esta característica en qué se diferencia la franquicia versus las demás que se encuentran en el mercado, es decir, resaltar cuál es el valor agregado con el que se aporta y que genera en el franquiciado la confianza suficiente como para elegirla por sobre las demás ofertas.

lo que se desprende de los conceptos citados en líneas anteriores, el franquiciante es quien cuenta con una marca posicionada en el mercado, una línea de negocio debidamente delimitada y un *know how* que puede impartir a futuros interesados mediante la respectiva capacitación. Por el contrario, el franquiciado es la persona que ejecuta en un determinado establecimiento los conocimientos y forma de negocio enseñado de parte del franquiciante con la finalidad de obtener determinadas comisiones o retribuciones de forma mensual.

1. TIPOS DE FRANQUICIAS

Según la doctrina, existen dos tipos de franquicias a desarrollarse en el mercado: la franquicia de marca comercial y producto; y, la franquicia empresarial.

La franquicia de marca comercial y producto "es aquella en la que el franquiciante concede al franquiciado el derecho de usar su marca comercial o nombre comercial y vender su producto." (Lynn Christianson, 2004; pp. 1-2). Éste tipo de franquicia se caracteriza por ser considerada como una licencia de uso de marca, debido a que lo que pretende es únicamente expandirse, pero para que el mercado conozca su marca y el producto o servicio que se expende con ella.

A diferencia de ésta, la franquicia empresarial "es aquella en la que el franquiciante concede al franquiciado el derecho de usar su marca o nombre comercial, de distribuir el producto o brindar el servicio y asistirlo en todos los otros aspectos inherentes al negocio". (Lynn Christianson, 2004; pp. 1-2). Esta franquicia busca transmitir más que una marca o un nombre comercial, su objetivo es que su franquiciado cuente en su establecimiento con las mismas políticas de calidad, estándares de cumplimiento, metas y objetivos anuales, capacitaciones para optimizar el servicio, con las que cuenta el franquiciante a fin de que el cliente, independientemente del establecimiento al que acuda, no perciba diferencia alguna.

Evidentemente para una empresa cuya meta es alcanzar una mayor cobertura en el mercado en el que se encuentra, siempre optará por manejarse bajo el modelo de la franquicia empresarial. Esto es debido a que su interés es el de aumentar calidad de servicio y/o producto conforme aumentan sus establecimientos; es decir, no se centra únicamente en su deseo de expansión, sino de que esa expansión sea pro-

porcional a las ventas de cada nuevo local franquiciado. Para ellos, un punto de venta franquiciado que no se ajusta a las ventas deseadas, es como haber fracasado en la franquicia.

2. VENTAJAS DE LA FRANQUICIA VERSUS CONTAR UN ESTABLECIMIENTO PROPIO

Si nos colocamos los anteojos de un empresario, se nos vendrá de forma inmediata la siguiente pregunta: ¿por qué debería elegir franquiciar mi negocio en lugar de incrementar mis establecimientos mediante sucursales o agencias? La respuesta es sencilla.

El franquiciante se encarga de realizar una supervisión del cumplimiento de su know how, así como de brindar asistencia de forma permanente y oportuna siempre que sea solicitada por el franquiciado; esto sucede debido a que cuenta con un tercero que está detrás de su parte del negocio; y, éste tiene como obligación dirigir, encaminar y buscar un crecimiento significativo debido a que ello se verá reflejado en sus ganancias al final de cada mes. De la otra cara de la moneda, el franquiciado cuenta con un negocio que es próspero, cubierto bajo una marca posicionada en el mercado, con instrucciones claras para ejecutar la actividad comercial e incluso, en algunas ocasiones, hasta dotado de personal para la correcta operatividad de su establecimiento.

“Sea cual fuere el sector en el que la empresa venga operado, ya sea en funciones industriales, con actividades de comercialización o distribución o bien en la prestación de servicios, la franquicia ha de ser contemplada como una alternativa que reportará a la empresa innumerables y claras ventajas. Es más, no tendría sentido iniciar proceso alguno de expansión sin haber analizado con anterioridad la posibilidad de franquiciar”. (Mosquera, 2010; p. 76).

La adquisición de una franquicia permite una expansión de la marca del franquiciante en el mercado en el que se desarrolla el negocio mientras que genera en el franquiciado una idea de independencia laboral y económica. Es decir, es un ganar-ganar. (Ayala y Garzón, 2005; citado por Mosquera, 2010; p. 72).

“Si deseáramos comparar los pros y contras de contar con un negocio de franquicia versus locales propios, debemos tomar en cuenta los siguientes aspectos que hacen que la franquicia sea una mejor opción: el

franquiciado ya tiene un éxito empresarial de la marca o servicio que desea franquiciar por lo que se encuentra obligado a mantenerse o incluso superar dicho umbral, el persona con el que trabaja se encuentra bajo nómina del franquiciante (en la gran mayoría de casos), no debe realizar esfuerzo por posicionar la marca, ya que ésta se encuentra identificada por el mercado en el que trabaja. [En definitiva] el sistema de franquicia está diseñado para ofrecer, generalmente, una fórmula de éxito suficientemente probada con anterioridad, a la que se une asesoramiento y, en muchas ocasiones, formación continua". (Mosquera, 2010; p. 77).

Al igual que varios entendidos en la materia, considero que el negocio de franquicia cuenta con una principal característica, y ésta es la de ser un éxito probado. El franquiciante aporta sus conocimientos y experiencias para el desarrollo ideal de un determinado negocio, mientras que el franquiciado se beneficia de una economía desarrolla a gran escala lo que le permite ahorrarse costos de inicio. (Mosquera Muñoz, 2010; p. 77).

3. LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA FRANQUICIA EN EL ECUADOR, ¿ES UN PROBLEMA?

Es evidente que a lo largo del artículo, no he citado ninguna normativa ecuatoriana referente a la franquicia, y eso es debido a que dicho particular no se encuentra normado en nuestro ordenamiento jurídico.

Los contratos de franquicia se regulan básicamente por las normas contempladas en el Código Civil, en especial bajo los principios generales contractuales, siendo el principal: primar la voluntad de las partes en el contrato a suscribirse. Y, encuentran su límite en las normas del Derecho de Competencia.

Ahora, ¿verdaderamente es un problema no contar con esta regulación? Personalmente creo que no. Después de ejercer algún tiempo la profesión, y trabajar en este campo contractual, he podido percibir que es notorio el vacío legal que existe, eso es algo innegable. Sin embargo, a raíz de las prácticas empresariales y comerciales, se ha podido llegar a un modus operandi de la franquicia como tal. Ello trae consigo: un modelo de contrato ya establecido, un know how delimitado, una marca registrada, valores base para el patrimonio y ganancia, entre otras.

Considero que si en algún momento llegase a existir una normativa que regule a las franquicias, ésta debería hacerlo de una forma general. Es decir, no debería obligar a tener un mínimo o un techo para el patrimonio, u obligar a los franquiciantes a establecer un porcentaje base o tope de los réditos mensuales a percibir. Ello, sería demasiado atentatorio debido a que cada franquicia es tan diferente como lo es una empresa de otra. Pero, si se piensa en definir lo que es una franquicia, sus elementos principales, cómo se constituye el patrimonio, si determinados gastos o inversiones podrían tener algún tipo de ventaja tributaria, pues estaría sin duda a favor de ese cuerpo normativo.

Sin embargo, ya que topamos un punto de realidad sobre las franquicias en el Ecuador, no puedo dejar de mencionar que ya se cuenta con una iniciativa para destacar este sistema empresarial. Esta iniciativa se centra en la Asociación Ecuatoriana de Franquicias (AEFRAN). Ésta entidad es una sociedad sin fines de lucro cuya misión principal es promover, proteger y desarrollar el sistema de franquicias en el Ecuador. A pesar de no ser una entidad muy conocida en el medio, poco a poco han existido varios franquiciantes que han decidido formar parte de esta asociación con la finalidad de resaltar a su franquicia, y ser una de las primeras opciones a considerar por parte de los futuros franquiciados.

Al no existir base legal que “en papel” proteja la seguridad jurídica de los intervinientes de un contrato de Franquicia, sería imprescindible reconocer que debe llevarse a cabo a través de un contrato mercantil o comercial con toda la normativa que los rige. De esta forma tanto el franquiciador como el franquiciado tienen la posibilidad de ejercer la respectiva acción ante las instancias judiciales oportunas, en orden al principio fundamental de tutela judicial efectiva. Es así que, cuando aparezca un potencial riesgo en sus intereses y, o derechos, o en efecto se vean transgredidos, tengan la plena libertad y facultad para ejercer acciones de resolución o de nulidad del contrato mercantil (de franquicia). Así mismo para asegurar el aspecto económico, que cómo se ha explicado, es un tópico no menor, y que puede generar varios riesgos, es de suma importancia que en el contrato de Franquicia se incluyan cláusulas que comprometan la Buena Fe de las partes, con el objeto de resguardar y afianzar el beneficio económico que buscan los intervinientes.

4 Ver más en: <https://aefran.org/>

3.1. ¿Por qué la obtención de una franquicia resulta rentable?

A pesar de que resulta aún un tanto novedoso tratar el tema de las franquicias, dentro del área corporativa siempre ha sido llamativo su ejercicio y rédito económico. Es interesante cómo la prisa que sienten determinadas personas para lograr una independencia laboral y económica, resulto ser uno de los fundamentos principales para crear la franquicia. (Ayala y Garzón, 2005; citado por Mosquera 2010; p. 72).

Quizás la principal ventaja de la franquicia es la posibilidad que ofrece de ser dueños de su propio negocio, siento tal vez el mejor camino para crear un patrimonio. El poner en pie una franquicia supone formar parte de un negocio ya constatado, lo que permite reducir el riesgo de iniciar un proyecto solo. El franquiciado es respaldado por la garantía de una marca que cuenta ya con un prestigio, una aceptación y reconocimiento. (Mosquera, 2010; p. 82).

¿Acaso no es el sueño de varias personas el contar con su propio negocio, que sea exitoso, rentable y con el cual pueda generar recursos de forma periódica? Pues básicamente eso es lo que una franquicia ofrece a las personas. Sin embargo, es importante también tomar en cuenta que quien desea ser franquiciado de determinado negocio, deberá ponerse al frente de éste y hacer las funciones de un jefe. Ningún negocio sale adelante si no se trabaja por ello, y en las franquicias, esa no es la excepción.

Ahora, desde mi punto de vista, el patrimonio con el cual uno ingresa para obtener una franquicia, es el elemento más importante. Dicho patrimonio se convierte en la garantía del negocio. Es decir, al menos existe la certeza que dicho patrimonio jamás podrá reducirse, mas, todo lo contrario, podrá aumentarse dependiendo del progreso comercial de la franquicia.

Al adquirir una franquicia, el inversionista gana tiempo y dinero, pues el apoyo y la experiencia del franquiciante evita o minimiza el fracaso, además cuenta con manuales de operación y guías que detallan el proceso diario del negocio, así como la asesoría continua y la satisfacción de pertenecer a un negocio prestigioso. De esta manera, ser el propietario y administrador del negocio, es una idea atractiva y rentable para cualquier emprendedor. (Ekos, 2013; p. 70).

Desde ese punto de vista, y sobre todo tomando en cuenta la garantía de éxito que tiene la franquicia por encontrarse ya posicionada en el mercado, la inversión que el franquiciado realiza se encuentra más que respaldada, porque, de todas formas, tiene muchas más oportunidades de crecer que de perder.

Existe cada vez más confianza hacia este sistema estratégico de negocios, pues son amplias las posibilidades existentes para la proyección de empresas que ofrezcan productos y servicios de conformidad este esquema (...) Cualquier empresa que goce de un adecuado posicionamiento en su entorno de actuación, y que cuente con ciertas perspectivas de crecimiento, no puede dejar de ver en la franquicia una de las alternativas más rentables y eficaces para la consecución de todo objetivo relativo a la cobertura de nuevos mercados. (Mosquera, 2010; p. 71).

4. RECOMENDACIONES PARA ELEGIR UNA FRANQUICIA

A lo largo del artículo he realizado hincapié en lo rentable que resulta ser franquiciado de determinado negocio; sin embargo, me permitiré señalar un par de recomendaciones que espero les sean útiles al momento de decidir cuál franquicia elegir.

Según los miembros del Estudio Canudas de Buenos Aires (s.f.), las sugerencias para una óptima selección de franquicia son:

1. Enfocarse en un sector cuyas actividades comerciales puedan ser franquiciables: con ello, se podrá delimitar de a poco el amplio espectro que existe sobre el cual se elige una franquicia.
2. Analizar las fichas técnicas de las franquicias: esto conlleva a una identificación de la empresa franquiciante, cuáles son sus socios o accionistas, las marcas de productos o servicios de las que son propietarios, sus proyecciones, entre otros.
3. Constatar los datos recibidos por el franquiciante y analizarlos: dicho análisis deberá realizarse mediante cuatro ejes principales: el mercado, el franquiciante, el tipo de negocio y el contrato a suscribirse.
4. Verificar la información recibida: lo importante en este punto es que el futuro franquiciado pueda constatar que los datos que le

han proporcionado, concuerdan con aquellos reales y que se declaran incluso a entidades administrativas y de control.⁵

5. Elegir de forma objetiva tratando, en lo posible, de evitar guiarse por impulso o gustos superficiales: independientemente de algún gusto o preferencia que el futuro franquiciado tenga por un determinado negocio comercial; deberá ante todo ser objetivo y realista con el futuro que podría tener. A fin de cuentas, tendrá un patrimonio por el cual deberá velar.

Adicionalmente, de forma personal me permito acotar que siempre será importante analizar punto por punto el contrato que el franquiciante hará firmar al franquiciado. Debido a que no tenemos una normativa específica que podamos revisar para verificar si está correcto o no; sí es importante analizar que existen cláusulas básicas que forman parte del contrato de franquicias, como son:

a) Cláusula de Derechos de Propiedad Industrial: En esta cláusula el franquiciante deberá hacer mención a la marca o producto objeto de su franquicia; y, junto con ella, su respectiva identificación debidamente registrada en la entidad estatal de propiedad intelectual.⁶

b) Cláusula de Secretos Comerciales, Know How y Merchandising: En este texto, se hará constar la propiedad que tiene el franquiciante de los secretos comerciales, su know how así como también que será él quien proporcione todas las políticas e insumos para adecuar la nueva franquicia acorde a su modelo.

c) Cláusula de valor de franquicia: Esta cláusula señala cuál es el valor que el franquiciado deberá cancelar al franquiciante por el concepto de uso de marca. En la gran mayoría de casos, por no decir todos, este valor no es reembolsable.

d) Cláusula de Garantía: Este párrafo contendrá una especificación del valor que entrega el franquiciado como patrimonio para poder iniciar la franquicia. Dicho valor, a diferencia del valor de

5 En el caso ecuatoriano, podría verificarse mediante el portal web del Servicio de Rentas Internas (SRI); y, la página de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

6 Para el Ecuador, los derechos de propiedad serán otorgados por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), anterior Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

franquicia, deberá devolverse al franquiciado una vez terminado el contrato de franquicia de forma íntegra.⁷

e) Cláusula de Réditos/Comisiones: Como se indicó en líneas anteriores, una de las ventajas de contar con una franquicia, son los réditos mensuales a los que habrá lugar, producto de la ejecución de la actividad franquiciada. Éstos deberán ser plasmados de forma monetaria o a través de porcentajes. Si bien no suelen existir techos para estos valores, siempre contarán con una base.

f) Duración del Contrato: A diferencia de varios contratos de índole civil, la cláusula del plazo de los contratos de franquicia suele tener la particularidad de renovarse automáticamente; y, únicamente establecen la forma de terminación mediando una notificación por escrito con al menos 30 días. Esta situación obedece a una razón operativa. Es mejor estar al pendiente de los contratos cuyas terminaciones me notifican, versus aquellos que tengo que renovar cada determinado tiempo.

g) Cláusula de Cesión de Derechos de Franquicia: Al igual que varios derechos contractuales, los derechos de franquicia son plenamente cedibles. Sin embargo, en el contrato de franquicia deberá siempre contar con la autorización previa del franquiciante.

h) Cláusula de Confidencialidad: Mediante este texto el franquiciante garantizará que toda la información entregada al franquiciado se converse de una forma íntegra. Suelen existir casos en los que esta cláusula va atada a una cláusula indemnizatoria si se llegase a verificar el incumplimiento de esta norma de parte del franquiciado.

6. CONCLUSIONES

Antes de culminar el presente artículo, sí me gustaría que ustedes, lectores, se lleven 5 ideas claves: 1. El contrato de franquicia en el Ecuador no se encuentra regulado normativamente, sin embargo, en su práctica avanza bastante bien. 2. Actualmente es un negocio que

⁷ Es importante realizar la precisión de que, éste valor podrá disminuirse, siempre y cuando el franquiciado adeude valores con el franquiciante. Esta transacción será válida toda vez que el franquiciado manifieste por escrito que las deudas por cobrar podrán ser descontadas de dicho rubro.

cada vez crece más, y normalmente forma parte de uno de los objetivos de una empresa. 3. Resulta rentable debido a que el franquiciado no lidia con temas laborales ni posicionamiento de marca. 4. El patrimonio que el franquiciado aporta al franquiciante se encuentra garantizado. 5. La obtención de una franquicia puede convertirse en una idea de empresa para el franquiciado; esto conlleva de su parte un compromiso para obtener mayores ingresos, mismos que se reflejarán en sus comisiones a recibir.

Más allá de que sea de conocimiento o no cómo operan las franquicias en el Ecuador, mi afán es insertar en ustedes una pequeña semilla de lo exitoso que resulta la obtención de una franquicia. Muchos hablan de las franquicias como el negocio del futuro, porque a nivel corporativo se espera contar con una variedad mucho más amplia de la que contamos ahora. Eso incluso motivaría a ser mucho más ágiles al momento de pensar en cómo vender nuestro producto o servicio, cómo mejorar la calidad y, sobre todo, fidelizar a los clientes, quienes, a fin de cuentas, ayudan a que esto salga adelante. Si lo pensamos de esa forma, resulta interesante, ¿verdad?.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Altamirano, A. (2016) *Estudio de factibilidad para implementar una nueva franquicia del Instituto de Inglés South American Language Center en la parroquia Kennedy, Quito, provincia de Pichincha. año 2015-2016.* (Tesis de Ingeniera en Finanzas, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador). Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/8718/1/T-UCE-0005-083-2016.pdf>

Alfaro, M. (2013) El know how y su aplicación práctica en el Contrato de Franquicia. *Revista Judicial Nro. 109.* Costa Rica. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31084.pdf>

Arruelas, A. (2004) *El contrato de franquicia comercial en la legislación ecuatoriana.* (Tesis de Abogado, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador). Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3991/1/T-UCE-0013-Ab-250.pdf>

Asociación Ecuatoriana de Franquicias (2018). Portal web oficial: <https://aefran.org/>.

Confederación de Empresarios de Andalucía. (2016) *La franquicia en la creación de empresas*. Sevilla, España. Recuperado de: <https://mushashi.es/wp-content/docs/franquicia-empresas.pdf>

Ekos. (2013) Franquicias, un negocio rentable. *Revista Ekos*. Quito, Ecuador. Recuperado de: <http://www.ekosnegocios.com/revista/pdf-Temas/677.pdf>

Estudio Canudas (s.f.) *El ABC de la Franquicia*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://franquiciasfci.com/ABC-De-La-Franquicia.pdf>

Mosquera, F. (2013) *La franquicia: Una estrategia de crecimiento empresarial*. Recuperado de: <http://www.eafit.edu.co/revistas/revistamba/Documents/franquicia-estrategia-crecimiento-empresarial.pdf>

Límites y redefinición del principio *iura novit curia* en materia procesal civil. Fundamento constitucional, histórico civil y procesal

Limits and redefinition of the beginning iura novit curia in procedural civil matter. Constitutional, historical civil and procedural foundation

Pedro Gabriel Carrillo Miniguano
Investigador Jurídico

Artículo Original (Revisión)
Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el principio *Iura Novit Curia* o *Ius Novit Curia* –como se lo trata en este artículo– aplicado en el Derecho Civil además de buscar la óptima aplicación de normas jurídicas en un proceso jurisdiccional a través del juez, busca la prevalencia del Derecho. De aquella forma se analiza que cada norma debe responder positivamente a la Constitución que es su condición de validez y de unidad; esto no significa que la constitución no deba justificarse materialmente en el respeto a la dignidad humana que a su vez se hallará contextualizada y condicionada por la naturaleza gregaria del ser humano.

PALABRAS CLAVE: *iura novit curia*, derechos, Derecho Civil, Constitución, dignidad humana.

ABSTRACT: the principle *Iura Novit Curia* or *Ius Novit Curia* -as it is dealt with in this article- applied in Civil Law as well as seeking the optimal application of legal norms in a jurisdictional process through the judge, seeks the prevalence of law. In this way, it is analyzed that each norm must respond positively to the Constitution, which is its condition of validity and unity; this does not mean that the constitution should not be materially justified in respect for human dignity, which in turn will be contextualized and conditioned by the gregarious nature of the human being.

KEY WORDS: *iura novit curia*, rights, Civil law, Constitution, human dignity.

INTRODUCCIÓN

Para desarrollar cualquier tesis o propuesta es necesario exponer los fundamentos en los que se basa el tema planteado. Para el efecto, se iniciará por analizar los derechos fundamentales enfocados desde la perspectiva del Derecho Constitucional; en segundo lugar, se revisarán las características primordiales del Derecho Civil, aborda la separación que tuvo el derecho objetivo y el derecho sustantivo; en tercer lugar, se redefinirá e indicar los límites que son propuestos para el Principio *Iura Novit Curia* en el Derecho Procesal Civil en relación a dos principios fundamentales del procedimiento: el principio dispositivo y el principio de congruencia, desde la panorámica procesal; y, finalmente, se señalará los puntos de convergencia que se da entre las ramas del Derecho señaladas a través de las conclusiones.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO CONSTITUCIONAL

1.1. Relación Necesaria

El profesor Hernán Salgado (1995) sostiene que: “La expresión ‘derechos fundamentales’ hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica.” (p.15). Aquella protección debe contar con mecanismos, previstos en la norma jerárquicamente superior –constitución–, tratados internacionales de derechos humanos y desde la doctrina. El texto constitucional, es el mecanismo idóneo para dicho fin realizado por el poder constituyente garantizando la protección del ser humano y de sus derechos como finalidad primordial.

Los derechos fundamentales sin garantías o sin medios de protección serían una mera enunciación para legitimar un sistema totalmente antijurídico, como bien lo señala la doctrina constitucional

Si el constituyente vulnera los derechos fundamentales o la dignidad de la persona humana, así como las demás limitaciones a dicho poder, la carta política se torna antijurídica –lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio– y regirá por la fuerza de los hechos y no por fuerza del Derecho (Oyarte, 2014, p.69).

Se debe poner especial atención a la disyuntiva que el autor, recientemente citado, realiza. El Derecho no es lo que se ha plasmado en codificaciones o cualquier producto del Poder Legislativo, sino lo que se crea y se va adaptando para dar protección, regulación y promoción de los derechos fundamentales.

Dicha idea la ha desarrollado el profesor argentino, Rodolfo Luis Vigo, quien incluso la categoriza como una de las notas características de lo que fue el Estado Legal de Derecho (de aquí en adelante: ELD) –la sinonimia entre Derecho y ley– luego la contrasta con el actual –al menos en teoría, porque la práctica es muy cuestionable– paradigma jurídico- político llamado Estado de Derecho Constitucional (desde aquí: EDC) y finalmente nos recuerda que estos cambios de paradigma obligan a realizar nuevos planteamientos en tres temas: “formular diferentes concepciones acerca del Derecho, del Estado y el perfil del jurista funcional” (Vigo, 2016, p. 1).

El cuadro a continuación se resumen las doce características que dicho autor establece para el ELD, con el propósito de verificar la nueva fundamentación y enfoque que se le da a la dignidad humana dentro de cualquier ámbito, ya sea público o privado, comparándolas con su actual tratamiento en el ECD*.

8 Si se desea revisar todas las características, con su definición y explicación léase el siguiente libro: Vigo, Rodolfo Luis, *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*. Capítulo I: “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”. p. 1-33.

Tabla I, Características del Estado Legal de Derecho y del Estado de Derecho Constitucional:

1	Estado Legal de Derecho	Estado Constitucional de Derecho
2	Sinonimia entre Derecho y Ley	Ruptura de la identificación entre Derecho y Ley
3	El Derecho en las normas o reglas	El Derecho en los principios o valores
4	La teoría de la fuente del Derecho	El desbordamiento de las fuentes del Derecho
5	La seguridad jurídica	La equidad
6	La constitución como programa político	La constitución como fuente de Derecho
7	La relevancia del Derecho Civil	La publicización del Derecho
8	Lógica formal	Retórica
9	Insularismo Jurídico	Las impurezas en el Derecho
10	Una teoría positivista	Una teoría no positivista
11	Los métodos interpretativos	La nómina de los argumentos
12	Los Derechos Humanos	La eficacia de los Derechos Humanos

Asimismo, se hace una aproximación práctica de aquel enfoque jurídico-político. En la actual Norma Suprema en su Art. 1 se proclama al Ecuador como "Estado constitucional de derechos y justicia". Aquello significa que en nuestro país ya se cambió el paradigma jurídico-político y que esa "innovación" debe ser tratada desde dos posiciones: de respaldo y otra de crítica; la primera es dada por la Corte Constitucional en transición, como se desprende de la Resolución N° 001-08-SI-CC:

El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parla-

mento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley. (...)

En Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la norma suprema establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como elementos principales los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa e inmediata aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Corte Constitucional.

2. ¿CUÁL ES LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA NORMATIVO ?

La transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto, trae sustanciales consecuencias frente a la interpretación de la Constitución; a saber: a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico, conforme al texto constitucional; b) Habrán de examinarse, a la luz del tex-

to constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado, doctrinariamente, bloque de constitucionalidad; c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de que los derechos y garantías en ella establecidos sean directa e inmediatamente aplicados en la solución de cualquier litigio o problema jurídico; y en su ausencia, se aplicarán las normas secundarias; y, d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y auto-mático para las normas preconstitucionales (ipso constitutione) y general, previa petición de parte, para las normas infra constitucionales posteriores a la Constitución.

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional (2008, pp. 25-26).

Una primera aproximación nos haría suponer que la Constitución del 2008 es una total innovación, pero como bien lo señala Oyarte (2014), que es la voz crítica de esta posición, tal postulado no es del todo novedoso:

A despecho de lo que se pretende indicar en este fallo, ninguno de esos elementos es novedoso y deben encontrarse presentes en cualquier Estado de Derecho [además] que el “Estado constitucional de los derechos y justicia es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y, el control judicial de la constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar en última instancia la Constitución”, indicando que una Constitución es material cuando contiene normativamente un conjunto de principio, valores y derechos, que definen normativamente los fines del Estado”. Nada novedoso, si se tiene presente que estas indicaciones son condición de cualquier Estado de Derecho profundo y que no se inauguran con la Constitución de 2008 (p. 67).

Dando un breve análisis de aquellos enfoques, lo que si se debe rescatar es la gran carga de principios y desarrollo de parte dogmática, haciendo que la parte orgánica se someta ante esta. La actual Constitución, además ordena en su Art. 11 N°3: “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” (Constitución 2008, de aquí en adelante: Cons 2008). Así mismo en su Art. 426 manda:

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, **aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.** No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” (Cons. 2008).

Así se puede determinar que la parte orgánica (Estructura del Estado, regulación del poder y actividades administrativas) se encuentra al servicio de la parte dogmática (principios, valores y derechos) con el fin de proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales que se derivan de esta, además de ser la materia principal de la ciencia jurídica ya que una finalidad que nadie podría discutir y que es propia del Derecho es aquella de permitir la vida en colectividad, a través de la creación de normas positivas, que en su mayoría deberían lograr el criterio de eficacia, que según Bobbio (2012): “El problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se las dirige” (p.22).

Para que resulte más fácil y eficiente crear normas, la doctrina ha clasificado los derechos fundamentales en base a distintos sucesos históricos. Antes de presentar dicha división, desarrollaremos una definición de derechos fundamentales, que nos servirá de aquí en adelante.

Entendemos que: los derechos fundamentales son las prerrogativas que pertenecen a las personas, ya sea en forma individual o colectiva, por el simple hecho de existir; estas serán y son inalienables, imprescriptibles e inembargables; aunque eso no les quita su calidad de condicionables⁹, siempre y cuando se busque el respeto al otro –que es un semejante– y no exceda el mínimo necesario para alcanzar el bienestar; todas las funciones anteriores, en su mayoría, deben ser realizadas por el Derecho, que en su manifestación estatal tendrá como límite el respeto a la integridad, desarrollo y dignidad de la persona; de aquella forma, la ciencia jurídica no debe encerrarse en sí mismo, evitar el Insularismo jurídico, sino ser una ciencia multidisciplinaria e inter disciplinaria que aporte al desarrollo de la sociedad y la entienda desde sus manifestaciones: sociales, políticas, geográficas, económicas y culturales.

De aquella forma la Constitución que es un elemento de protección de los derechos fundamentales deberá ser creada en base a las características de cada uno de los colectivos y circunstancias que se tenga en un país, siempre y cuando se busque el bienestar y llegar a lo que [Carlos Pereira Menaut (citado por Rafael Oyarte, 2014, p.56)] llama conciencia constitucional. Aquella característica se define como: la realidad [que] se produce [cuando] la sociedad acepta como válida a la norma que la rige, y por añadidura la respeta. (Rafael Oyarte, p. 56).

Observados de manera crítica los derechos fundamentales, su clasificación, según Hernán Salgado (1995) es:

Los derechos fundamentales han sido clasificados en tres grupos siguiendo un criterio cronológico e histórico³ en cuanto a su aparición y reconocimiento. Por ello se habla de generaciones de derechos.

A la primera generación –que es la de los más antiguos– corresponden los derechos civiles o individuales y los políticos; en la segunda, están los derechos económicos, sociales y culturales; y en la tercera generación –los más recientes– constan el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano: estos últimos son los derechos denominados de solidaridad y corresponden a los pueblos de la Tierra.

9 Los eventos históricos más simbólicos para esta clasificación son: La revolución francesa; el proceso de industrialización dado entre los siglos XVIII, XIX y el final del siglo XIX, la primera guerra mundial; la segunda guerra mundial y los procedimientos de Núremberg.

Los que nos interesan, en este ensayo debido a nuestro enfoque procesal civil y civil son los derechos de primera generación, específicamente los que esbozan el derecho a la propiedad y las relaciones de familia, como bien lo hace notar la definición de Derecho Civil dada por el Monseñor Juan Larrea Holguín (1983):

Es aquella rama del Derecho Privado Interno que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares, y el régimen de la familia y la propiedad.

Se entiende que el Derecho Civil al tratar de la familia se refiere a su constitución, formas, variaciones y derechos que derivan de las relaciones familiares, e igualmente al abordar el tema de la propiedad regula con amplitud todo lo referente a su adquisición, sus formas, su transmisión, pérdida, repercusiones, derechos anexos, etc." (p. 14).

Cabe recordar que la Constitución en la actualidad "es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico." (Art. 424 Cons 2008) y que además corresponden a las características de publicización del Derecho y eficacia de los Derechos Humanos – propios del ECD– :

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. **Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Como consecuencia de aquella, intromisión del Derecho Constitucional en las demás ramas, en especial las de Derecho Privado, se produce la constitucionalización, que según Vigo debe ser entendida como la humanización del Derecho, y por consecuencia del ordenamiento jurídico; y, en este caso, del Derecho Civil, que a pesar de ser

rama simbólica del Derecho Privado debe acoplarse a la constitución ya que allí encontrará su condición de validez y unidad.

Asimismo, las normas constitucionales –Constitución del 2008– que desarrollan la propiedad, la familia y las relaciones entre particulares –elementos distintivos del Derecho Civil– son de lo más variadas, pero citaremos las más relevantes:

Propiedad:

*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 26. **El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.***

*Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza **el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.** [El resaltado me pertenece]*

*Art. 324.- El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y **en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.** [El resaltado me pertenece]*

Familia:

*Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. **El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.** Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. [El resaltado me pertenece]*

Relación entre particulares:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen: c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. [Como violaciones a los Derechos Fundamentales]. [El texto de los corchetes me pertenece].

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

3. DERECHO ROMANO, DERECHO CIVIL, DERECHO CIVIL ROMANO Y DERECHO PROCESAL ROMANO. SEPARACIÓN DEFINITIVA DEL DERECHO ADJETIVO DE LA RAMA CIVIL

Aunque esas características que ahora le damos al Derecho Civil, no siempre fueron así e incluso uno de los elementos que poseía el derecho de los cives romanos (Ius civile) era el derecho adjetivo, según el romanista Romero Gross, el Ius civile era:

El nombre que los Jurisconsultos Romanos dieron al conjunto de normas, típicamente romano, propio de su pueblo, es decir al que nació de la entraña misma de este conglomerado social, conformándose a su auténtico carácter, a su tradición y costumbres jurídicas; al que desde sus principios rigieron los derechos subjetivos, la convivencia y las relaciones extrínsecas de los propios cives o ciudadanos de Roma. Obviamente el contenido y amplitud de este Derecho se fue incrementando y transformando conforme al avance del tiempo (p. 14).

Aquella evolución (cambio) es relevante debido a que inicia lo que se conocería como Derecho Procesal, en su primera manifestación, específicamente, Derecho Procesal Civil, que como bien lo señala Juan Larrea Holguín (1983) es:

Para los romanos lo fundamental consistía en la *actio*, esto es, en la posibilidad de mover la maquinaria del Estado o de la sociedad para obtener la debida protección de un interés justo. Por eso Gayo clasificaba las partes del Derecho Civil en las que tratan de las "personas", las "cosas" y las acciones. [además] Hoy en día, no admitiríamos la inclusión de las "acciones en el Derecho Civil, puesto que lo llamamos" derecho adjetivo", o sea el modo de hacer valer los "derechos sustantivos ante los jueces y tribunales (p.13). [El texto de los corchetes me pertenece]

Actualmente se considera al derecho de acción como un derecho subjetivo; esta concepción nace desde Roma en donde primero se la llama *ius actiones* o derecho de acción para, en un futuro tratarlo como la *actio* que como se señala en la cita anterior aún conserva su unión al Derecho Civil. La sociedad romana al desarrollarse social, política y sobre todo jurídicamente comenzó a darle un tratamiento diferenciado a las acciones de las cuestiones relacionadas con las personas (*cives* o *gentium*) y de las cosas (*res* o *rem*). Esta idea se analiza de mejor forma a través de las clases de acción que poseían y su fundamento, lo primordial fue el hecho de acudir a un tercero para la resolución de conflictos pasando a un sistema heterocompositivo desde uno autocompositivo. En el caso romano, en sus inicios, muy ritualista:

Tabla II, Tipos de acción:

Vindicaciones o acciones Reales	Buscaban la protección o reivindicación de un derecho real que se halla obstruido o violado
Condiciones o acciones Personales	Su objetivo era mantener la certeza o el efectivo cumplimiento de una obligación
<i>Tam in rem quam in personam</i> o acciones Mixtas	Buscaban dar seguridad a cualquier derecho real en el cual se halle, de igual forma, el compromiso de cumplir una obligación
<i>Stricti iuris</i> o acción en estricto derecho	Cuando dicho derecho subjetivo se daba con completa sujeción al ordenamiento jurídico
<i>Bonae fidei</i> o Buena fe	El juez tenía un sentido de amplia discrecionalidad para resolver las causas sometidas a su conocimiento.

Reipersecutorias	Se daba cuando las personas deseaban la adjudicación o restitución de una cosa determinada.
Penales	Se realizaba en el momento en que se deseaba un pago a título de indemnización por daños sufridos en consecuencia de hurto, injuria, etc.
Perpetuas	El derecho de acción no se extinguía por el transcurso del tiempo.
Temporales	Sucedía que el derecho de acción caducaba o se extinguía por el transcurso del tiempo señalado por la ley.
Directas	La misma persona afectada o acreedora ejercía dicho derecho.
Contrarias	Podían ser ejercidas por las partes obligadas o deudoras.
Populares	Las podía ejercer cualquier ciudadano en defensa de un derecho de interés público.
Privadas	Las ejercitaba cada uno de los ciudadanos en defensa de sus propios intereses
Simplicia o acción simple	Ocurre en el instante en que las acciones se desarrollaban de manera individual.
Duplicia o acción doble	Hubo ocasiones en que simultáneamente una de las partes asumía el papel de actor y demandado en un mismo proceso, actualmente se entiende aquella situación como: reconvencción.

Como se observa, el Derecho Procesal en Roma ya tenía un gran desarrollo debido a la cultura jurídica que ellos ejercían. Con aquella influencia y el desarrollo del Derecho, en la actualidad el Derecho Procesal:

regula la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos, y de la libertad y de la dignidad del hombre [que es inherente a este y que es la base de los derechos fundamentales], y la realización de formalidades necesarias para ciertos actos jurídicos, no solamente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también con el Estado e inclusive entre las diversas

entidades en que se divide (Devis Echandía, 2012, p.11) [El texto de los corchetes me pertenece]

De esta forma al ya desvincularse el Derecho Procesal del Derecho Civil, se han manejado diversas teorías; actualmente se concibe a la rama Procesal como parte del Derecho público, aquella situación se la concibe como:

La rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

La actuación del derecho positivo puede ocurrir en la solución de un conflicto, en la investigación y sanción de un hecho ilícito, en su prevención, en la defensa contra su posible repetición, en el cumplimiento de una formalidad o declaración y en la satisfacción coactiva [asimismo coercitiva] de un derecho. (Devis, Echandía, 2012, p. 5). [El texto de los corchetes me pertenece].

Por medio de aquella constitución pública del Derecho Procesal, se determina cuáles son los elementos indispensables, que son: La acción, de la que ya se ha hablado; la jurisdicción y el proceso. Se continuará analizando las dos que restan.

Jurisdicción: Una de las definiciones que se puede dar a la jurisdicción se encuentra prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial (De aquí en adelante COFJ) que establece:

Art. 150.- JURISDICCIÓN. - La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia (p. 48).

La presente definición contiene todos los elementos señalados por Devis Echandía (2012):

[...] la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de

la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar o sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias (p. 69).

Proceso: Cabe señalar que el proceso es aquel mecanismo otorgado por el Estado para la protección de las personas y sus derechos fundamentales. Dentro de este se hallan diversos procedimientos, es decir forman parte del proceso, pero tienen características específicas y dependerán de la realidad social que pretendan regular, como de la rama jurídica donde se halle. Es así que con mucha propiedad Devis Echandía (2012) señala: "denominamos procedimientos a los distintos métodos que la ley establece para su regulación. [Entiéndase que se refiere al proceso] (p.138). [El texto de los corchetes me pertenece]. Un ejemplo puede ser el procedimiento sumario para tramitar los divorcios contenciosos (Art 332 N°4 Código Orgánico General de Procesos, de aquí en adelante: COGEP). Una vez revisado la acción, jurisdicción y el proceso se revisará uno de sus principios transversales: el *Iura Novit Curia*.

4. REDEFINICIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

De suma importancia es acudir a la definición etimológica de cada una de las palabras que forman dicho principio para construir una idea de lo que estas significan.

Iura: En forma plural, derechos; mientras que, conjugado en su forma singular, Ius significa Derecho.

Novit: Conoce, conocer. Y su raíz, latina que es nosco, noscis, noscere (dependiendo del tiempo y la conjugación que se desee).

Curia: Tribunal, corte, juzgado.¹⁰ Declinación respectiva de curiae.

10 Entiéndase como cualquier órgano, pluripersonal o unipersonal que es designado como tercero imparcial. Representante del Estado y tiene como finalidad, dirimir un conflicto, sujetando su actividad a los límites jurídico-positivos (constitución, leyes, etc.); jurídico no-positivos (moral, ética, dignidad humana, etc.); académicos (doctrina) y fácticos (hechos).

Entonces, podemos actualizar la enunciación de dicho principio a: *Ius Novit Curia*. Pero esta variación se debe entender de una adecuada manera, debido a que el Derecho o *Ius*, que es lo que conoce el juez es decir aquella ciencia que contiene los lineamientos de protección, regulación¹¹ y promoción de los derechos o *Iura*. Esta disyuntiva es posible debido a la aplicación de los principios del ECD.

Bajo aquella perspectiva, de aquí en adelante aquel principio será tratado como *Ius Novit Curia*; en virtud de que el conocimiento del juez no solo es de derechos, sino de garantías, principios y demás herramientas, como el mismo Estado, que utiliza el juez para dirimir un conflicto a través del Derecho.

Esta tarea que tiene el juez de arreglar los conflictos, o reconocer derechos se puede visualizar en tres etapas: inicio del proceso, desarrollo del proceso, cierre o conclusión del proceso.

4.1. Inicio del proceso¹²

El juez muestra su conocimiento del derecho a través de la aceptación de la demanda; en nuestra legislación se establece requisitos que debe cumplir una demanda que apenas es presentada habilita el inicio del proceso. Pero si se desea que nuestra pretensión prospere es necesario que los fundamentos de hecho y de derecho se **hallen lo mejor detallado** en la demanda.

La calificación que realiza el juez, puede ser positiva o negativa. En caso de calificar la demanda como positiva, la tramitará y dispondrá

11 En el momento de referirme a regulación no se debe entender como sinónimo de concesión, debido a que los derechos fundamentales son la condición *sine qua non* de existencia de la constitución en sentido material, además de ser el requisito fundamental para el establecimiento del Estado de Constitucional de Derecho o su variante ecuatoriana: Estado constitucional de derechos y justicia. Y no concesiones del aparato estatal.

12 Existen varias posiciones para definir el inicio del proceso; parte de la doctrina señala que el proceso inicia una vez admita la demanda otra, en cambio señala que el proceso inicia una vez que se ha presentado la demanda sin que sea requisito admitir la demanda, ya sea en la primera oportunidad o después de aclararla o completarla. Nuestro actual Código Procesal, ordena que el proceso iniciará con la presentación de la demanda (Art. 141 COGEP).

que se realicen las diligencias solicitadas (Art. 146 COGEP). Ejemplo de aquellas diligencias, y que quizá es una de las más fundamentales, es la citación al demandado, debido a que allí se garantiza en una primera etapa, el principio de contradicción.

Se procede a citar al demandado para que presente sus excepciones o la presentación de una reconvencción para que así mismo el juez califique, ya que ésta deberá tener, los mismos requisitos que la demanda (Art. 151 COGEP) y en caso de ser positiva la calificación se forma un proceso en donde existen dos demandas, una del demandante y otra del demandado que para diferenciarla, se la llama reconvencción; pero que en su mayoría se la aplica las reglas de la demanda; cabe recordar que como existe contestación a la demanda, asimismo, basado en el principio de contradicción, existe la contestación a la reconvencción (Art. 155 COGEP) además de la respectiva calificación (Art. 156 COGEP).

Una de las particularidades que se halla en la reconvencción es que en materia de alimentos, esta no procede (Art. 154 COGEP).

Así, se observa que el Principio *Ius Novit Curia* es utilizado desde el inicio del proceso, debido a que al no cumplir con los requisitos que establece nuestro actual Código Procesal el juez inadmite la demanda y la manda a corregir o completar del ser el caso. De ello, resulta dos cuestionamientos:

4.1.1. ¿Qué pasaría si el juez admite la demanda, a pesar de que existen errores?

Se puede esbozar una respuesta general y que solamente se sustentaría en el principio de supremacía constitucional, según lo previsto en el artículo 169 de la Constitución:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** [El resaltado me pertenece].

Por aquella razón la respuesta sería que, a través del arreglo de la demanda presentada, que en un primer término debería ser rechazada pero no se lo hizo, el juez estaría acatando lo dispuesto por mandato constitucional, además de cumplir con los Principios de Eficacia y Celeridad. Entonces podríamos caer en la tentación de presentar demandas o contestaciones a la demanda sin basarnos en las normas correctas, porque el juez deberá aplicar el Derecho y así admitirá y solucionará los defectos que esta presenta; cuestión sumamente errónea a nivel profesional y jurídico. La Corte Suprema de Justicia (de aquí en adelante: CSJ), en el año 2004, específicamente a través de la resolución N° 216-2004, y en relación al principio *iura novit curia*, señaló:

“los aforismos latinos *«iura novit curia»* y *«da mihi factum dabo tibi ius»*, que expresan que la causa petendi está constituida únicamente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, y es el juez quien ha de señalar el derecho que corresponde aplicar a tal fundamentación fáctica; los tribunales no tienen la obligación, y **tampoco la necesidad de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, y bien pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, puesto que ello significa, precisamente, el antes señalado aforismo *«iura novit curia»*, porque es suficiente que las partes le den los hechos para que el juez les dé el derecho: *«da mihi factum dabo tibi ius»*.**

Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio *iura novit curia*, en el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil, y por ello los jueces y tribunales están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, siempre y cuando los fundamentos de hecho relatados por la parte actora en su demanda sean pormenorizados y explícitos, y su petición clara y concreta; lo propio cabe decir de la contestación a la demanda; de tal manera que el juzgador pueda establecer con certeza cuál es la norma legal aplicable al caso específico. [El resaltado me pertenece].

Esta resolución nos da paso a responder la segunda pregunta planteada, además de aclarar que el principio *Ius Novit Curia* –en un primer momento– se plasma en la aceptación de la demanda y se limita a través de lo expresado en la causa petendi y en base a los hechos y medios probatorios presentados.

4.1.2. ¿Qué tipo de errores son susceptibles de corrección?

Basados en lo expuesto por la CSJ, lo que se podrá resolver son las normas bajo las cuales se amparan las pretensiones, dadas por el accionante o el accionado, ya sea a través de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, que en nuestro actual Código Procesal son denominados actos de proposición y se desarrollan en el Título I, del Libro III que establece las disposiciones comunes a todos los procesos.

Las normas que sirven de fundamento son conocidas como los fundamentos de derecho que darán soporte para que se juzguen los actos que consideramos lesivos y contrarios a nuestros derechos. En nuestra legislación se prevé que dichos fundamentos deben hallarse, como uno de los requisitos, en los actos de proposición para así justificar mi derecho de acción, en caso de la demanda (Art. 142 N°6 COGEP) y la reconvencción (Art. 154 COGEP) y; mi derecho de contradicción a través de la contestación a la demanda (Art. 151 COGEP) y la contestación a la reconvencción (Art. 155 COGEP).

En definitiva, al inicio del proceso y a lo largo de este, los errores susceptibles de corrección por parte del juez, se refieren solamente a los errores de derecho, siempre y cuando los hechos hayan sido expuestos de forma clara, así lo ordena nuestro actual Código Procesal:

Art. 91.- Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes. (COGEP).

De lo dicho se establece que el El juez estaría habilitado para aplicar el principio *iura novit curia*, cuando el error incurrido se refiera a los dispuesto en el Art. 142 N° 6 del COGEP que se refiere a los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, **expuestos con claridad y precisión** [El resaltado me pertenece].

Basado en lo anterior, los jueces podrían justificar la inaplicación del Principio *Ius Novit Curia*, alegando que el demandado o demandante no propuso con claridad y precisión los Fundamentos de Derecho; aun-que, repito, es un problema aparente debido a que la solución se

halla en nuestro mismo ordenamiento jurídico a través de la aplicación de las siguientes normas constitucionales:

*Art. 424: La Constitución es la **norma suprema** y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán **mantener conformidad con las disposiciones constitucionales**; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. [El resaltado me pertenece].*

*Art. 425: El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: **La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.***

*En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, **las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.** [El resaltado me pertenece].*

*Art. 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** [El resaltado me pertenece].*

De esta forma, cerramos el aparente problema con lo conocido, en la doctrina como una derogación tácita del Art. 142 N°6 y que como consecuencia cae en la obligación de los jueces de enmendar los errores de Derecho en que incurran las partes ya que no se sacrifica la justicia por el olvido de solemnidades. Además de aplicar una interpretación sistemática del COGEP por medio del artículo 91, anteriormente citado.

4.2. Desarrollo del proceso

Una vez, realizadas las diligencias necesarias se dispone a realizar, dependiendo del procedimiento, una audiencia preliminar (procedimiento ordinario, contencioso tributario y contencioso administra-

tivo) o una fase preliminar, que se da en procedimientos que tienen audiencia única (procedimiento sumario, procedimiento ejecutivo y procedimiento monitorio).

Dicha fase o audiencia, de forma general busca que a través de un examen y resolución de cuestiones procesales se evite en lo posterior un auto inhibitorio o de nulidad que impida la terminación del proceso mediante una sentencia se resuelva el fondo de la controversia.e. Entre las diligencias que se deben practicar están: pronunciamiento de las excepciones de las cuales se creen asistidas las partes (se fija los puntos de debate); validez del proceso: anunciar la totalidad de pruebas de las cuales se hallen asistidos y que vayan a presentar en la audiencia de juicio; **la práctica –en lo posible de la prueba de oficio** (también conocida como prueba para mejor resolver: potestad exclusiva del juez); resolución de la admisibilidad de los medios probatorios basado en los criterios de conducencia, pertinencia, necesidad, idoneidad y utilidad; fijación de la fecha de la audiencia de juicio y la respectiva notificación que se da en audiencia. (Art 294 N° 1, 2, 3, 4, 5, 6 & 7 COGEP). Algo similar ocurre en los procedimientos de audiencia única, pero con dos fases, en la primera, llamada fase de saneamiento, en ella se fija los puntos del debate y se practica las diligencias necesarias para llegar a una posible conciliación (Art. 354 COGEP). Mientras que en la otra fase, la de resolución del conflicto principal y de los conflictos accesorios, una vez fijado los puntos del debate o mejor dicho: trabada la litis.

El simple hecho de que la potestad de dirección del proceso esté dada al juez es una muestra del Principio *Ius Novit Curia*, debido a que este principio no solo se limita a la aplicación de normas que no hayan sido utilizadas por las partes. Como bien se muestra en el Código Procesal el juez tiene control en las actividades de las partes procesales, el encausamiento del debate y la prevención de dilaciones innecesarias (Art. 3 COGEP).

Todas aquellas facultades muestran la capacidad del juez de aplicar el mejor Derecho disponible. La única forma de hacerlo es el conocimiento del mismo. De especial forma esto se halla en la práctica de la prueba de oficio (Art. 294 N°7 Literal b COGEP); debido a que es prueba busca el esclarecimiento de los puntos de controversia, para que así el juez aplique el Derecho ya que no podría excusarse de oscuridad, de ausencia de norma (laguna) o antinomia. (Art. 18 N° Código Civil)

y además sería una violación al Principio de Tutela Judicial Efectiva (Art. 11 N°9 Cons, Art 75 Cons & Art. 303 N° 5 COGEP).

Lo mismo ocurre en la audiencia de juicio, en caso de los procedimientos con doble audiencia. Así se inicia dicha etapa, con la lectura de lo determinado en la audiencia preliminar; la parte actora formula su alegato inicial, se ordena la práctica de pruebas, la parte demandada hace lo mismo y una vez terminada la audiencia el juez la puede suspender hasta formar su convicción. (Art. 297 COGEP). Así mismo, –en su gran mayoría– se aplica en los procedimientos con audiencia única pero con dos fases; donde la primera toma el nombre de fase de saneamiento y la segunda fase de resolución –aquí se introduce las pruebas y los alegatos, como en la audiencia de juicio del procedimiento ordinario–. (Art. 333 N° 4 COGEP).

Una vez resuelta la controversia se expide una sentencia que pondrá fin al proceso. Esto nos da paso a la tercera etapa. (No discutiremos acerca de las posiciones doctrinarias de fin del proceso).

4.3. Cierre o conclusión del proceso

La sentencia, en la doctrina, se encuentra dentro de los actos decisorios del juez, junto a los autos¹³. O en términos genéricos se les da el tratamiento de providencias judiciales (Art. 88 COGEP & Devis Echandía, 2012, p. 409).

El autor inmediatamente citado hace una definición precisa de la sentencia, entendiéndola que:

Es el acto por el cual el juez cumple **la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción**, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado [principio de congruencia]. [El texto añadido y el resaltado me pertenecen].

13 En nuestra legislación se detalla cuáles son los autos que se utilizará en el proceso civil: Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. (...) El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa. (COGEP).

Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene.

Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga (Devis Echandía, 2012, p. 411).

Mientras que en nuestra legislación se hace una exposición no tan detallada de la sentencia; solo se limita a señalar que: "La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso" (Art. 88 COGEP).

El puente necesario entre el Principio *Ius Novit Curia* y su aplicación en la sentencia, es, el Principio de Congruencia y el Principio Dispositivo. Explicaremos la naturaleza de estos dos últimos principio iniciando por el último.

Principio Dispositivo: Halla su consagración en la Constitución del 2008, como principio fundamental para el cumplimiento de deberes y el ejercicio de atribuciones que tienen los órganos jurisdiccionales en todas las materias (Art. 168 N°6 Cons). Su desarrollo, por obvias razones, se halla en el COFJ:

Art. 19.- Principios dispositivo, de intermediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de] conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas

[como la prueba de oficio] y actuadas de conformidad con la ley. [El texto de los corchetes me pertenece].

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

De manera similar lo explican los maestros¹⁴ de la Universidad Nacional Autónoma de México (De aquí en adelante UNAM) en su Guía de Estudio de Derecho Procesal Civil para los estudiantes de la modalidad abierta:

Por otro lado, el principio dispositivo establece que el proceso civil se inicia a instancia de parte, denominada "parte actora", lo que significa que el objeto del proceso es determinado inicialmente por el demandante, exponiendo los hechos y fundamentos de derechos en que se basa y el pronunciamiento o resolución que solicita del juez. Con las alegaciones que pueda hacer el demandado en su defensa, se termina por concretar el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que se discutirá a lo largo del juicio y que concluirá con una sentencia (p. 6).

Consecuentemente podemos señalar que el principio dispositivo se puede mostrar en dos etapas. Primera: Todo proceso dentro del Derecho Procesal Civil inicia a petición de parte legitimada en el momento de presentar su demanda; situación que va en conjunto con el derecho de acción (Art. 142 N°6 COGEP) y el derecho de acceso a la tutela efectiva de derechos e intereses (Art. 11 N°9 Cons, Art 75 Cons & Art. 303 N° 5 COGEP). Segundo: Su manifestación en el desarrollo del proceso debido a que en base a las pruebas aportadas por las partes y las ordenadas por el juez se irá desarrollando el proceso para que el juez muestre su conocimiento del Derecho a través de la sentencia y que se relacionen con los hechos aportados y probados.

Una muestra de aquella disposición que las partes, en especial el demandante tiene del proceso, ya sea al inicio o en desarrollo del mismo se muestra en el contrato de transacción. Entendido como un "contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. (Art. 2348 Código Civil). Además el COGEP lo regula como una forma extraordinaria de conclusión del proceso (Art. 235 COGEP); junto a la conciliación, el retiro de la demanda, desistimiento, allanamiento y abandono.

Así podemos proseguir al segundo principio, entendiendo que el Principio *Ius Novit Curia* tiene como límite el Principio Dispositivo, pero no de forma total ya que si se trata de garantías jurisdiccionales

14 Gervasio Villeda María Soledad, Ibarra Vázquez Brenda, López Faugier Irene y Alcaraz Hernández Silvia.

que hayan aparecidos durante el proceso, los jueces podrán separarse y, obviamente aplicar su conocimiento del Derecho y la segunda excepción se presenta por el mismo principio dispositivo, ya que el Derecho se seguirá aplicando siempre y cuando las partes continúen aportando los requisitos para continuar el desarrollo del proceso y no se lo abandone o desista porque se entendería que ya no desean un proceso jurisdiccional o incluso han llegado a un proceso auto compositivo, en donde las partes llegan a un arreglo sin necesidad de un tercero imparcial como el juez.

Por otro lado, si las partes deciden continuar con el proceso en sede jurisdiccional, deberán someterse a la sentencia expedida por el juez y esta deberá ser congruente.

Principio de Congruencia: Nuestra Corte Nacional de Justicia como mucha propiedad ha definido y ha dividido al principio de congruencia en dos aspectos: interno y externo.

El principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demanda, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto esta debe pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. (Juicio No. 660-2011, Jueza ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez).

El COGEP lo regula solo en el aspecto interno: Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso (Art. 92 COGEP). Mientras que el aspecto interno se lo plasma en la debida motivación que debe tener cualquier acto público (Art 76 N°7 Lit. L Cons 2008) y en la normativa inferior se regula de la siguiente forma:

Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia

cia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación (Art.89 COGEP).

Por aquella razón el principio *Ius Novit Curia*, que es la aplicación del Derecho debe ser coherente y en materia civil debe aplicarse en base al objeto del litigio que se hayan determinado en la audiencia preliminar o la fase de saneamiento y siempre respetando los derechos fundamentales de todos los integrantes del proceso. Para finalmente mostrarse en la sentencia.

Desde aquella perspectiva, el Principio de Congruencia se plasma en la motivación que se haga a la sentencia en la que el juez aplica sus conocimientos.

Hasta ahora hemos desarrollado el Principio de Congruencia suponiendo que el juez es infalible; por obvias razones sabemos que el juez es un ser susceptible de tener errores y de desapegarse del conocimiento del Derecho, generando incongruencia entre los puntos o controversias fijadas por el litigio y lo ordenado en la sentencia.

La doctrina ha clasificado ese tipo de sentencias incongruentes en tres tipos:

Tabla III, Sentencias incongruentes

Nº	Tipos	Definición
1	Plus petita o ultra petita	Cuando se otorga más de lo pedido
2	Extra petita	Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, se resuelve de puntos ajenos al litigio
3	Citra o mínima petita	Cuando se deja de resolver algo pedido

Es así que una incongruencia es una falta, ausencia o descuido del Principio *Ius Novit Curia*. Nuestro ordenamiento jurídico ordena que la congruencia debe tener las sentencias a través de su legislación adjetiva civil: “Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso” (Art. 92 COGEP). Bajo ese argumento la congruencia es la muestra más clara del Derecho, caso contrario, de presentarse la incongruencia se presenta la falla, o desconocimiento del Derecho, es decir de la parte sustancial del *Ius Novit Curia*.

5. CONCLUSIONES

La dignidad de la persona es el principal objeto de protección de las ciencias jurídicas. Así, los derechos fundamentales como expresión de lo humano, deben ser resguardados por el Estado, sin una intromisión excesiva, sino solo cuando estos se hallen en conflictos, sin importar que estos se hallan plasmados en derechos reales o derecho de propiedad, como en derechos de orden familiar.

La constitucionalización del Derecho aporta a la coherencia y evita –o al menos ese es su objetivo– los abusos que se podrían originar por la relación entre particulares y entre parientes, ya sean consanguíneos o afines. La separación del Derecho Procesal del Derecho Romano, marcó su clara vertiente pública, debido a que a esta rama se le encomendó la tarea jurisdiccional o de solución de conflictos –en su mayoría, ya que también puede ocurrir situaciones de jurisdicción voluntaria– entre los seres humanos. Ora, su finalidad será la protección del Derecho.

El actual sistema procesal, implícitamente trae instituciones del Derecho Procesal Romano, que tiene un carácter mixto (público-privado), como es el caso de la duplicia, que actualmente es la situación de un actor que es reconvenido.

Nuestro sistema procesal actual, opta por un proceso que inicia con la presentación de la demanda con los requisitos necesarios para tener un conocimiento de los hechos para, aplicar el Derecho e incluso subsanar los errores en los Fundamentos de Derecho.

Al inicio del proceso, el primer límite del principio *Ius Novit Curia* se da en: la causa petendi; ya que el juez deberá evaluar lo presentado y ver si es jurídicamente posible subsanar o no las deficiencias de el acto de proposición.

El principio *Ius Novit Curia*, se encuentra implícitamente en la Constitución ecuatoriana, como deber de todos los jueces en su tarea jurisdiccional.

En el desarrollo del proceso, el límite del *Ius Novit Curia* es el Principio de Inmediación, debido a que el juez deberá conducir el procedimiento con la mayor probidad posible. Sin descuidar la independencia e imparcialidad que debe tener en cualquier etapa del procedimiento.

La aplicación del conocimiento del Derecho, en caso de ser insuficiente, lo aportado por las partes. Se otorga al juez la facultad de ordenar una prueba de forma oficiosa o para mejor resolver con el objetivo de conocer de manera adecuada los hechos y así aplicar Derecho, ya que las actuaciones son otro de los límites que se presenta al *Ius Novit Curia*.

No importa en qué fase o en qué audiencia estemos, siempre será fundamental la aplicación del Derecho, para cumplir con el respeto a los Derechos Fundamentales. Durante todo el proceso, las partes disponen de este, debido a que mientras las partes deseen o mientras estas no lleguen a un acuerdo se están sometiendo al Juez. Es así que la aplicación del Derecho, también se limita por la voluntad, explícita o implícita de mantenerse en el proceso y que este termine con una sentencia, que es la forma regular y no otro medio excepcional, como la transacción, allanamiento, etc.

El juez puede desapegarse de la causa petendi, de manera oficiosa, si se tratare de garantías jurisdiccionales. Esta situación es otra aplicación del *Ius Novit Curia*.

Al cierre del proceso, el *Ius Novit Curia*, se limita a través del Principio de Congruencia, que debe hallarse específicamente en la sentencia, con un adecuado razonamiento y motivación, caso contrario se violaría el debido proceso (Art. 76 N°7 Literal Cons 2008).

La sentencia congruente es el documento más evidente, para plasmar el *Ius Novit Curia*.

El *Ius Novit Curia*, como se ha revisado es un principio fundamental durante todo el proceso, que no debe limitarse solamente a la aplicación de la norma, sino, a la protección y resguardo de los derechos fundamentales, concibiendo estos como la condición necesaria para la existencia del Estado.

El cambio de paradigma jurídico-político del ELD al ECD es la condición necesaria para que exista el *Ius Novit Curia*. Partiendo desde la reflexión fundamental de que el Derecho no es solamente lo que se halla en la ley, sino todo lo que protege la dignidad humana.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho*. Colombia: Temis.

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial No. 506. Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2011). Registro Oficial 449. Quito.

Código Civil. (2015). Registro Oficial 46. Quito.

Código Orgánico de la Función Judicial, (2015). Registro Oficial 544. Quito.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque de Palma.

Corte Nacional de Justicia. *Juicio N° 265-2013*.

Corte Nacional de Justicia. *Juicio N° 660-2011*.

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo en transición, *Resolución N° 001-08-SI- CC*.

Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N°001-16-PJO-CC*.

Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 216-2004*.

Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 123-2003*.

Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis.

Gozaini, O. (2011). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.

Kafka, F. (2016). *Cartas al padre y en la colonia penitenciaria*. Quito: Campaña de lectura Eugenio Espejo.

Nino, C. (2014). *Introducción al análisis del Derecho*. España: Ariel Derecho.

Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones

Pimentel, J. (2004). *Diccionario Latín-Español/Español- Latín*. México: Editorial Porrúa.

Romero, M. (2008). *Compendio de Derecho Romano*. Quito: Centro de publicaciones PUCE.

Salgado, H. (2014). *Introducción al Derecho*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Salgado, H. y Zambrano, G. (1995). *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: ILDIS.

Troya Cevallos, Alfonso. (2002). *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ecuador: Pudeleco Editorial

Vigo, R. (2016). *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vulneración al Principio de Unidad Jurisdiccional por la Superintendencia de Bancos

Violation of the Principle of Jurisdictional Unity by the Superintendence of Banks

Farid Josué Villacís De La Cueva

Investigador Jurídico, Corral Rosales Abogados

Artículo Original (Revisión)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: se suele confundir el ejercicio de las potestades administrativas con potestades jurisdiccionales; los jueces velarán por hacer cumplir la ley cuando dos partes se encuentren en disputa sobre algún interés particular o derecho presuntamente vulnerado, no obstante, los administrados también se sujetan a la potestad administrativa sancionadora, sometiendo al poder de policía administrativa, siendo una forma de intervención que ejercen ciertas autoridades con la finalidad de imponer acorde al interés general o público limitaciones a las libertades de los individuos.

Entre estos órganos administrativos se encuentran las Superintendencias, específicamente la de Bancos que mediante Resolución No. JB-2009-1303 que se encuentra confirmada por la Resolución No. SB-2015-663 amplía sus potestades de policía administrativa a verdaderas facultades de carácter jurisdiccional, a resolver conflictos entre particulares, auto-facultándose para ordenar la devolución de dineros, vulnerando el principio de unidad jurisdiccional establecido en la Constitución de 2008 y en el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009. Entendiendo que la finalidad del poder de policía administrativa es la protección del interés público y el de jurisdicción la protección de los intereses y derechos de los justiciables.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción, vulneración, administración, potestad, legalidad.

ABSTRACT: the exercise of administrative powers is often confused with jurisdictional powers; the judges will watch to enforce the law

when two parties are in dispute over a particular interest or right allegedly violated, however, those administered also subject to the sanctioning administrative authority, submitting to the power of administrative police, being a form of intervention that certain authorities exercise in order to impose limitations on the liberties of individuals according to general or public interest.

Among these administrative bodies are the Superintendence's, specifically the Banks, which through Resolution No. JB-2009-1303, which is confirmed by Resolution No. SB-2015-663, extends its powers of administrative police to real powers of a jurisdictional nature, to resolve conflicts between individuals, self-empowering to order the return of monies, violating the principle of jurisdictional unity established in the 2008 Constitution and in the Organic Code of the Judicial Function of 2009. Understanding that the purpose of administrative police power is the protection of the public interest and that of jurisdiction, the protection of the interests and rights of individuals.

KEY WORDS: jurisdiction, infringement, administration, power, legality.

INTRODUCCIÓN

En el siglo XVIII existe un hito histórico que trascendería para un cambio notorio en la humanidad: la revolución francesa; pensadores como Montesquieu plantean una nueva forma de gobernar en el cual a órganos específicos del denominado “Estado” se les encargue determinados asuntos, independientes los unos de los otros, y entre las facultades otorgadas a una de estas funciones fue la de: administrar justicia; encargada a la denominada “Función Judicial” el poder público de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En palabras de Montesquieu:

“Para fundar un gobierno moderado es preciso combinar las fuerzas, ordenarlas, templarlas, ponerlas en acción; darles, por así decirlo, un contrapeso, un lastre que las equilibre para ponerlas en estado de resistir unas a otras[...]. El gobierno despótico, al contrario, salta a la vista, es simple, es uniforme en todas partes; como para establecerlo hasta la pasión, cualquiera sirve para eso.” (Montesquieu, 1972)

Al otorgar plenos poderes o concentrarlos en una sola persona o entidad causaría un Estado absolutista, se enmarcaría los derechos de las personas a simples declaraciones de buena fe, ya que si una persona se encuentra encargada de todo el poder, la misma va a decidir acorde a sus convicciones o ideales la forma de organización. Es indispensable la activación sistemática de elementos causantes de frenos y contrapesos, para evitar que el despotismo de cualquiera de ellos cree un solo príncipe (Chujamarca, 2013).

Desde la Carta Fundamental de 1830 en Ecuador el constituyente estableció esta “separación de poderes”, otorgando al Poder Judicial la potestad de administrar justicia y en la cual señalaba su estructura:

“Artículo 45.- La Justicia será administrada por una alta Corte de Justicia, por Cortes de apelación, y por los demás tribunales que estableciere la ley.”

Se otorgó por medio del poder constituyente originario la facultad a determinados funcionarios públicos –conocido como juez o magistrado- que al existir un conflicto o controversia entre dos partes que acudan ante él, se le faculte la posibilidad de tomar una decisión, haciendo cumplir la ley, subsumiendo una norma general, abstracta al caso particular, mediante un proceso establecido con anterioridad en la norma, entendiendo como proceso judicial al: “*método pacífico, argumentativo y racional de debate entre dos partes antagónicas*” (Guarderas, Cañas & Hernández, 2016) garantizando igualdad de condiciones y el respeto a los derechos de las personas que se presentan ante esta autoridad jurisdiccional.

Según Reichel “*la misión de los jueces y tribunales consiste en la aplicación del derecho objetivo a casos singulares*” (García Maynez, 2006), deben aplicar las normas que son creadas por el legislador, y estas normas deben sujetarse a la conducta específica que aleguen las partes.

En la Constitución de 2008 (en adelante CE) en Ecuador existe un cambio notorio, relacionado a las funciones “comunes” que se mantuvo por décadas en su estructura estatal; se fragmentan los poderes en cinco sentidos: ejecutivo, judicial, legislativo, electoral, y transparencia y control social; generando una nueva óptica de división de poderes. El Poder Judicial constituido para administrar justicia lo conforman: Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados, y juzgados de paz (art. 178 CE), en donde originariamente (y durante casi toda la existencia como república) era el único Poder

Estatal que al existir un conflicto o controversia entre dos partes, el funcionario encargado aplicaba derecho para solucionarlo, a esto se lo conoce como principio de "unidad jurisdiccional", el que determina que las entidades públicas tengan las facultades de decidir sobre conflictos y solo ellos sean los únicos en realizar estas atribuciones. A partir del año 2008 la potestad jurisdiccional se entregó a órganos ajenos a los jueces de la Función Judicial.

Es necesario, por lo tanto, abordar la importancia del rol que desempeñan los administradores de justicia en el país, el principio que solo ellos ejerzan potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado: "unidad jurisdiccional"; y las limitaciones que tienen los órganos administrativos de velar por el interés público o general y respetar la facultad de jueces, que se encuentra establecido en el derecho ecuatoriano.

1. AUTORIDADES JURISDICCIONALES EN EL ECUADOR

Los jueces de la Función Judicial eran los únicos encargados de administrar justicia, el constituyente en el Ecuador plantea en las constituciones de 1998 y más específico es en la de 2008 el otorgar a otros órganos del Estado que no pertenezcan a esta función la potestad de juzgar, que decidan un conflicto acorde a su competencia establecida en la Carta Política y en la ley (electoral, constitucional, laboral colectiva, justicia indígena y métodos de solución alternativa de conflictos)

Este cambio notorio otorga facultades jurisdiccionales a nuevos órganos de dictar decisiones, tal como menciona Rafael Oyarte: "*La Constitución de 2008 consagra con mucha mayor claridad el principio de unidad de jurisdicción estableciendo que la potestad de administrar justicia solo corresponde a los órganos de la Función Judicial, con la única salvedad de las potestades jurisdiccionales que la misma Constitución confiere a otros órganos*", (Oyarte, 2016) como tal, para muchos no existe un quebrantamiento de este principio, debido que a determinados órganos se establecen en la norma jurídica de mayor rango jerárquico del país, y la misma norma determina sus atribuciones.

El principio de unidad jurisdiccional establecido en la Constitución en el art. 167 nos menciona que solo la Función Judicial y otros órganos que reconoce la misma norma podrán ejercer jurisdicción, una designación formal y en busca de algo en concreto: impedir que otros órganos del Gobierno puedan ejercer esta atribución.

En el año 1998 en la Constitución hoy derogada, en el artículo 191 inciso 4 ya reconocía la denominada "justicia indígena" en relación con el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en 2008 se menciona que lo resuelto por ella se aplicará la regla *non bis in idem* (que no se podrá volver a juzgar de nuevo un hecho que ya fue juzgado) (Oyarte, 2017).

En Montecristi el constituyente reconoció el arbitraje dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (art. 190 CE) y en el Código Orgánico de la Función Judicial se determina como una forma de servicio público (art. 17 inciso 2) y en el mismo cuerpo normativo establece que los "árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley" (art. 7 inciso 4 COFJ), sin embargo este ejercicio de jurisdicción es "a medias o incompleto" como señalan varios especialistas, debido a que pueden juzgar un conflicto que se ponga en su conocimiento pero no pueden ejecutar lo decidido, y del caso que voluntariamente las partes no cumplan con lo decidido por el árbitro, se deberá acudir ante los jueces ordinarios para que se ordene la ejecución (art. 32 Ley de Arbitraje y Mediación).

Con respecto a la mediación es un mecanismo de auto composición en el cual, las partes que se encuentran dentro del conflicto, buscarán una solución, si bien tiene efecto de sentencia ejecutoriada según el art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no quiere decir que el acta sea como tal una resolución con fuerza de sentencia, debido a que carece de facultades resolutorias al no ser elaborada por un tercero neutral como es el caso de la autoridad jurisdiccional, por tal motivo Oyarte (2017) afirma: "el acta de mediación implica más un acuerdo de las partes que se encuentran en un conflicto", y en este caso en concreto, no estaríamos frente a facultades jurisdiccionales.

Los tribunales de conciliación y arbitraje en materia colectivo laboral podrán decidir cuando existan conflictos colectivos de trabajo, (art. 326 numeral 12 CE) estos tribunales no pertenecen a la Función Judicial se integran de 5 miembros (1 Inspector del trabajo que lo presidirá, 2 empleadores y 2 trabajadores) acorde al art. 474 del Código del Trabajo, si bien es un órgano administrativo que ejerce jurisdicción es reconocido por la Constitución y resolverá únicamente cuando existan conflictos en materia laboral colectiva.

En materia electoral, se implementa una cuarta función del Estado nombrada "Función Electoral" (art. 217 CE), la cual se encuentra con-

formada por el Consejo Nacional Electoral (órgano de carácter administrativo) y por un organismo que conocerá y resolverá recursos electorales, sancionará el incumplimiento de normas electorales (art. 221 CE) llamado Tribunal Contencioso Electoral. Con respecto a sus fallos constituyen jurisprudencia electoral y se considerará de última instancia, un nuevo órgano que administra justicia en materia electoral.

Por último, tenemos a la Corte Constitucional, un nuevo órgano extra funcional creado en 2008 que se integra por nueve miembros (art. 432 CE) tiene tres salas (admisión, selección y de revisión) y tiene un órgano decisorio que es su pleno. La misma ejerce un control concentrado, abstracto y en materia de garantías jurisdiccionales también avoca conocimiento (acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento y acción de incumplimiento).

Con respecto a la designación de miembros de estos órganos traemos como ejemplo el del Tribunal Contencioso Electoral, en el que los requisitos son: tener la ciudadanía ecuatoriana, estar en goce de los derechos políticos, tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años (art. 220 CE).

En la Función Judicial la persona que desea ser juez debe cumplir con algunos requisitos establecidos en la ley, aplicar al cargo y posterior al concurso de méritos (títulos, logros, carrera profesional) y oposición (evaluación sobre conocimientos en la materia de derecho) serán designados por el Consejo de la Judicatura (órgano administrativo de la Función Judicial). Con respecto a los magistrados de la Corte Constitucional tiene requisitos similares al Tribunal Contencioso Electoral y a los jueces de la Corte Nacional de Justicia, con la excepción que el órgano constitucional sus integrantes son designados por una comisión calificadora con intervención de órganos del poder público (art. 434 CE).

El análisis previo a estos nuevos órganos que ejercen jurisdicción nos lleva a identificar que se encuentra concentrado el poder público de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las entidades anteriormente mencionadas y ningún otro ente puede, en principio, realizar este ejercicio, esto claramente se encuentra estipulado en normas jurídicas que se supondría que deben ser cumplidas por los funcionarios públicos y los órganos estatales que representan, por el principio de legalidad que se someten todas las instituciones públicas a realizar sus actividades

acorde lo estipulado en la Constitución y la ley, es decir, la jurisdicción solo debe ser ejercida por los entes u órganos determinados.

2. DERECHOS RELACIONADOS AL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

El principio de unidad jurisdiccional se encuentra relacionado con varios derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, por ejemplo en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), el art. 8 numeral 1 señala:

“Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (las negrillas me pertenecen)

Los Estados partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como es el Ecuador y entre otras naciones han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para juzgar posibles acciones u omisiones estatales que hayan vulnerado derechos reconocidos en la CADH y en el caso que consideren que un Estado parte ha incumplido con las obligaciones que se comprometió, como es el garantizar derechos, por medio de un proceso judicial, el órgano jurisdiccional internacional determinará responsabilidad por incumplimiento ya sea por acciones u omisiones, y su jurisprudencia será obligatoria para todos los Estados pertenecientes al Sistema Interamericano.

La Corte IDH en su jurisprudencia ha mencionado que: “el juez natural deriva su existencia y competencia de la ley”¹⁵ (Caso Barreto Leiva versus. Venezuela 2009), señala que una autoridad jurisdiccional debe establecerse su competencia previamente en el ordenamiento jurídico del Estado, para garantizar que las personas conozcan ante quienes acudir para dirimir conflictos, otorgando en sí seguridad jurídica.

15 La Corte IDH nos define a la ley como la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (Opinión Consultiva OC-6/1986 de la Corte IDH).

La Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que esta garantía de un juez competente se relaciona directamente con la noción de “juez natural”, es decir, la autoridad jurisdiccional ordinaria a quien la Constitución o la Ley, ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto de forma previa (Sentencia No. 233-17-SEP-CC, 2017).

Un proceso que se lleve a cabo para identificar si la conducta realizada por un particular va en contra de derecho debe llevarse a cabo por un juzgado previamente establecido y cumpliendo con los parámetros que se determine en la ley, esto garantizará a las personas que la resolución de sus controversias lo haga una persona capaz de hacerlo. Esto se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7, inciso k de la Constitución.¹⁶

Que resuelva el conflicto una autoridad competente permite que se cumpla el principio de imparcialidad, ya que el juez se legitimará por la falta de interés; su objetivo es dirigir el proceso cumpliendo reglas mínimas tales como el debido proceso y garantizando a las partes procesales igualdad de condiciones, como afirma Alvaro Mejía (2018): *“ante el proceso y durante el proces, las partes, por mas diferentes que sean, tienen derecho a similares oportunidades procesales, de sostener su posición litigiosa”*

La obligación del Estado ecuatoriano es, bajo ningún concepto, crear algún tribunal especializado, y mucho menos otorgar facultades a órganos administrativos¹⁷ para tratar causas que deban ser específicamente llevadas a la justicia ordinaria.

Las autoridades jurisdiccionales deben seguir reglas mínimas para garantizar los derechos de las personas que se presentan frente a los mismos, y estas son el debido proceso, Alberto Wray (2000) afirma: *“se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas, sino que en cada*

16 “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”

17 Con la excepción en materia colectivo laboral que se encuentra determinada por la Constitución de 2008.

tipo de situación se manifestará de la manera en que las circunstancias lo exijan para garantizar de modo eficaz el respeto al derecho sustantivo”.

Adicional a lo señalado, Zavala (2002) señala al debido proceso como:

“[...] el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el derecho, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad de los ciudadanos, reconocida constitucionalmente como derecho”.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre el debido proceso señalando: *“no solamente se restringe a las instancias judiciales, sino que se concluye en un eje transversal en todos los procedimientos que tengan como resultado final una decisión”* (Claude Reyes y otros vs. Venezuela). Lleva a identificar que los Estados partes del Sistema Interamericano tienen la obligación de impulsar que sus servidores públicos tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo actúen cumpliendo la ley, que no solo se estanque en la posibilidad de acudir a los mismos (derecho de acción en materia jurisdiccional y derecho de petición en materia administrativa), sino que los procesos y procedimientos que lleven a cabo sean eficaces, es decir, cumplan el objetivo para el cual fueron concebidos y se efectúe el pleno ejercicio de sus derechos.

3. POTESTAD ADMINISTRATIVA

El poder público es único y pertenece al Estado, que otorga a órganos constitucionales y legales determinadas facultades ya sean administrativas, jurisdiccionales, entre otras y va en busca de que su labor sea específico y ordenado. Se define al poder público como *“la fuerza unilateral generadora de obligaciones y derechos con terceros, susceptible de indefinida aplicación, es decir, generadora de múltiples relaciones jurídicas concretas”.* (Zavala, 2011)

Los órganos del Estado tienen determinadas atribuciones establecidas en la ley, esto garantiza, en primer lugar, que los administrados conozcan cual es el campo de acción del ente público o a cual deben acudir por determinada circunstancia y, segundo, cual será la labor que desempeñen los servidores públicos que se encuentren laborando dentro de la entidad pública.

En este orden de ideas la potestad jurisdiccional que ejercen jueces o magistrados en los distintos órganos reconocidos en la Constitución del Ecuador, es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; mientras que la potestad administrativa lo realizan los órganos del Estado pre-establecidos en normas, buscando el otorgar servicios para la colectividad y estos deben ser específicos.

Las potestades administrativas son los poderes que estipula la ley con la finalidad que órganos específicos puedan ejecutar objetivos de interés general o público, estas facultades colaborarán en gran medida al cumplimiento de los objetivos de un Estado y a buscar el bien común de sus habitantes. La búsqueda de un interés colectivo por parte de un gobierno prevalecerá sobre el específico o particular, como afirma Escola (1989): *“pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas [...] el interés público debe anteponerse al derecho y al interés individual”*.

Lo que buscan órganos con potestad administrativa es que sus acciones se encuentren encaminadas al bienestar de la sociedad como tal, a ponderar entre los derechos del colectivo por el de personas en específico. La administración del Estado puede sancionar administrativamente a los particulares y a sus funcionarios (Oyarte, 2017) del caso que incumplan la ley o vulneren derechos de las personas, sujetándose a la denominada “policía administrativa” cuando sean asuntos generales. Policía administrativa se la puede definir como: la actividad de la administración pública por medio de entidades específicas públicas, con la finalidad de limitar el ejercicio de instituciones públicas y privadas; esta atribución debe encontrarse relacionada con el respeto a los derechos de las personas y el ordenamiento jurídico. La modalidad de obrar de los órganos que se encuentren dentro de esta potestad será de un contenido limitado por la ley.

Practicando unas determinadas imposiciones o limitaciones administrativas a las personas en busca del bien común, y en eso basan su trabajo; el implementar las acciones que le permite la ley en vigilar y sancionar administrativamente velando por el interés del colectivo, y no por ejemplo, conociendo un caso en particular y decidiendo sobre intereses particulares o de un grupo específico que será el único beneficiado; el margen de actuación va a ir en limitar y sancionar cuando se incumpla la ley.

4. SUPERINTENDENCIAS

En Montecristi en el año 2008, el constituyente ubica a las Superintendencias dentro de la Función de Transparencia y Control Social, una nueva función del Estado ecuatoriano, en donde se buscaba que exista una participación activa de los ciudadanos ecuatorianos en el sentido de fiscalizar los actos del sector público. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) decidirá acorde a una terna enviada por el presidente de la República el titular encargado de cada superintendencia, y el número de superintendencias lo determinará el legislador al momento de expedir una ley. Se los denomina como: *“organismos técnicos que se encargan en la vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades, económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas”* (art. 213 CE)

Por medio de la Asamblea Nacional, al aprobar una ley, reconoce la capacidad establecida en la CE (art. 132 numeral 6) para que los órganos de control y regulación como lo son las superintendencias, tengan la facultad de expedir normas de menor rango jerárquico que una ley, denominados reglamentos, que buscan regular aspectos más específicos debido a que en una ley por el carácter más general, universal, abstracto, permanente en el tiempo y carente de ejecutoria no se podría establecer temas puntuales y un reglamento serviría para regular aspectos más específicos y concretos.

El modelo de estos organismos viene con influencia norteamericana, en cuanto al nombre y la inspección de actividades que buscan el bienestar colectivo sobre el individual, la organización interna de las superintendencias es semejante a la de los ministerios, de menor tamaño, normalmente (Vida, 1997). En el Ecuador existen creadas por ley siete (7) superintendencias (Bancos; Economía popular y solidaridad; Telecomunicaciones; Información y comunicación; Ordenamiento territorial, uso y gestión del suelo; Compañías, valores y seguros; y la de Control del poder del mercado). Para efectos de nuestro estudio se analiza a la Superintendencia de Bancos, reconocida en el Código Orgánico Monetario y Financiero (de ahora en adelante COMF)¹⁸, ley que establece facultades reglamentarias al organismo de control que se abordara en los siguientes párrafos.

4.1. Superintendencia de Bancos

La primera superintendencia en crearse fue la de Bancos, como producto de la Misión Kemmerer, durante la presidencia provisional de Isidro Ayora [...] la Superintendencia de Bancos no alcanzó rango constitucional sino hasta 1945 (Oyarte, 2016).

Reconoce el Código Orgánico Monetario Financiero varias atribuciones a la Superintendencia de Bancos tales como: vigilancia, auditoría, intervención, control supervisión de actividades financieras que pertenezcan al Sistema Financiero Nacional, con el propósito de garantizar el cumplimiento de las leyes; ejercer la potestad sancionatoria sobre las entidades bajo su control y sobre las personas naturales o jurídicas que incumplan las disposiciones de este Código, en el ámbito de su competencia, entre otras funciones (art. 62 numeral 1 y 6 COMF), cumpliendo su deber de policía administrativa, garantizando que las instituciones financieras realicen sus actividades al margen de la ley y buscando el bien común o general.

Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros también es parte de sus atribuciones las cuales con respecto al ámbito administrativo resolverán controversias y ejercerán la potestad sancionatoria cuando se haya incumplido la ley o vulnerado derechos de los usuarios o instituciones que afecten a intereses colectivos, no particulares o individuales.

La Superintendencia de Bancos podrá intervenir y como una medida imponer infracciones de carácter administrativo, (Oyarte, 2017) en vista de asegurar el orden público, limitaciones a las libertades de los individuos o de instituciones que se encuentren dentro de la competencia de la misma (Vidal, 1997) por incurrir alguna norma o que su actividad se encuentre afectando intereses generales.

Mediante resolución No. SB-2015-663¹⁹ el ex-superintendente de Bancos Christian Cruz Rodríguez²⁰ expide la sustitución del capítulo IV del Libro I “*Procedimiento para la atención de los reclamos contra las*

19 Promulgada en el Registro Oficial 599, del 01 de octubre de 2015.

20 Cesado de sus funciones por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio el día miércoles 18 de julio del 2018 y comunicando su ratificación el 30 de julio del 2018 por boletín de prensa No. 152 durante la sesión ordinaria No. 019, realizada en la ciudad de Loja.

instituciones del sistema financiero” de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria”, por: capítulo IV “*Procedimiento para la atención de los reclamos contra las instituciones del sistema financiero*”, del título XX “*De la Superintendencia de Bancos y Seguros*”, planteando varios articulados que excesivamente se auto-otorga potestades no contempladas en la ley, y en específico vulnerando el principio de unidad jurisdiccional, que solo se encuentra otorgado a órganos específicos estipulados en la Constitución del Ecuador.

El análisis de esta reforma para el procedimiento de reclamos a las instituciones que se encuentren dentro del sistema financiero plantea que la Superintendencia de Bancos tiene la facultad de receptor reclamos presentados por sus clientes y usuarios, que lo realizarán por medio de un “*Formulario gratuito de reclamos por parte de los usuarios de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos del Ecuador*”²¹ que se encuentra en la página web de la entidad público, y en el término de quince días la Superintendencia informara de la admisión o no al trámite.

De ser el caso que la Superintendencia admita la petición del usuario notificara a la institución financiera el reclamo presentado por el particular, y la institución financiera tendrá derecho a presentar explicaciones y descargos con la finalidad de motivar ante la Superintendencia el porque de sus actuaciones se encontraron dentro del margen de la ley y no vulneraron ningún derecho del particular, cabe mencionar, pese a que no exista respuesta alguna de la institución financiera el procedimiento administrativo seguirá normalmente y se conformará el expediente del reclamo, posterior a esto el Superintendente o el delegado del mismo, en el término de treinta días emitirá su respectivo pronunciamiento por medio de un oficio. En el supuesto, que el oficio se emita de forma favorable el reclamo al usuario, la institución financiera tendrá la necesidad de introducir correctivos que regularicen la situación que motivó el reclamo. Esto quiere decir, que la Superintendencia de Bancos por medio de su potestad de policía administrativa exigirá a las instituciones financieras que adopten medidas correcti-

21 En este link que se encuentra en la página web de la Superintendencia de Bancos se puede acceder al formulario totalmente de forma gratuita: https://www.super-bancos.gob.ec/bancos/wp-content/uploads/downloads/2018/07/formato_reclamos_15_jun_18.pdf o a su vez puede ser solicitada en las oficinas de la entidad pública.

vas para el mejor desenvolvimiento de sus actividades y no perjudiquen a sus usuarios y al peticionario le reembolsen el monto cobrado de ser el caso o alguna medida que enmiende lo actuado.

Posterior a la notificación del oficio expedido por el Superintendente imponiendo una determinada acción correctiva, el representante legal de la institución financiera en el término de diez días deberá informar el cumplimiento de la orden propuesta por el órgano estatal.

Que se imponga medidas correctivas a una institución financiera regulada por la Superintendencia de Bancos va más allá de la función que otorga la Constitución a estas entidades técnicas y de control que es la de "*vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas*" atendiendo el interés general (art. 213 CE), no el particular.

Por medio de un reclamo administrativo las personas ejerzan el derecho de petición sobre asuntos que solo le afectan a esa persona y adicional el órgano administrativo resuelva e imponga medidas correccionales a instituciones particulares o públicas financieras por un asunto específico e individual, implicando el beneficio de un usuario y no el colectivo, que es razón por el cual se fundamentan este tipo de órganos administrativos, buscando siempre el interés general sobre el particular.

El que ejerzan estas actuaciones vulnera el principio de unidad jurisdiccional que ejercen los jueces, debido a que cuando una persona ya sea natural o jurídica (por medio de su representante legal) acuden ante los órganos jurisdiccionales es para solicitar que se tutele derechos o intereses específicos, individuales, que se encuentran posiblemente vulnerados y necesita el reconocimiento por parte de la autoridad jurisdiccional que se ha vulnerado sus derechos o intereses y por lo tanto a la persona o institución que realizó estas actuaciones que fueron nocivas o afectaron derechos, de ser el caso que el juez considere se le impondrá una determinada sanción o medidas correctivas y adicionalmente una reparación por los daños surgidos por la actuación efectuada, potestad exclusiva de un servidor público que ejerce la potestad jurisdiccional.

Cuando acude una persona ante el juez va en busca de algo en concreto, porque conoce que esta autoridad tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo que juzgo, pero en este caso un órgano administrativo que ejerza las mismas funciones que un juez, debido a que acude un particular pidiendo se le reconozca un interés en concreto el cual fue

afectado por una institución financiera, el órgano administrativo, en este caso la Superintendencia de Bancos bajo su perspectiva considere que ese reclamo está afectando o no a una persona en concreto y de ser el caso que la acción realizada por la institución financiera haya afectado derechos o intereses, como medida a tomar sea por ejemplo la devolución de los pagos realizados por un cliente y no los que debería garantizar mediante el ejercicio de sus funciones, que son los intereses generales.

Por medio de una acción de inconstitucionalidad presentada el 25 de agosto de 2009²² por el economista César Robalino Gonzaga, ex-presidente ejecutivo de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador (ASOBANCA) buscaba que se realice el control constitucional de la Resolución No. JB-2009-1303 que se encuentra regulada hoy en día por la Resolución No. SB-2015-663, que sustituyó las “normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero” por el Capítulo IV del Libro I, con respecto al procedimiento que se llevará a cabo en atención a reclamos, esto no obstante no se deroga expresamente, queda sustituido por la actual resolución expedida por el ex-superintendente de Bancos.

La acción de inconstitucionalidad, en cuanto a la oportunidad, afirma Juan Francisco Guerrero (2012) es una modalidad de control a posteriori, es decir, que se lo ejerce una vez que la norma ha sido promulgada y está vigente, esta acción es presentada ante la Corte Constitucional (art. 436 numeral 2 CE) y busca que las normas que se expidan ya sea por la Asamblea Nacional o por órganos competentes para expedir normas generales, lo hagan siempre respetando lo establecido en la Constitución, siendo esta la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJyCC) establece que la Corte Constitucional será competente para resolver sobre acciones de inconstitucionalidad en contra de: enmiendas y reformas constitucionales; resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; leyes, decretos ley de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; actos normativos y administrativos de carácter general.

22 En providencia de 24 de agosto de 2010 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional avocó conocimiento de la causa No. 0054-19-IN y admitió a trámite la acción.

La demanda de acción de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional sobre la Resolución No. JB-2009-1303 se encuentra confirmada por la Resolución No. SB-2015-663 que está vigente al momento, ya que la resolución de 2009 expedida por la Junta Bancaria establecía de igual manera que de existir un reclamo por un particular con respecto ha algún interés, la Superintendencia podía introducir correctivos a las instituciones financieras, de ser el caso que el reclamo hubiese sido aceptado. Los argumentos planteados en la demanda se encontraban relacionados a la vulneración por parte de la Resolución No. JB-2009-1303 al debido proceso, como el ser juzgado por un juez natural; **principio de unidad jurisdiccional**, principio de legalidad, entre otros.

El accionante mencionó que por medio de la resolución emitida por la Superintendencia de Bancos se está acudiendo ante un órgano administrativo para que tutele derechos de usuarios en particular, cuando el juez es el encargado de ejercer esta función. En la Constitución del Ecuador se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y dentro de esta, se encuentra el derecho de acción que es el acudir ante el juez para conseguir la tutela de los derechos que considere la persona se han vulnerado o no se lo han permitido ejercerlos, en este caso el órgano administrativo resolverá conflictos entre particulares (institución financiera y cliente) (Sentencia No. 023-16-SIN-CC, 2016).

En este caso, por medio de una resolución expedida por el mismo órgano, de manera unilateral se auto-otorgó atribuciones que no le competen, debido a que en normas de rango legal o supra legal no se ha establecido que una Superintendencia como la de Bancos tenga la potestad de recibir reclamos de particulares relacionado al accionar de una entidad financiera y pueda decidir si plantear alguna acción correctiva, poderes jurisdiccionales que competen al juez ordinario, vulnerando otro principio como es el de legalidad, el cual todas las entidades del sector público únicamente ejercieran las atribuciones que el ordenamiento jurídico las determine.

Adicional cabe mencionar que, la potestad reglamentaria establecida en el artículo 132 numeral 6 de la CE establece que organismos de control como es el caso de la Superintendencia de Bancos ejerzan potestad normativa siempre dentro del margen de sus atribuciones. Estos reglamentos o normas de carácter infra legal sirven para complementar a una ley que es de carácter más general y abstracta, el reglamento sirve para regular aspectos más específicos, son normas jurídicas con rango

inferior a la Ley, emanadas de la Administración en sus distintos niveles y formatos (Rivero & Victor, 2017), y en este caso el otorgarse por parte de esta misma entidad potestades jurisdiccionales implicaría que cualquier órgano por medio de sus potestades reglamentarias puede auto proclamarse nuevas atribuciones por encima de las determinadas en la Constitución que garantiza la unidad jurisdiccional, la reserva de ley, principio de legalidad y derechos de las personas como son la tutela judicial efectiva, el acudir ante un juez natural, entre otros, que se encontrarían vulnerados por estos reglamentos.

En contestación a la demanda la Superintendencia de Bancos por medio de su representante judicial mencionó en varias ocasiones que el reglamento expedido por la Junta Bancaria cumplía con todos los requisitos establecidos en la ley, y dentro de sus atribuciones la Junta Bancaria podía formular la política de control y supervisión, en ese caso la finalidad que busca la resolución es el garantizar que los innumerables reclamos de los usuarios sean tramitados y de ser el caso sancionar a la entidad financiera por incumplir alguna disposición legal.

Esta demanda se presentó en agosto de 2009 en donde se encontraba vigente la Resolución No. JB-2009-1013, el fallo fue resuelto siete años después en el 2016, y la Corte Constitucional analiza que esta resolución que “presuntamente se encuentra vulnerando derechos” se encontraba según el órgano constitucional, derogada expresamente (cuando no se señaló textualmente derogada) por la Resolución No. SB-2015-663, y menciona que el control que realiza la Corte puede hacerse sobre normas derogadas que “*sigan produciendo efectos jurídicos, ya que si no opera esta circunstancia no existe la posibilidad de ejercer dicho control*”²³ (Sentencia No. 023-16-SIN- CC) y como en este caso seguía produciendo efectos la resolución del año 2009 debido a que la norma impugnada ha sido reproducida (Resolución No. JB-2009-1013 reiterada en Resolución No. SB-2015-663) y sus efectos continúan produciéndose.

23 LOGJ y CC Artículo 76: “Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:
Numeral 8. Control constitucional de normas derogadas. - Cuando normas derogadas tengan la potencialidad de producir efectos jurídicos contrarios a la Constitución, se podrá demandar y declarar su inconstitucionalidad.”

La jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional analizó sobre un caso semejante y en su sentencia señaló que *“(...) sobre este punto, cabe señalar que no existe la posibilidad de ejercer control constitucional sobre normas que hayan sido previamente derogadas, a menos que ellas (...) tengan la posibilidad de producir efectos jurídicos contrarios a la Constitución (...). Esta disposición remite a un escenario, referido a lo que en la Teoría de la Norma Jurídica se denomina “ultractividad”* (Sentencia No. 001-13-SIO-CC, 2013).

Así, de acuerdo a la Corte Constitucional ecuatoriana *“... la ultractividad consiste en que un enunciado jurídico hace referencia a un tiempo posterior a su (intervalo de validez)”* (Sentencia No. 012-15-SIN-CC, 2015). Esto quiere decir, que una norma que se derogó ya sea expresa o tácitamente va a seguir creando efectos jurídicos por su validez, y en esta circunstancia la misma Corte realiza una suerte de cuadro comparativo entre la Resolución de la Junta Bancaria que se está impugnando y la Resolución de la Superintendencia de Bancos que la está sustituyendo y menciona *“una vez que se ha observado que las normas impugnadas han sido reproducidas en otros instrumentos jurídicos cabe realizar el análisis y el control de constitucionalidad abstracto para analizar del caso que esta norma se encuentre inconstitucional expulsar del ordenamiento jurídico positivo”* (Sentencia No. 023-16-SIN-CC, 2016). La norma impugnada se encuentra en gran parte semejante a la norma que le reemplaza tácitamente (debido a que en la resolución de la Superintendencia de Bancos del año 2015 nunca se especifico que se derogue la resolución de 2009) no obstante la Corte si realiza un análisis de la norma puesto a que sigue válida pero en otra normativa.

En el fallo la Corte Constitucional analiza si las *“normas impugnadas”* (las dos resoluciones) vulneran el principio de unidad jurisdiccional y el de reserva de ley. Con respecto a la unidad jurisdiccional que alega el legitimado activo, y plantea el órgano constitucional que la entidad de control y vigilancia se encuentra cumpliendo sus funciones estipuladas en la Constitución y su ley correspondiente (COMF), y que la normativa que expidió se encontró dentro del margen de las facultades de policía administrativa que posee la Superintendencia de Bancos.

Y la Corte aclara: *“la potestad administrativa de regulación de la Superintendencia de Bancos no constituye una actividad jurisdiccional, toda vez que lo que se determina a través de los reclamos de los usuarios y clientes del sistema financiero es un trámite de naturaleza administrativa*

más no de índole jurisdiccional" (Sentencia No. 023-16-SIN-CC, 2016) (las negrillas me pertenecen). Cuando claramente las atribuciones de estos órganos de control y vigilancia es velar por el bienestar común, no establecerse como línea base de su trabajo el atender reclamos de particulares, que presuntamente perjudicó al cliente o usuario individualmente, y no al interés de todos los usuarios del sistema financiero o un colectivo que represente como tal la actuación de la Superintendencia buscando garantizar intereses públicos.

El fallo de la Corte Constitucional se fundamentó en que la potestad de policía administrativa que ejerce la Superintendencia de Bancos tiene las facultades de aceptar reclamos particulares sobre un tema específico, en el plazo de un tiempo la entidad de control realizará un análisis e identificará si es aceptado o no el reclamo para una posterior acción correctiva, es decir, que la Superintendencia puede atender asuntos de particulares, velar por intereses de un grupo específico y posterior a eso realizar alguna amonestación, pero estas sanciones o limitaciones que realizará un órgano con facultades de policía administrativa se debería manifestar a través *"de las diferentes técnicas de limitación de derechos privados por razones de interés público"* (Cassagne, 2004) y no el buscar garantizar derechos particulares sobre los colectivos.

Como tal el concepto de policía administrativa se encuentra ligada a realizar distintas acciones, limitar derechos buscando el bienestar público o colectivo, el que sea aceptado un reclamo y posterior exista una medida correctiva por un tema en concreto que solicita una persona sobre sus intereses no es el objetivo que plantea la legislación ni la doctrina con respecto a las características de una entidad pública de control y regulación, ya que el velar por los intereses generales es uno de sus deberes y cuando exista un conflicto o algún interés se encuentre de por medio el administrado acudirá ante la autoridad jurisdiccional para que tutele derechos.

Se debe comentar que en el mismo fallo la Corte considera necesario realizar un test de proporcionalidad (art. 3 numeral 2 LOGJyCC) para verificar que las resoluciones demandadas persiguen un fin constitucionalmente protegido, son necesarias, idóneas y buscan una proporcionalidad en sentido estricto.

La Corte Constitucional señaló que la idoneidad *"[...] permite identificar que las restricciones que se impongan sean necesarias en una sociedad democrática... orientadas a satisfacer un interés público imperativo"*

(Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014), y señala en el caso específico que esta norma se realizó por medio de un acto administrativo normativo, y adicional que la Superintendencia entre sus funciones tiene la de “resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control” (art. 62 numeral 6 y 7 COMF).

En relación con la necesidad la Corte ha señalado que aquella “*implica la verificación de si la medida adoptada es la menos restrictiva para los derechos de las personas sin perder su idoneidad*” (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014). El fallo menciona que por medio del reclamo se estaría garantizando el debido proceso ya que se presentará la petición y la entidad pública realizará una evaluación que puede justificarse con informes técnicos, jurídicos o visitas in situ para observar que la medida que se decida será la más adecuada y tutela derechos e intereses de un usuario mediante la devolución o restitución de valores reclamados, por medio de un acto administrativo, en este caso la actuación que desarrollan vulnera el derecho a acudir ante un juez natural ya que por medio de un proceso judicial se puede reconocer el incumplimiento del accionar de una institución financiera y determinar la devolución de los valores que reclama el usuario, en este punto la medida es restrictiva y no garantiza la tutela judicial efectiva que solo se podrá llevar a cabo por medio de una autoridad competente como es el juez.

Finalmente la proporcionalidad en sentido estricto se “*concreta en la existencia de un equilibrio entre la protección y restricción constitucional*” (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014) el fallo de la Corte Constitucional señala que las normas impugnadas se adecuan tanto al Código Orgánico Monetario Financiero como a la Constitución ya que garantiza los derechos de clientes y usuarios financieros al poder resolver controversias en el ámbito administrativo, y que el procedimiento para resolver se encuentra al margen del debido proceso, ya que la institución financiera que se le está realizando el reclamo tiene la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y presentar documentación que fundamenten la acción que llevo a cabo²⁴ y del caso que se decida a favor del reclamo se ordenará una devolución de los valores todo este procedimiento se encuentra en la esfera de control y vigilancia que la Superintendencia de Bancos posee dentro de sus atribuciones

24 Cabe mencionar como se dijo con anterioridad que pese a que no exista ninguna respuesta de la institución bancaria que se le está realizando el reclamo, la Superintendencia seguirá el procedimiento administrativo.

(estipuladas en la CE y en el COMF) ya que no se observa ninguna vulneración al principio de unidad jurisdiccional señaló la Corte.

El análisis que realizó la Corte con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto y da a concluir que no existe por parte de estas normas ninguna vulneración a ningún principio constitucional, lleva a entender que las acciones que realice la Superintendencia de Bancos para resolver reclamos o quejas de un usuario en concreto se encuentra acorde al art. 62 del COMF en la protección de los derechos de clientes y usuarios, cuando en la Constitución en el art. 213 plantea el propósito de las Superintendencias es que sus actividades y servicios se sujeten tanto a las leyes como atender el interés general, en estas circunstancias que resuelvan reclamos y pidan devolución de valores es específicamente un interés particular y posterior se está llevando a cabo una función que es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La otra inquietud que “responde” la Corte Constitucional sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por el economista Robalino es que las resoluciones impugnadas vulneran el principio de reserva de ley establecido en el art. 132 de la Constitución, que determina que temas específicos deben encontrarse regulados por medio de leyes que serán expedidas por la Función Legislativa, la cual expidió el Código Orgánico Monetario Financiero quien establece una remisión normativa a la Superintendencia de Bancos para que expida su normativa en el ámbito de su competencia (art. 62 COMF)²⁵ y la Corte manifestó que las normas impugnadas evidencian un cumplimiento de la ley al desarrollar preceptos designados por el COMF.

En el COMF señala que la Superintendencia de Bancos resolverá controversias protegiendo los derechos de clientes y usuarios (art. 62 numeral 16 COMF) y en la Constitución establece que estos órganos de control realizarán sus actividades acorde a intereses generales y por tanto el que resuelvan reclamos sobre asuntos particulares que se estipulo mediante el reglamento ya citado, claramente existió una vulneración al principio de reserva de ley y al de garantías normativas (art. 84 CE) en el que tanto la Asamblea Nacional y los órganos de

25 Código Orgánico Monetario Financiero. Artículo 62: *“Funciones. La Superintendencia de Bancos tiene las siguientes Numeral 16: Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros y resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control, para lo cual podrá solicitar o practicar de oficio, según sea el caso, las acciones de control necesarias para su esclarecimiento”*

control y regulación que expidan normas de carácter general deben adecuar formal y materialmente el contenido de sus normas, tanto a la Constitución como a los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano y a las leyes, ya que no pueden alterar o innovar a normas de rango jerárquicamente superior, en este caso se incumple la finalidad que otorga la Carta Fundamental de 2008 a la Superintendencia de Bancos de realizar un control y vigilancia, y que su ámbito de trabajo vaya enfocado en el interés general de los usuarios y clientes de las entidades financieras ya sean públicas o privadas no de usuarios en particular, al “auto-facultarse” el resolver controversias entre particulares.

5. CONCLUSIONES

El principio de unidad jurisdiccional establece casi siempre la facultad sancionadora por parte de autoridades jurisdiccionales tanto a personas naturales como en este caso a instituciones financieras cuando se incumpla la ley o estén vulnerando derechos de las personas, que ejerzan autoridades administrativas estas sanciones vulneran principios como el de acudir ante un juez natural y la tutela judicial efectiva.

La Superintendencia de Bancos por medio de una resolución se atribuya resolver reclamos de particulares, se encuentra realizando facultades de un juez y por lo tanto vulnerando el principio de unidad jurisdiccional.

La acción de inconstitucionalidad presentada a la Corte Constitucional con respecto a las resoluciones de la Superintendencia de Bancos genera un precedente grave en el que determina válido que una entidad que entre sus atribuciones se encuentre la de velar por los intereses generales, realice actividades a favor de usuarios y clientes específicos que no se encuentra establecido en la ley vulnerando el principio de legalidad.

El principio de unidad jurisdiccional se amplió con la Constitución de Montecristi que otorgó potestades jurisdiccionales a órganos constitucionales, electorales y anteriormente la justicia indígena en 1998 (pero se especificó de mejor manera en la del 2008), materia colectivo laboral y arbitraje. Solo estos órganos “deben” ser los que administren justicia, por mandato constitucional, lo que no ocurre en Ecuador, como en el caso redactado en este trabajo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cassagne, J. C. (2004). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Lexis- Nexis.

Chuquimarca, J. L. (2013). División de poderes en la actual Constitución del Ecuador. Resistencia: *Revista de los estudiantes de la Universidad Andina Simón Bolívar*. Sede Ecuador, Edición No. 3, Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4356/1/13>.

Escola, H. (1989). *El interés público: como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

García Maynez, E. (2006). *Introducción al estudio del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa.

Guarderas, E., Cañas, M. & Hernández, R. (2016). *Manual Práctico y Analítico. Procedimientos, Audiencias y Teoría del Caso*. Código Orgánico General de Procesos Primera Edición, Quito: Ediciones Legales.

Guerrero, J. F. (2012). Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo III*, Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/components/com_jshopping/files/demo_products/Apuntes_t3_1ra_reimp_2012.pdf.

Mejía, A. (2018). *La Oralidad y los principios del procedimiento*, Quito: Ediciones Ius et Historiae

Montesquieu (1972). *Del espíritu de las leyes Volumen I*, Barcelona.

Oyarte, R. (2016). *Derecho Constitucional*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Oyarte, R. (2017). *Acción Extraordinaria de Protección*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Rivero, R. & Víctor, G. (2017). *Derecho Administrativo*, Quito: Corporación Editora Nacional.

Vidal, J. (1997). *Derecho Administrativo*, Bogotá: Editorial Temis S.A.

Wray, A. (2000). *IurisDictio Revista de Derecho Volumen I*. Recuperado de <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/470/824>.

Zavala, J. (2002). *El debido proceso penal*. Guayaquil: Editorial Edino.

Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo* Primera Edición, Quito: Editorial EDILEX S.A.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia No. 001-13-SIO-CC, Caso No. 0001-11-10.

Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Sentencia No. 003-14-SIN-CC, Caso No. 0014-13-IN y acumulados No. 0023-13-IN y 0028-13-IN.

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Sentencia No. 012-15-SIN-CC, Caso No. 0013-10-IN.

Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Sentencia No. 023-16-SIN-CC, Caso No. 0054-09-IN.

Corte Constitucional del Ecuador. (2017). Sentencia No. 233-17-SEP-CC, Caso No. 0669-11-EP.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2009). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, par. 76.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Claude Reyes y otros versus. Chile.

Los Efectos Jurídicos del Choque de Trenes en el Ecuador. ¿Un Vacío Constitucional?

*The Legal Effects of the Train Crash in Ecuador
¿A Constitutional Void?*

Abg. Xavier Palacios Abad

Investigador Jurídico, Durini & Guerrero Abogados

Artículo Original (Investigación)
Ruptura, No. 1. 2018

RESUMEN: una de las innovaciones de la Constitución de 2008, fue la incursión de la acción extraordinaria de protección, como un mecanismo de control constitucional de fallos judiciales, a través de la cual, la Corte Constitucional –antes Tribunal Constitucional–, puede revisar resoluciones judiciales firmes, sobre las cuales no cabe recurso alguno, con la posibilidad de dejar sin efecto las mismas y disponer que se vuelva a resolver la contienda.

En aplicación de esta garantía constitucional, que supone de cierto modo un quiebre al principio de la cosa juzgada, en más de una ocasión, la Corte Constitucional ha emitido criterios contradictorios a los de la Corte Nacional de Justicia, respecto a un mismo punto de derecho, con lo que deja sin efecto lo resuelto por este órgano; el que, por su parte, también ha contradicho a la Corte Constitucional, aunque en menor medida.

En este sentido, las preguntas que surgen son: ¿Cuál criterio prevalece? ¿La Corte Nacional está supeditada a lo manifestado por la Corte Constitucional? ¿Qué órgano debe resolver este conflicto entre Cortes? Estas interrogantes, y otras más, se intentarán resolver a lo largo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Choque de trenes, acción extraordinaria de protección, reparación integral, garantía, jurisdicción.

ABSTRACT: one of the innovations of the 2008 Constitution was the incursion of the extraordinary protection action, as a mechanism of constitutional control of judicial decisions, through which the Constitutional Court - before the Constitutional Court - can review final judicial deci-

sions, on which there is no recourse whatsoever, with the possibility of nullifying the same and ordering that the contest be resolved again.

In application of this constitutional guarantee, which in a certain way supposes a break at the beginning of *res judicata*, on more than one occasion, the Constitutional Court has issued contradictory criteria to those of the National Court of Justice, with respect to the same point of law, which invalidates what is resolved by this body; which, in turn, has also contradicted the Constitutional Court, although to a lesser extent.

In this sense, the questions that arise are: Which criterion prevails? Is the National Court subject to what was stated by the Constitutional Court? Which body should resolve this conflict between courts? These questions, and others, will try to solve throughout this paper.

KEY WORDS: Train crash, extraordinary protection action, integral repair warranty, jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

La doctrina denominada como *choque de trenes o guerra de cortes*, tiene lugar cuando, en un mismo sistema jurídico, coexisten dos cortes de alta jerarquía, que ejercen jurisdicción desde dos esferas del derecho –la ordinaria y la constitucional–, y éstas entran en colisión respecto a un mismo punto jurídico, que puede, o podría, ser tratado en ambas jurisdicciones.

En otras palabras, este *choque de trenes* surge “cuando el juez ordinario y el juez constitucional actúan en materias que son tangentes a ambos, esto es, en las esferas del Derecho donde es difícil delimitar cuál es el ámbito de actuación de uno y de otro” (ROSARIO; 21)

El principal factor para que pueda existir esta contradicción de criterios, es que dentro de un determinado sistema jurídico se reconozca la existencia de un control de constitucionalidad, o justicia constitucional propiamente dicha, ejercido por un órgano autónomo e independiente del poder judicial, es decir, cuando se le faculta a un órgano, llámese Corte o Tribunal Constitucional, a revisar los fallos dictados por la justicia ordinaria, en cuanto a vulneración de derechos se refiere, se genera una alta probabilidad de contradicción, o divergencia, entre los criterios de las más altas cortes de cada jurisdicción: la ordinaria y la constitucional.

Lo señalado, más allá de la discusión teórica y académica, tiene directa repercusión en la seguridad y certeza jurídica de las partes procesales, quienes se ven afectadas con esta discrepancia de criterios, los cuales, no necesariamente están superpuestos los unos a los otros, lo que entabla una verdadera “*guerra jurídica*”.

1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y EL CHOQUE DE TRENES EN EL ECUADOR

1.1 El principio de unidad jurisdiccional en la Constitución de 2008

La unidad jurisdiccional, como principio rector del sistema de administración de justicia, parte del presupuesto que la potestad jurisdiccional, es decir, aquella facultad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, “es encomendada exclusivamente a los jueces integrantes del Poder Judicial.” (Sendra, 1997; 63)

Es decir, solo los jueces y tribunales que forman parte de la Función Judicial, están habilitados a ejercer o administrar justicia dentro de un determinado país. Al respecto, el profesor Jorge Zavala Egas (2000:24), al referirse al principio de unidad jurisdiccional, advierte que:

...es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional, por el cual les compete sólo a los órganos judiciales (jueces y tribunales), en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho, en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado.

Una de las principales consecuencias o repercusiones de este principio, al menos en teoría, es garantizar la uniformidad de criterios en la administración de justicia, a través de un sistema jerarquizado de jueces y tribunales, donde la máxima corte –Corte Nacional, en el caso ecuatoriano–, sea la encargada de delimitar las divergencias de criterios que surgen en las instancias judiciales, para así consolidar un línea jurisprudencial sólida respecto a un mismo punto de derecho.

Con el pasar del tiempo, y la dinámica característica del derecho, en algunos sistemas jurídicos, se adoptaron ciertas modificaciones que

atenuaron la rigidez del principio de unidad jurisdiccional, al permitir que otros órganos, que no pertenecen a la Función Judicial, puedan ejercer facultades jurisdiccionales.

Esto es lo que la doctrina especializada ha denominado *como las excepciones al principio de unidad jurisdiccional*, lo que significa que algunos órganos, ajenos a la Función Judicial, y que no necesariamente pertenecen al poder público, están dotados de ciertas facultades jurisdiccionales.²⁶

En el caso ecuatoriano, desde la Constitución de 1998, consolidado aún más en la Constitución de 2008 (CRE en adelante), el principio de unidad jurisdiccional fue recogido bajo esta perspectiva, y, como consecuencia de ello, se regularon ciertas excepciones puntuales a la regla general, de que solo los órganos de la Función Judicial pueden ejercer potestades jurisdiccionales.

Lo dicho queda en evidencia, con el contenido del art. 167 del texto constitucional de 2008, donde se regula este principio en los siguientes términos:

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y **por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.** (el énfasis y subrayado nos corresponde)

En consonancia con esta disposición, en el art. 168 núm. 2 de la CRE, se señala que:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...)

3. **En virtud de la unidad jurisdiccional**, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, **sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.** (el énfasis y subrayado nos corresponde)

26 Es necesario aclarar, que no son todas las facultades jurisdiccionales, pues estos órganos, entre otras cosas, no pueden ejecutar lo juzgado, tal cual sucede con el sistema arbitral.

Conforme se desprende de las disposiciones reproducidas, el principio de unidad jurisdiccional en el Ecuador, no está concebido de forma rígida, toda vez que avala que ciertos órganos, que no forman parte de la Función Judicial, puedan ejercer facultades jurisdiccionales, siempre y cuando aquellas estén recogidas de forma expresa en la Constitución.

Es así que, en el Ecuador, existen cinco excepciones al principio de unidad jurisdiccional, constitucionalmente reconocidas, esto es: i) el arbitraje y la mediación; ii) la justicia indígena; iii) el Tribunal Contencioso Electoral; iv) los tribunales de resolución de conflictos colectivos laborales; y, v) la Corte Constitucional.²⁷

Es importante señalar, que de estas cinco excepciones al principio de unidad jurisdiccional recogidas por el constituyente de Montecristi, en comparación con la CRE de 1998, únicamente se incorporó una más, al menos formalmente, esto es, la justicia indígena. Sin embargo, si bien ya existían las demás excepciones, en el caso puntual de la Corte Constitucional –antes Tribunal Constitucional–, se introdujo un cambio sustancial, pues, conforme se verá en lo posterior, se permitió que este órgano pueda revisar sentencias judiciales firmes, a través de la acción extraordinaria de protección.

1.2 La Corte Constitucional como una excepción especial al principio de unidad jurisdiccional

La Corte Constitucional, de conformidad con el art. 436 de la CRE, es el órgano de cierre de la justicia constitucional en el Ecuador, y tiene como sus principales funciones, el conocimiento de ciertas garantías jurisdiccionales –acción de y por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección–, el control de constitucionalidad de los actos del poder público e interpretar de forma auténtica la Carta Política.

Si bien todas las funciones que ejerce la Corte Constitucional son de real trascendencia dentro del ordenamiento jurídico, quizá la que más repercusión tiene en el sistema procesal, es el conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección.

Esto, dado que con esta garantía jurisdiccional, se abre la puerta a la revisión, en cuanto a vulneración de derechos constitucionales se

27 Cfr. Arts. 173, 190, 221, 326 numeral 12 y 429 de la CRE.

refiere, de sentencias firmes, resoluciones con fuerza de sentencia y autos definitivos, en los términos del art. 94 de la CRE y el art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC en adelante).²⁸

La incursión de esta acción en la Constitución de 2008, fue objeto de varias críticas, en pro y en contra de la misma, pues se temía que con ella se de paso a una nueva instancia procesal, lo que generaría una demora en la administración de justicia y una vulneración a la seguridad jurídica de los ciudadanos.²⁹

En principio, con esta garantía jurisdiccional no se pretende realizar una revisión del fondo del asunto –nueva instancia–, en tanto no se trata de un recurso intra proceso, sino de una acción autónoma de impugnación³⁰, que da inicio a un nuevo proceso, en el que únicamente se precautelaré que dentro del proceso judicial subyacente, no se hayan vulnerado los derechos constitucionales de las partes.

Esta acción, además, se caracteriza por ser residual³¹, conforme los artículos 94 de la CRE y 61 de la LOGJCC, pues, previo su proposición, el justiciable debe agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos ante la justicia ordinaria.

Es por ello que se afirma que la acción extraordinaria de protección es un excepción al principio de la cosa juzgada, “en tanto esta garantía

28 Es necesario acotar, que en el art. 94 de la CRE, sólo se preveía la posibilidad de incoar esta acción en contra de sentencias firmes; posteriormente, el legislador en el art. 58 de la LOGJCC, reguló la posibilidad de que se pueda proponer en contra de autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

29 Al respecto, Hernán Salgado Pesantes (2012; 153) advertía que: “En los círculos judiciales de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema). Esto significará tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que terminará estrangulando a la nueva Corte Constitucional.”

30 Es una acción autónoma de impugnación, en la medida que da inicio a un nuevo proceso, distinto al conflicto subyacente, con nuevas partes procesales y con una pretensión completamente diferente a la de la contienda principal.

31 Es importante mencionar que “cuando una acción es residual nos enfrentamos a una escalera, en la cual el último escalón es la acción residual y no es posible acceder a él hasta que no se haya atravesado el resto de peldaños –en este caso los recursos ordinarios y extraordinarios en la justicia ordinaria–” (Guerrero, 2014: 34).

abre la puerta para que se pueda revisar –y eventualmente dejar sin efecto– resoluciones firmes, de las cuales no cabe recurso alguno sino tan sólo acción extraordinaria de protección, cuando exista una violación de derechos constitucionales por parte del juzgador.” (Palacios, 2017: 26)

En concordancia con lo expuesto, Juan Francisco Guerrero (2017:22), al referirse a la naturaleza procesal de la acción extraordinaria de protección, señaló que:

...es una verdadera excepción al principio de cosa juzgada: implica el inicio de un nuevo proceso, generalmente con nuevas partes procesales —en muchos de los casos una parte procesal es el órgano jurisdiccional que dictó la providencia que se impugna—, y tienen una pretensión distinta a la del proceso original en la cual se dictó la decisión objeto de impugnación.

En función de lo anotado, es claro que la Corte Constitucional, mediante esta garantía jurisdiccional, no ejerce una simple excepción al principio de unidad jurisdiccional, sino que, diríamos, que es una excepción especial y particular, pues rompe con la piedra angular de la justicia ordinaria: la cosa juzgada.

De allí que, precisamente, es en función de esta garantía jurisdiccional, denominada en otros países –Colombia y España– como acción de tutela contra sentencias, que la justicia constitucional y la justicia ordinaria pueden entrar en colisión, dando paso a una posible guerra de cortes o choque de trenes.

Lo dicho, toda vez que, al permitir que a través de esta acción extraordinaria de protección –o acción de tutela contra sentencias– se revisen decisiones firmes de la justicia ordinaria, se avala que la Corte Constitucional pueda, como en efecto lo hace, declarar que un determinado razonamiento o actuación de un juez o tribunal de la justicia ordinaria, vulnera derechos constitucionales, dejando sin efecto el mismo.

Esto es lo que hace que, en la doctrina y en los foros especializados, se discuta sobre la necesidad o no de contar con una acción de este tipo, o sí, por el contrario, solo debe existir una máxima Corte de Justicia, para con ello evitar contradicciones y garantizar la seguridad jurídica de las partes.

Sobre el tema, Sebastián López Hidalgo (2011: 5), con una postura a favor del control de constitucionalidad de los fallos judiciales, advierte que:

La percepción de que una acción extraordinaria de protección es fuente de tensión entre las altas cortes tiene sus matices. Un sector de la doctrina ha considerado que el problema no es mayor y en consecuencia la solución es sencilla: eliminar el amparo o protección contra sentencias no solo evitaría el conflicto en las altas cortes, sino también prevalecería la seguridad jurídica, la cosa juzgada y el principio de independencia del juez natural.

Consideramos que el tema es mucho más serio y va más allá de simples afirmaciones, pues sólo una concepción firme de la existencia de unos derechos fundamentales indisponibles, límites y vínculos de los poderes públicos, conlleva la implementación necesaria de mecanismos eficaces de protección.

En cambio, con una posición distinta, desde una óptica procesal, crítica de la acción extraordinaria de protección, Rodrigo Jijón Letort (2009: 61) señala que:

...algo que no está regulado en la Constitución: ¿Cuál es la consecuencia de que la Corte Constitucional encuentre que hubo violación de derechos constitucionales en un proceso judicial o en la sentencia? Si la violación es a un derecho sustantivo. ¿será que la Corte Constitucional se convierte, como lo hace la Corte Nacional de Justicia al casar una sentencia, en juez de instancia y dicta la sentencia sobre el fondo? Es absolutamente cuestionable que esa sea la función de la Corte Constitucional. ¿O acaso será que la Corte anula la sentencia y dispone que el proceso vuelva a la Corte Nacional para que esta última dicte una nueva sentencia acogiendo el pronunciamiento de la Corte Constitucional? En este escenario se evidenciaría que la Corte Nacional de Justicia no es un verdadero tribunal de última instancia.

Como se observa, el principal punto de inflexión es el miedo de que, a través de la acción extraordinaria de protección, en realidad, se enable una nueva instancia procesal en la que la Corte Constitucional resuelva el fondo del litigio subyacente; pues, lamentablemente, sus efectos no fueron regulados ni en la CRE ni en la LOGJCC, lo que deja a discrecionalidad de los jueces constitucionales, qué disponer como

medidas de reparación, cuando encuentren que un fallo judicial vulneró derechos constitucionales.

Con un agravante adicional, que la acción extraordinaria de protección, de conformidad con el art. 94 de la CRE, tutela todos los derechos, lo que agudiza esta preocupación, dado que esto hace proclive a que la Corte resuelva el fondo del asunto controvertido, como de hecho ha ocurrido.³²

Esto es lo que Rodrigo Jijón Letort (2009: 61) advertía que podría suceder al mencionar que: “en realidad, lo que se ha creado es una nueva instancia o un supe casación sin límites, porque ni siquiera se limita el recurso constitucional a la violación de ciertos derechos constitucionales como los derechos humanos o el debido proceso.”

Por lo expuesto, más allá de las críticas a favor y en contra de esta garantía jurisdiccional, es claro que la Corte Constitucional, a través de esta acción, tiene una facultad excepcional que debería ser manejada con cautela, para evitar la contradicción de criterios con la Corte Nacional de Justicia; lo cual, no necesariamente ha ocurrido, conforme se detallará a continuación.

2. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN Y LA JUSTICIA ORDINARIA, ¿CORTE CONSTITUCIONAL VS CORTE NACIONAL?

2.1 La acción extraordinaria de protección en contraste con la justicia ordinaria

La acción extraordinaria de protección, como quedó expuesto, es una garantía constitucional jurisdiccional extraordinaria y excepcional, que permite a la Corte Constitucional la revisión de sentencias, autos firmes y resoluciones con fuerza de ley dictados dentro de la justicia ordinaria e inclusive la arbitral.

32 Un ejemplo claro de aquello, lo tenemos en la Sentencia No. 021-11-SEP-CC, dentro del Caso No. 0317-09-EP del 01 de septiembre de 2011, en donde la Corte Constitucional resolvió, respecto de un auto que otorgó la tenencia a favor del padre de un menor, revocar el mismo y decretar que la tenencia estará con la madre.

De acuerdo con la CRE y la LOGJCC, esta garantía constitucional es residual, es decir, que para poder proponer la misma, el justiciable debe haber agotado todos los medios de impugnación, ordinarios y extraordinarios, previstos en la justicia ordinaria.

Lo dicho implica que en la práctica, la Corte Constitucional siempre que se interponga una acción extraordinaria de protección, y ésta sea admitida a trámite, termine por revisar el criterio de la Corte Nacional de Justicia en un determinado caso: ya sea porque inadmitió a trámite un recurso de casación o porque resolvió no casar la sentencia impugnada.³³

Bajo este esquema, parecería que, al final del día, la decisión sobre un determinado caso se ventila en “última instancia” en la Corte Constitucional, aún cuando no es una nueva instancia procesal, pues este órgano está facultado a dejar sin efecto la o las resoluciones impugnadas y retrotraer el proceso hasta antes del momento en que se produjo la vulneración de los derechos, haciendo un símil con la nulidad procesal. Si bien en la mayoría de casos a través de la acción extraordinaria de protección se tutela la vulneración de derechos de índole procesal, que en principio no alterarían el fondo del conflicto subyacente, no es menos cierto que la presunta trasgresión de estos derechos puede terminar en influir en la decisión adoptada en la justicia ordinaria.

Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la seguridad jurídica, altamente invocado en las acciones extraordinarias de protección, el cual, en líneas generales, implica el respeto y observancia a todas las disposiciones normativas, lo que puede significar, en determinadas circunstancias, emitir un criterio sobre el fondo del asunto; o, por el contrario, cuando la vulneración de derechos se refiera a las garantías básicas del debido proceso, analizar la procedencia o no de un determinado recurso procesal en base al derecho constitucional a la impugnación, como en efecto ha ocurrido.³⁴

Es por ello que, en realidad, con la acción extraordinaria de protección se confronta la justicia constitucional con la justicia ordinaria, dejando en la “cancha constitucional” la validez o no de la resolución impugnada.

33 La excepción puntual a este escenario es cuando no cabe recurso de casación dentro de un determinado proceso y, por ende, es imposible que la causa sea sometida a criterio de la Corte Nacional de Justicia, ya sea por medio de sus conjucees o jueces nacionales.

34 Un ejemplo de esto, lo encontramos en la sentencia No. 302-15-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0880-13-EP de 16 de septiembre de 2015.

2.2 Corte Constitucional vs. Corte Nacional de Justicia

De manera preliminar, con una posición restringida, se diría que es imposible que la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia entren en colisión de criterios, en tanto la una tutela derechos constitucionales, mientras que la otra, esencialmente, realiza un control de legalidad de las resoluciones judiciales, salvo cuando actúa como tribunal de instancia.

Si bien en principio es correcta esta aseveración, no se puede tomar a la misma como absoluta, sin tenerla con cierto beneficio de inventario, pues, como se indicó, la línea divisoria entre lo “constitucional” y lo estrictamente “legal”, no es algo que este claro en el Ecuador, ni en el mundo en realidad.

Esto, toda vez que, por concepción lógica, al ser la ley un desarrollo de los preceptos constitucionales, es evidente que su diferenciación no sea algo sencillo, pues, a decir verdad, todo al final termina por estar en la órbita constitucional: tanto así, que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad de normas, actos administrativos con efectos generales, etc.

Al respecto, la doctrina especializada (Matia, 2016:42) ha sostenido que:

No existen, en puridad, materias reguladas por la legalidad ordinaria que no puedan ser interpretadas por el Tribunal Constitucional si entiende que las mismas se ven afectadas, influenciadas o delimitadas por normas constitucionales, ya que ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada.

Es por ello que, en ciertas ocasiones, la Corte Constitucional y la Corte Nacional han emitido criterios contradictorios, que no han terminado por solventarse, principalmente por la falta de regulación normativa para la solución de esta divergencia, así como por la constante variación de los criterios jurisprudenciales de estas cortes, que en cierto punto son contradictorios entre sí mismos.

Estas discrepancias, de manera general, han ocurrido cuando la Corte Constitucional, en su afán de velar por todos los derechos constitucionales, adopta, sin que sea su atribución, facultades de un tribunal de instancia y, prácticamente, resuelve la contienda que se ventiló en la justicia ordinaria.

Ejemplo de aquello, lo encontramos en la Sentencia No. 039-14-SEP-CC, en la que la Corte Constitucional (2014) resolvió una acción extraordinaria propuesta por violación al debido proceso dentro de un procedimiento penal por delito flagrante, y, como medida de reparación integral, dispuso lo siguiente:

3.1. Dejar sin efecto el auto del 23 de abril de 2013, dictado por la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del proceso penal No. 310-2012, y todos los demás actos procesales dictados como consecuencia del mismo.

3.2. Dejar sin efecto el auto del 28 de enero de 2013, dictado por el juez vigésimo quinto de garantías penales del Guayas.

3.3. Dejar en firme el auto del 05 de enero de 2013, emitido por el juez vigésimo quinto de garantías penales del Guayas.

Otro escenario en el que se ha visualizado este diálogo entre cortes, ha sido cuando la Corte Constitucional, a propósito de analizar la vulneración al debido proceso y al derecho a impugnar, terminar por resolver la procedencia, ni siquiera la admisibilidad, del recurso de casación en un caso puntual; tal cual ocurrió en la Sentencia No. 027-17-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1361-13-EP de 25 de enero de 2017, donde dicha Corte Constitucional (2017) resolvió que:

3.1. Dejar sin efecto la resolución dictada el 5 de junio de 2013, emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio penal de acción privada que por el delito de injurias no calumniosas graves...

3.2. Retrotraer el proceso hasta antes de la vulneración de los derechos (...) se dispone que previo el sorteo pertinente, otros jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, conozcan y resuelvan el recurso de casación (...) de conformidad con la Constitución de la República, la ley y **la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la decisum**

o resolución, así como los argumentos centrales que constituyen la decisión y la ratio.

3.3. Como garantía de no repetición, la Corte Constitucional del Ecuador, (...) determina la siguiente interpretación de las normas contenidas en el artículo 65, numeral 10 del Código Orgánico Integral Penal, conforme a la Constitución de la República del Ecuador:

Está vedado a los jueces y juezas competentes en materia penal el declarar la nulidad con base únicamente en el presunto incumplimiento de normas constitucionales. En consecuencia, para declarar la nulidad de un proceso en materia penal, en razón de la causal c del número 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, será necesario que la judicatura enuncie de forma explícita la norma o normas procesales penales cuya inobservancia habría ocasionado la violación de trámite; así como, la pertinencia de su aplicación a dicho trámite, como análisis previo a determinar si dicha violación de trámite acarreó o no una violación del derecho a la defensa y como análisis posterior, las razones por las cuales la violación de trámite tuvo influencia en la decisión de la causa. (el énfasis y subrayado nos corresponde)

En este caso, acorde con el texto citado, la Corte Constitucional no solo que declaró la vulneración al derecho al debido proceso, sino que, además, advirtió a la Corte Nacional de Justicia cómo debe resolver las nulidades procesales en materia penal, para lo que le requiere observar la ratio de la decisión –tácitamente se infiere que no procedía el recurso de casación interpuesto–; y, para evitar dejar cabos sueltos, realiza una interpretación conforme del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).³⁵

Aun cuando lo correcto, o al menos lo previsible, era que la Corte Nacional cumpla con lo resuelto por la Corte Constitucional, una vez que el proceso (No. 2012-1242) retornó a la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, y se sorteó un nuevo Tribunal, éste resolvió aceptar el recurso de casación, en oposición al criterio de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

35 De conformidad con el artículo 75 numeral 5 de la LOGJCC, la Corte Constitucional puede realizar una interpretación conforme de las disposiciones normativas, a fin de evitar expulsar las mismas del ordenamiento jurídico, sino tan solo adecuarlas al marco constitucional.

...se dice que se encuentra vedado para los jueces nacionales, declarar la nulidad, únicamente por el incumplimiento de normas constitucionales, siendo necesario enunciar las normas procesales penales que habrían ocasionado la violación de trámite. Al respecto, este Tribunal de Casación considera, que de conformidad con el artículo 1 de la Constitución de la República, nos encontramos en un Estado Constitucional de derechos y justicia; y, el artículo 426 de dicha norma, establece que los Jueces debemos aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de Derecho Humanos, siempre que sean favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente; por lo que en cumplimiento de dicha normativa, todos los jueces que integramos la administración de justicia ordinaria, al examinar un fallo de instancia o al emitirlo debemos hacerlo con la debida motivación, como lo señala el artículo 76.7 l) de la Constitución de la República, formando parte dicho principio de las normas del debido proceso, por lo que no se puede limitar a ningún servidor judicial que cumpla precisamente con las normas constitucionales, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos...

Como se observa en este caso, de los cuales existen varios, debido a esta línea delgada entre la "legalidad" y la "órbita constitucional", la Corte Constitucional ha resuelto, mediante acción extraordinaria de protección, ciertos aspectos, no necesariamente definidos a qué área del derecho corresponden, y que han entrado en colisión con los criterios vertidos por la Corte Nacional al respecto.³⁶

Estos conflictos, que recién empiezan a florecer, o al menos acentuarse, en el Ecuador, se deben en gran medida a la falta de regulación normativa sobre el tema y la carente jurisprudencia de ambas cortes, pues si de algo se han caracterizado éstas, ha sido por su baja producción jurídica, lo cual no ha sido la excepción en este tópico.

De allí que, la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, al menos de forma tácita, se encuentran en una constante "guerra jurídica", que si bien no ha llegado a trascender más allá de la simple con-

36 Otro caso icónico en la justicia ecuatoriana sobre el tema, fue respecto a la procedencia del recurso de casación en la acción de nulidad de laudo arbitral, donde por años la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia cambiaron constantemente sus criterios, contradiciéndose ya no solo entre cortes, sino sus mismos precedentes.

tradicción de criterios, puede llegar a ser un detonante en la justicia ecuatoriana, si no se delimitan bien sus funciones.

3. EFECTOS PROCESALES DEL “CHOQUE DE TRENES”

Como se señaló en los acápites precedentes, el choque de trenes en el Ecuador, dejó de ser una mera elucubración académica y pasó a ser una realidad, a tal punto que la Corte Nacional de Justicia formalmente ha contradicho los criterios de la Corte Constitucional y viceversa.

En este sentido, la principal interrogante que surge es: ¿Qué efectos produce esta contradicción de criterios entre las máximas cortes ecuatorianas? La respuesta a esta interrogante, no es nada sencilla, y no culmina con la ya conocida solución de “la Constitución prevalece por ser la norma suprema”, pues ésta no es, ni de cerca, una verdadera solución al problema.

Podrá decirse que el único efecto, por defecto, que genera esta situación, es la inseguridad jurídica de las partes, a quienes solo les quedaría interponer cuanto recurso o acción les asista el ordenamiento jurídico para revertir tal o cual criterio.

Si bien concordamos que la inseguridad jurídica es un efecto inmediato de esta guerra entre cortes, el tema no se agota allí, pues esta es una consecuencia abstracta en el desarrollo de un proceso judicial.

Los principales problemas, o efectos, en realidad, se producen en cuanto a la ejecución de las sentencias, pues, no se debe olvidar que dar inicio al juicio constitucional –acción extraordinaria de protección–, no suspende los efectos de la resolución impugnada. Por lo que, el justiciable ganador de la contienda, puede proceder a ejecutar la sentencia obtenida.

Claro está, hacerlo, implicaría un riesgo muy alto para el justiciable que ganó la contienda, pues frente a este círculo inacabable de resoluciones contradictorias, en caso que se deje sin efecto del fallo obtenido, se generaría una situación procesal, al menos compleja, pues se tendría que “revertir” lo ejecutado: sea dinero, sea un bien inmueble, acciones societarias, haberes laborales, etc.

¿Qué sucedería en este escenario? Dar una respuesta a primera vista, parecería aventurado, pues más allá de que existe un debate sobre el alcance de la reparación integral en la acción extraordinaria de protección³⁷, no debemos olvidar que el efecto principal de esta garantía es que se vuelva a resolver la contienda o el recurso procesal.

Es decir, se deja sin efecto, o temporalmente suspendido, el derecho obtenido por un tercero no interviniente, como lo es el justiciable en el conflicto subyacente, que no lo es así en la acción extraordinaria de protección.

Esto no es ajeno al sistema procesal ecuatoriano, de hecho, un tema similar fue discutido en el Arbitraje Internacional iniciado por Merck en contra de la República del Ecuador, en el que la Procuraduría General del Estado (2014:104), al contestar la demanda formulada, cita el criterio del profesor Juan Francisco Guerrero, quien sostiene que:

Puesto que la nulidad produce un efecto cuando se debe restablecer las cosas al estado en el cual estuvieron antes de la ocurrencia del acto defectuoso, de manera coherente con el derecho a reparación general, si se han efectuado todos los pagos en virtud de que la Corte Constitucional ha declarado que la decisión judicial es nula, uno de los escenarios siguientes sería factible. 1) El juez de sentencia asignado para ejecutar la decisión judicial de la Corte Constitucional puede ordenar las medidas ejecutorias necesarias para la restitución de dichos pagos, o 2) En el caso de que la Corte Constitucional no haya ordenado el pago en restitución, se establecería el “pago sin causa” en virtud del cual se otorgaría a la persona que realizó los pagos un proceso civil sumario ordinario en el cual solicite el reembolso del pago hecho por la parte receptora.³⁸

37 Al respecto, en un trabajo anterior, hemos sostenido que: “Cuando la resolución judicial impugnada mediante acción extraordinaria de protección es ejecutada en la justicia ordinaria, y, posteriormente, la Corte Constitucional resuelve que ésta fue dictada con vulneraciones a los derechos constitucionales, este órgano constitucional, al dictar las medidas de reparación, deberá tener en consideración las consecuencias que la ejecución de la sentencia comportó en el justiciable afectado” (Palacios, 2017:110)

38 Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9584.pdf>

Este criterio del profesor Guerrero, parte de la idea que la decisión judicial que es impugnada vía acción extraordinaria de protección es ejecutada, donde se refiere a las posibilidades del alcance de la reparación integral en esta garantía por parte de la Corte Constitucional; a lo cual nos adherimos.

Pero qué sucedería sí, durante este lapso de sustanciación del proceso constitucional, no se llegó a ejecutar la sentencia, pero ya se dio inicio a la fase de ejecución, ante un juez distinto como sería el caso de una acción de nulidad de laudo arbitral. Es lógico que los efectos no serían tan gravosos, pues no se llegó a ejecutar el fallo, pero que sucede con la sustanciación de esta causa. Será acaso que ésta se suspende si la Corte Constitucional acepta la acción extraordinaria de protección o debería el juez inhibirse de seguir sustanciando la misma.

Para ser más gráficos sobre el tema, piénsese en el siguiente ejemplo:

La Corte Nacional, debido a un vacío normativo, concluye, de manera vinculante, que no cabe casación contra la acción de nulidad de laudo arbitral; producto de aquello, la Sala competente de la Corte Provincial niega esta posibilidad a un determinado justiciable y la Corte Nacional ratifica la legalidad de esta decisión.

Sin embargo, el justiciable afectado presenta una acción extraordinaria de protección sobre esta decisión, y la Corte Constitucional advierte que la misma supone una interpretación restrictiva de derechos, y, por lo tanto, deja sin efecto la resolución bajo el argumento, válido, por cierto, de que no se puede restringir arbitrariamente derechos constitucionales –derecho a impugnar art. 76, numeral 7, literal m) CRE–.³⁹

No obstante, la Corte Nacional de Justicia ratifica su criterio y resuelve nuevamente negar el recurso de casación interpuesto, aduciendo que ya emitió un criterio vinculante para el efecto, y a este órgano le corresponde realizar la interpretación de la Ley, más aún en temas de casación.

39 Es importante resaltar, que la Corte Constitucional puede, como no puede, emitir un criterio vinculante al respecto, o simplemente declarar, la vulneración de los derechos constitucionales; sin perjuicio de que, de cierta manera, ya existiría una suerte de declaratoria de "constitucionalidad" de la resolución emitida por la Corte Nacional en este supuesto.

Lógicamente, el justiciable afectado interpondrá nuevamente una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para que se tutelen sus derechos, donde dicha magistratura ratificará en principio su criterio, generando un círculo inacabable de sentencias.

Durante este lapso, la parte que obtuvo el laudo arbitral favorable, ejecutó el mismo por la vía de apremio en la propia justicia ordinaria. Es decir, se da pasó a que se sustancie de forma paralela una acción constitucional y una acción legal vinculadas entre sí: pues si la Corte Constitucional resuelve que si es procedente el recurso de casación, continuaría “suspendida” la vía de ejecución para el justiciable ganador del laudo.

Si la Corte Constitucional resuelve la acción extraordinaria en este sentido, mientras se está sustanciando la vía de ejecución, ¿ésta se suspendería de pleno derecho? o, por el contrario, el juez debe declararse incompetente y ordenar el archivo de la causa?

Es absolutamente cuestionable que aquello suceda, pues, en principio, no habría un límite para interponer acciones extraordinarias de protección, dado que no se trata de una acción “repetida”, en tanto serían interpuestas en contra de dos o más decisiones judiciales.⁴⁰ De hecho, en el Ecuador ya existe un caso bajo estas condiciones, el cual ha dado lugar a la doctrina denominada como el efecto carrusel en la acción extraordinaria de protección.

De allí que, es claro que los efectos que generan, o generarían, el choque de criterios entre la justicia constitucional y la ordinaria, resultan beneficioso para el justiciable que fue vencido en la contienda principal, pues aún cuando la acción extraordinaria de protección formalmente no suspende la ejecución de la sentencia, en la práctica constituiría un mecanismo de presión para no hacerlo.

40 Este tema es, inclusive, objeto de debate en el Ecuador y en un arbitraje internacional, derivado del caso seguido por Prophar S.A. por daños y perjuicios en contra de Merck Sharp & Dohme, que tuvo la última resolución por parte de la Corte Constitucional (2014) en la sentencia No. 028-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1926-12-EP de 12 de febrero de 2014. Me parece que esta referencia está incompleta. En realidad existieron 3 AEP y por tanto 3 sentencias de la CC dictadas el: 1) 12 de febrero de 2014 . 2) 20 de enero de 2016. 3) 21 de junio de 2017.

Por tanto, más allá de la inseguridad en la aplicación de un determinado punto de derecho, lo que realmente generaría este choque de trenes, es, en la práctica, la inejecutabilidad de las resoluciones judiciales, lo que implica desestructura del sistema de justicia y una violación directa al derecho de tutela judicial efectiva, pues da paso a un círculo inacabable de procesos ordinarios y constitucionales, que no permiten tener a los justiciables una respuesta definitiva a sus conflictos.

4. ¿QUÉ ÓRGANO RESUELVE ESTE CONFLICTO? ¿VACÍO CONSTITUCIONAL Y LEGAL?

Otra de las interrogantes que surge frente a este choque de trenes, es a qué órgano le compete resolver o dirimir las eventuales contradicciones de criterios entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe regulación alguna al respecto, es más, ni siquiera la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el tema. Por lo que, frente a esta situación, se generan una serie de dudas que, como advertimos, incluso han llegado a ser discutidas en un Arbitraje Internacional por supuesta denegación de justicia, al haberse producido una suerte de efecto carrusel en la acción extraordinaria de protección.⁴¹

Desde nuestro punto de vista, si bien no existe formalmente un órgano que dirima y resuelva este diálogo entre cortes, en la práctica, en principio, la Corte Constitucional tiene ventaja sobre la Corte Nacional de Justicia, pudiendo ésta hacer prevalecer su criterio sobre la última.

Lo dicho, dado que, de conformidad con el art. 162 de la LOGJCC, la Corte Constitucional puede, mediante acción de incumplimiento de sentencias, obligar a los jueces de la justicia ordinaria a cumplir lo resuelto por esta magistratura. Es decir, una verdadera “vía de apremio constitucional”.

Bajo este escenario, si la Corte Nacional contradice lo resuelto por la Corte Constitucional, sea o no se apegado a sus facultades, el justiciable que propuso la acción extraordinaria de protección, estaría jurídicamente habilitado a interponer la acción por incumplimiento

41 Este es solo un aspecto general del Arbitraje, el cual, en su fondo, se circunscribe a un análisis de competencia desleal.

de sentencias para “obligar” a la Corte Nacional a cumplir con lo dispuesto por la Corte Constitucional.

Por tanto, desde esta perspectiva, parecería que la Corte Constitucional al final del día se sobrepone por sobre la Corte Nacional de Justicia, y, frente a un eventual exceso de la primera, solo le quedaría al justicia-ble afectado dar inicio a acciones ante Tribunales Internacionales.

Ahora bien, aun cuando en efecto podría darse esta mal llamada vía de apremio, la Corte Constitucional del Ecuador (2017), mediante Sentencia No. 042-17-SIS-CC dictada dentro del caso No. 0018-12-IS de 30 de agosto de 2017, agravó el efecto carrusel de la acción extraordinaria de protección, y como precedente jurisprudencial obligatorio resolvió:

En los casos en que se presenten dos tipos de garantías jurisdiccionales -acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento de sentencias- de forma simultánea ante la Corte Constitucional y que las mismas se encuentren relacionadas con una misma sentencia de garantías jurisdiccionales, **el Pleno de la Corte Constitucional deberá priorizar la sustanciación de la acción extraordinaria de protección**, de manera que una vez emitida la sentencia que corresponda, **se proceda a conocer y sustanciar la acción de incumplimiento que verse sobre el mismo fallo**. Esto con el objeto de evitar la emisión de decisiones contradictorias y para efectos de que se establezca inicialmente si el fallo impugnado tanto por acción extraordinaria de protección como por acción de incumplimiento vulnera o no derechos constitucionales, previo a analizar si se ha ejecutado o no integralmente. (el énfasis nos corresponde)

Es decir, la Corte Constitucional habilita a que se interpongan acciones extraordinarias de protección de forma indefinida, las cuales, además, bloquean la sustanciación de la acción por incumplimiento de sentencias, lo que se traduce en que se continúe con un círculo inacabable de procesos.

Además, este precedente es impreciso e inexacto, pues, piénsese, si la Corte Constitucional resuelve primero la acción extraordinaria de protección, tendría dos opciones a saber: i) ratificar la validez de la decisión judicial impugnada, que pondría “fin” a la contienda en teoría; o, ii) declarar la vulneración de derechos.

En caso de que la Corte opte por la segunda opción: ¿Qué efectos tendría la reparación integral en este caso? Será que la Corte Constitucional dispone que se vuelva a resolver la contienda y queda insubsistente la acción de incumplimiento; o, por el contrario, dispone por la “fuerza” que la Corte Nacional cumpla con lo resuelto por la Corte Constitucional.

Adoptar como válida la segunda alternativa expuesta, desde nuestra óptica, implicaría que la Corte Constitucional, en última ratio, dicte una sentencia de mérito, lo cual estaría vedado, pues a través de la acción extraordinaria de protección no se puede resolver el fondo del asunto, por lo que el efecto procesal –correcto al menos– sería que se vuelva a sustanciar la causa.

Como corolario de este epígrafe, es claro que el tema del choque de trenes en el Ecuador no tiene una solución sencilla, dado que, al amparo de la normativa constitucional y legal, parecería que la Corte Constitucional es el órgano que sobrepone sus criterios sobre la Corte Nacional, pero con una limitación, en teoría, que es no resolver el fondo del asunto, lo cual es la principal preocupación del justiciable.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo no pretende dar una solución definitiva, al conflicto existente entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, sino tan solo ser un punto de partida para enriquecer el debate sobre tema.

En el Ecuador, la confrontación de criterios entre la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia se ha acentuado, al punto en que en la justicia constitucional, cada vez más, se analizan aspectos propios de la justicia ordinaria: por ejemplo, la procedencia del recurso de casación, la estabilidad laboral, etc. Existe un evidente vacío constitucional y legal sobre los efectos que produce, o produciría, el choque de trenes en el sistema procesal ecuatoriano, lo que conlleva a que se genere un círculo inacabable de procesos.

Los efectos procesales que genera esta guerra entre cortes, no son identificables a priori, más allá de la notoria inseguridad jurídica, pues depende del desenvolvimiento de cada caso en concreto: por ejemplo, cuando se ha dado inicio a un proceso de ejecución mientras parale-

lamente se sustancia una acción extraordinaria de protección, ante la cual surgen algunos escenarios como los descritos anteriormente.

Un aspecto que no ha sido tratado en este trabajo, pero podría dar paso a otro tipo de choque de trenes, es cuando mediante acción extraordinaria de protección se cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral, aún cuando este ya emitió un laudo definitivo.

En este caso: ¿Qué sucedería si la Corte Constitucional resuelve aceptar la acción y deja sin efecto el laudo arbitral? ¿Se vulneraría el principio kompetenz-kompetenz en virtud del cuál el Tribunal Arbitral puede resolver sobre su propia competencia? Este tema, consideramos, ameritaría un solo paper académico al respecto, pues da lugar a una serie de discusiones: la primera, de hecho, la procedencia o no de la acción extraordinaria de protección en estas circunstancias.

La acción extraordinaria de protección, tal cual está regulada en el ordenamiento positivo, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, da lugar al efecto carrusel de esta acción, que implica la interposición por más de una ocasión de esta garantía constitucional en un mismo proceso, pero ante decisiones judiciales aparentemente distintas.

Aún cuando no existe un órgano que dirima la divergencia de criterios que pueda surgir entre la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, parecería que la Corte Constitucional tiene la capacidad, en teoría al menos, de imponer su criterio sobre el de la justicia ordinaria.

Es necesario, y de hecho un reto para la nueva Corte Constitucional, delimitar el ámbito de competencias en la acción extraordinaria de protección, la cual lamentablemente lejos de ser objeto de análisis en la jurisprudencia de dicha magistratura, ha sido un mecanismo “súper poderoso” a través del cual se ha tomado a la justicia constitucional, prácticamente, como una nueva instancia procesal, en ciertos casos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Guerrero del Pozo, J. F. (2014). La Residualidad de la Acción Extraordinaria de Protección frente a la Acción de Nulidad de Sentencia. En *"Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos"*. Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador.

Guerrero del Pozo, J. F. (2017). *El Agotamiento de Recursos Previo a la Acción Extraordinaria de Protección ¿Un presupuesto material o procesal?* Corporación Editora Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar.

Jijón, R. (2009). El Proceso de Reforma judicial y la Constitución de 2008. En: *"La Constitución Ciudadana. Doce Visiones sobre un Documento Revolucionario."* Quito-Ecuador.

Matía, J. (2016). Las Tensas Relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los Límites de la (legítima) Discrepancia entre ellos. *UNED Revista de Derecho Político*. España.

López, S. (2011). *La Acción Extraordinaria de Protección*. En: *Perspectivas Constitucionales*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.

Palacios, X. (2017). *El Alcance de la Reparación Integral en la Acción Extraordinaria de Protección*. Tesina previa para la obtención del título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Rosario, C. (1999). *La Guerra de las Cortes*. Editorial Tecnos. Madrid-España.

Salgado, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional. Cuarta Edición Actualizada*. Colección Profesional Ecuatoriana. Quito-Ecuador.

Sendra, G. (1997). *Constitución y Proceso*. Editorial Tecnos. Madrid-España.

Zavala, J. (2000). La unidad jurisdiccional. *Revista Iuris Dictio*. Volumen 1. Primera Edición. Universidad San Francisco de Quito.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional del Ecuador (2011). Sentencia No. 021-11-SEP-CC, dentro del Caso No. 0317-09-EP del 01 de septiembre de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador (2014). Sentencia No. 028-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1926-12-EP de 12 de febrero de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador (2014). Sentencia No. 039-14-SEP-CC. Caso No. 0941-13-EP de 12 de marzo de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador (2015). Sentencia No. 302-15-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0880-13-EP de 16 de septiembre de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador (2017). Sentencia No. 027-17-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1361-13-EP de 25 de enero de 2017.

Corte Nacional de Justicia (2017). Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial. Sentencia de 16 de agosto de 2017 dictada dentro del juico No. 2012-1242

Memorial de contestación a la demanda arbitral (página web):

Procuraduría General del Estado (2014). Memorial de contestación a la demanda arbitral Caso No. PCA No. 2012-10. Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. vs República del Ecuador. p. 104. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9584.pdf> (página visitada el 28 de noviembre de 2018)

Normativa Nacional

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 52 de 22 de octubre de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 506 de 22 de mayo de 2015.

La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuente del Derecho

The Selection and Review of the Constitutional Court: The Jurisprudential Precedents as a source of Law

Esteban Polo Pazmiño
Investigador Jurídico

Artículo Original (Revisión)
Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el derecho constitucional en el Ecuador, aplicado en la práctica jurídica ha ganado presencia con la expedición de la constitución del 2008, se introducen con más fuerza nociones tales como la justicia constitucional y la supremacía de la corte magna sobre la ley. Este artículo se tiene como eje principal el estudio de los precedentes jurisprudenciales producidos por la corte constitucional ecuatoriana y su rol como fuente del derecho en el contexto de lo que parece ser una aproximación del sistema jurídico ecuatoriano de tradición europea- continental, a la tradición anglosajón del Common law; además se abordan características fundamentales que deben tener los precedentes jurisprudenciales como la homogeneidad, el orden y la continuidad.

PALABRAS CLAVE: precedentes, jurisprudencia, fuentes del derecho, constitucionalidad, interpretación.

ABSTRACT: the constitutional right in Ecuador, applied in the legal practice has gained presence with the issuance of the constitution of 2008, introducing with more strength notions such as constitutional justice and the supremacy of the magna Corta on the law. The main axis of this article is the study of the jurisprudential precedents produced by the Ecuadorian constitutional court and its role as a source of law in the context of what appears to be an approximation of the Ecuadorian legal system of European-continental tradition, to the Anglo-Saxon tradition of the common law; In addition, fundamental characteristics that precedents of jurisprudence should have such as homogeneity, order and continuity are addressed.

KEY WORDS: precedents, jurisprudence, sources of law, constitutionality, interpretation.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, se introdujeron varias figuras jurídicas que resultaron (y muchas continúan resultando) novedosas para nuestro medio. Entre ellas se encuentra la facultad de la Corte Constitucional de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”⁴².

El precedente se entiende como el criterio que un juez ha utilizado para resolver un problema jurídico en un caso concreto y que es susceptible de ser utilizado por otro juez para fundamentar su decisión en otro caso distinto que presenta similitud en los hechos o en la manera como debe aplicarse el derecho⁴³.

De esta forma, la Corte Constitucional asume una atribución que marca un hito en la historia de la justicia constitucional en el país, dentro de la cual se ha relegado el papel de la jurisprudencia a ser una mera fuente auxiliar y secundaria del derecho. Las sentencias constitucionales se han limitado a decidir respecto de derechos subjetivos, a través de efectos únicamente aplicables a las partes del proceso.

Consecuentemente, el extinto Tribunal Constitucional y los jueces que conocían garantías jurisdiccionales, no aplicaban una línea argumentativa construida para cada problema jurídico ante casos recurrentes y similares, como por ejemplo las acciones de amparo constitucional sobre sanciones disciplinarias a policías, o destituciones de funcionarios públicos, sino que resolvían caso por caso, existiendo una pluralidad de criterios y fallos contradictorios. La propia Corte ha mencionado que “la ausencia de líneas jurisprudenciales, reglas para determinados escenarios constitucionales fue una constante en la his-

42 Constitución de la República del Ecuador

43 Sierra, David. El precedente: Un concepto. 2016. p. 20.

toria jurisprudencial constitucional ecuatoriana (...)”⁴⁴, lo cual generó contradicciones en las decisiones, violándose, entre otros, el derecho a la igualdad de las personas consagrado en la Constitución.

A través de esta facultad, la Corte debe fijar líneas jurisprudenciales que armonicen y unifiquen los criterios en la resolución de garantías jurisdiccionales, a la vez que viabilicen la aplicación de los derechos reconocidos en la Carta Suprema. En la argumentación de los precedentes constitucionales, como menciona Agustín Grijalva, la Corte Constitucional desarrolla su calidad de intérprete máximo de la Constitución, a través de la selección de “casos reiterados, fallos contradictorios y aquellos de especial trascendencia constitucional para en base a ellos dictar precedentes que tendrán carácter obligatorio.”⁴⁵

Para tales efectos, se han formado dentro de la Corte Constitucional las Salas de Selección y Revisión, cuya función se basa en el estudio de las garantías jurisdiccionales resueltas por jueces de instancia, Cortes Superiores y por la Corte Nacional de Justicia⁴⁶, identificación y planteamiento de problemas jurídicos, realización de fichas de relevancia constitucional, y finalmente, la elaboración de sentencias que contengan precedentes constitucionales obligatorios.

Acerca del desarrollo de la doctrina sobre esta figura, se puede afirmar que, si bien existen varios ensayos y trabajos, es insuficiente. De igual manera, la Corte Constitucional para el Período de Transición todavía no ha podido consolidar dentro de nuestro sistema a los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Los precedentes jurisprudenciales, a partir de la expedición de la constitución del 2008 han ganado mayor relevancia en el sistema ju-

44 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC. Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

45 Grijalva, Agustín, Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, en *Constitucionalismo en Ecuador. Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo* 5, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011. p. 232.

46 Hay que recordar que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, enumera los órganos de la administración de justicia constitucional, que se encuentra conformada por los juzgados de primer nivel, las Cortes Provinciales, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional. Véase los artículos 167, 168 y 169 de la misma Ley donde constan las atribuciones de los órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria.

rídico ecuatoriano y constituyen una nueva manera de aplicar el derecho que se aparta de nuestra tradicional concepción legalista, otorgando de esta manera un peso mucho mayor a los criterios judiciales emanados de los juzgados y tribunales, sin embargo, es importante que este sistema de precedentes sea construido y conducido de forma ordenada y coherente, vista que la seguridad jurídica, entendida como estabilidad, continuidad y previsibilidad de las consecuencias jurídicas se vería afectada de manera importante.⁴⁷

El presente análisis busca analizar el nuevo rol que adquiere la jurisprudencia, y en particular los denominados precedentes constitucionales y su proceso de formación, de manera que se pueda precisar de mejor forma el alcance de esta atribución de la Corte Constitucional, para comprender el sentido y la función de los precedentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

1.1 Jurisprudencia

La jurisprudencia, de manera general, es el conjunto de sentencias y fallos que emite un tribunal; sin embargo, si se analiza todo lo que conlleva el término jurisprudencia y los efectos que produce, se debe precisar que, además de los fallos, la jurisprudencia contiene las respuestas razonadas e individualizadas a problemas jurídicos, otorgando, de esta forma, “a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica”⁴⁸.

Dentro de los sistemas jurídicos de tradición neo romanista y positivista, como el ecuatoriano, la jurisprudencia ocupó un papel auxiliar dentro de las fuentes del derecho, cuya utilidad fue complementaria en relación con la ley, y los efectos que producen las diferentes sentencias son inter partes, es decir, no vinculan con fuerza obligatoria, sino única y exclusivamente a las partes de un proceso. Diego Zam-

47 Guilherme Marinoni, L. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. pp 250.

48 De Otto, I. (1989). Estudios sobre el poder judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, España,.

brano Álvarez, en un ensayo sobre los precedentes constitucionales y la ruptura del sistema tradicional de fuentes, menciona que: “[a] la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley, sin crearla; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) cobertura de lagunas dejadas por la ley; d) defensa de la voluntad legislativa; e) explicación de términos incorporados por la ley (...)”⁴⁹

De ello, se puede concluir que el sistema legalista predominante en nuestro país, dentro del cual prevalece el derecho legislado, limitó el alcance y la función de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico. La creación de normas generales y obligatorias mediante la jurisprudencia ni siquiera se la consideraba como una posibilidad real, puesto que toda labor que realizaba el juez se la hacía dentro del caso concreto, basada en la norma ya existente de procedencia legislativa y cuyos efectos solo se circunscribían al problema que presentaba el caso.

A manera de conclusión, podemos indicar que la jurisprudencia es la fuente del derecho constituida a partir de los fallos, resoluciones y sentencias, en las cuales el juez, ejerciendo su potestad jurisdiccional, emite su criterio jurídico sobre un caso controvertido, aplicando las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Dicho pronunciamiento materializa las normas de derecho y sus efectos son inter pares.

Ahora bien, una vez que nos hemos referido sobre la jurisprudencia, de manera general, es necesario realizar un análisis sobre el Precedente Jurisprudencial Obligatorio al cual se refiere el artículo 436, numeral 6 de la Constitución, como una potestad del más alto organismo de control y justicia constitucional.

1.2 Precedente Jurisprudencial Obligatorio

Como se ha señalado previamente, la Constitución del 2008 otorga la facultad a la Corte Constitucional de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante acerca del desarrollo de derechos en las garantías jurisdiccionales. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en el año 2010, elaboró el Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO). Dentro del

49 Zambrano, D. (2009). El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes, en Revista de Derecho Foro No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Editora Ecuador, Quito, p. 35.

mismo, se define a los PCO como “la parte de una sentencia constitucional (ratio construida a partir del pensamiento jurídico anterior de la Corte) que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiera a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel”⁵⁰

Siguiendo la misma línea, el Dr. Patricio Herrera Betancourt, juez de la Corte Constitucional para el Período de Transición, señala que los precedentes jurisprudenciales implican la reiteración de los criterios interpretativos que emite la Corte Constitucional en el ejercicio de sus competencias⁵¹. Señala, además, que “involucran la noción de efecto vinculante no solamente en un caso concreto, sino en todos los casos similares razón por la cual produce efectos generales o erga omnes”⁵²

Uno de los fundamentos más importantes de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, es el derecho a la igualdad de las partes que intervienen en procesos judiciales, y en particular constitucionales, puesto que la historia del manejo de las garantías jurisdiccionales ha demostrado, y por el sistema actual continúa haciéndolo, que ante la competencia de cualquier juez, de cualquier materia para conocer acciones constitucionales, existe un sinnúmero de criterios al respecto de la resolución de causas los cuales se contradicen y vulneran a quienes no reciben el mismo tratamiento. Esta constituye una de las diferencias más importante de la jurisprudencia vinculante con la jurisprudencia de triple reiteración que expide la Corte Nacional de Justicia establecida en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, puesto que la “reiteración” no es el único motivo que la Corte Constitucional observa para emitir su jurisprudencia; sin duda será un factor y elemento a tomar en cuenta, no obstante lo fundamental

50 Corte Constitucional para el período de transición, Nuevo Orden Jurídico y constitucional para el Ecuador del Siglo XXI, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 361.

51 Herrera, Patricio, Jurisprudencia y Precedente Constitucional, en Revista de Derecho Constitucional Umbral No. 1, 2011, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional, Quito, p. 68.

52 Herrera, Patricio, op. Cit., p.69.

para la Corte Constitucional es el planteamiento de problemas jurídicos y la resolución de los mismos estableciendo reglas que conforman el derecho objetivo del país.

Como afirma el jurista colombiano Diego López Medina, en un sistema de elaboración de jurisprudencia vinculante a base de la “regla de la reiteración”, “(...) si aceptamos que se requieren tres sentencias en el mismo sentido, solo el cuarto demandante podría exigir igualdad de trato conforme al precedente. Esta solución no parece correcta desde el principio de igualdad.”⁵³ Por tal motivo, las jurisprudencias vinculantes de la Corte Constitucional, no requieren como condición *sine qua non* la repetición sucesiva de razonamientos para que estas constituyan reglas, sino que se necesita que se cumplan los parámetros para la selección de causas, establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que las sentencias seleccionadas versen sobre problemas jurídicos relevantes que permitan el desarrollo teórico de la Corte acerca de los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales y su aplicación.

En tal virtud, además de ser un mecanismo para unificar criterios judiciales, la jurisprudencia vinculante tiene la misión de dotar de contenido a los derechos y analizar los distintos escenarios constitucionales de cada derecho. Un derecho es discutido en diversos contextos, bajo diferentes circunstancias y con una variedad de hechos; en cada contexto el sentido del derecho puede tener sus particularidades y diferentes matices. “Detrás de cada derecho fundamental se ha venido formando varios escenarios constitucionales donde se precisa el significado de dicho derecho. (...) Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido.”⁵⁴ Los derechos, generalmente establecidos como principios⁵⁵, carecen de la estructura tradicional de

53 López Medina, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Universidad de Los Andes, Legis, Segunda Edición, Colombia, 2010, p. 146.

54 López Medina, Diego, *op. Cit.*, p. 148.

55 Las reglas, o también denominadas normas hipotéticas por Luigi Ferrajoli, son las que tienen una estructura basada en una relación causal, es decir, si se genera un acto, la consecuencia se la conoce en la misma norma, como por ejemplo las sanciones penales. Estas, en palabras de Ramiro Ávila tienen tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. Mientras que los principios, o llamadas normas téticas por el mismo jurista italiano, carecen de dicha estructura.

una norma hipotética, por lo que tienen varias formas de ser interpretados⁵⁶, consecuentemente, deberá ser la Corte Constitucional, como máximo organismo de interpretación de la Constitución, a través de esta herramienta, la que determine el sentido y el alcance de los derechos, tomando en cuenta las circunstancias del caso, es decir, los diferentes escenarios constitucionales. Bajo tal consideración, una labor urgente y trascendental de la Corte Constitucional "(...) consiste en contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales."⁵⁷ En efecto, la Corte constitucional posee un rol importante al fungir de garante de los derechos establecidos en la constitución por lo que sus precedentes deben reflejar esta finalidad, los fallos emitidos por este órgano además de su labor unificadora de criterios deben apostar por la armonización principios y las reglas para así construir el parámetro a seguir en los actos del poder público y en las relaciones particulares.⁵⁸

1.2.1 La revisión de los casos

Existe un aspecto particularmente importante que debe ser tomado en cuenta en el presente análisis, y es que el artículo 436, numeral 6 de la Constitución, menciona que los casos seleccionados pueden ser objeto de "revisión". Por tal motivo, la parte final de la definición de los PCO, que consta en el Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, realizado por la propia Corte Constitucional, señala que la interpretación de la Constitución, a través de las sentencias con efectos generales o erga omnes, se las realiza "con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel"⁵⁹

Es decir, se deja abierta la posibilidad de que la jurisprudencia vinculante, además de fijar líneas y reglas generales, falle sobre el caso concreto y resuelva al respecto de la violación o no de derechos constitucionalmente protegidos, revisando de esta forma las sentencias se-

56 Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

57 Grijalva, Agustín, "Interpretación constitucional, justicia ordinaria y Corte Constitucional", en: Zaidán, Salim, "Regulación de la Acción de Protección", Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, Asociación Escuela de Derecho- PUCE, Quito, 2011, p. 55.

58 Grijalva, A. Constitucionalismo en el Ecuador. 2012. p. 274.

59 Corte Constitucional para el periodo de transición, op. cit., p. 361.

leccionadas y reparando integralmente a las personas que sufrieron el daño. Por consiguiente, esta atribución constitucional de la Corte, va más allá de la expedición de reglas con efectos erga omnes, ya que el Organismo está facultado para decidir asuntos que devengan del caso particular.

Resulta importante recordar que esta facultad vinculante de la Corte Constitucional en cuanto a sus fallos deviene de la necesidad de garantizar el cumplimiento efectivo del mandato constitucional, en especial a temas relacionados con los derechos fundamentales del individuo de la forma más uniforme posible para garantizar una aplicación homogénea del ordenamiento jurídico (Villaseñor 2012).

Al respecto, en la primera jurisprudencia vinculante, la Corte dijo: "De conformidad con el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter erga omnes, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección. La Corte Constitucional, en ejercicio de dichas competencias constitucionales y legales, está facultada para, de manera paralela al desarrollo de jurisprudencia vinculante, efectuar la revisión con efectos inter partes, pares o communis de aquellos casos en los que se constate en la sustanciación o decisión de la causa una vulneración a derechos constitucionales."⁶⁰

Más adelante, dentro de la parte argumentativa de los problemas jurídicos, estableció que el ejercicio de esta competencia "genera dos posibilidades: la primera, como objeto principal, el desarrollo de jurisprudencia vinculante; y la segunda, en caso de constatar vulneraciones a derechos constitucionales en la sustanciación de la causa, la Corte está facultada para revisar el caso seleccionado y efectuar una reparación integral con efectos inter partes, pares o comunis."

Los efectos inter partes son los que vinculan a las partes que intervinieron en el proceso, por ejemplo, a los accionantes y accionados dentro de una acción de protección. Inter pares implica que los efectos de la sentencia se los puede aplicar a casos similares. Y, finalmente, los

60 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

efectos inter comunis son aquellos que “alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción”⁶¹

Sin embargo, lo cierto es que la Corte, por regla general, debe decidir con efectos generales y no intervenir en el caso concreto. Únicamente ante situaciones excepcionales, cuando la vulneración de derechos sea manifiesta y no se pueda corregir de otra forma, la Corte deberá fallar respecto al caso concreto para evitar la vulneración y repararla. De igual manera, de verificarse que el problema, o los problemas jurídicos discutidos en las diferentes garantías jurisdiccionales, no han sido resueltos o agotados y ello deriva en que los derechos de una de las partes estén siendo conculcados, la Corte Constitucional podría decidir y desarrollar dichos problemas jurídicos; como se ha dicho, esta revisión procederá de manera excepcional.

1.2.2 Influencia del Estado constitucional de derechos en la jurisprudencia y en la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios

Es imprescindible referirse al nuevo orden respecto de las fuentes del derecho, el mismo que estamos viviendo a partir de la vigencia de la Constitución del 2008. El Estado constitucional de derechos, como es definido el Ecuador en el artículo 1 de su Ley Fundamental, implica no solo el cambio de los adjetivos que acompañan las cualidades del Estado, sino que marca una transformación sustancial en el manejo de los derechos. Un Estado constitucional coloca su Carta Suprema en el centro del ordenamiento jurídico, con una presencia transversal de normas, valores y principios, que son exigibles con la utilización de mecanismos diferentes a los de la hermenéutica tradicional. De esta forma, dentro de esta concepción, la finalidad por excelencia de la actividad estatal es la tutela de los derechos humanos y la plena vigencia de los mismos.

Esta nueva visión del Estado en el Ecuador, enfocada hacia la plena vigencia de los Derechos Humanos va de la mano con lo que se ha convenido en instrumentos internacionales, un ejemplo cercano de ello son las disposiciones emanadas de la CIDH, vinculantes para todos los países suscriptores quienes deben adaptar su normativa interna a dichos parámetros. (Villalobos, 2013).

61 Corte Constitucional para el período de transición, op. cit., p. 367.

Mientras que el estado de derechos parte de una pluralidad jurídica, es decir, de varias fuentes creadoras de derecho, al contrario de lo que ocurre en un estado legislativo o de derecho, donde la fuente por excelencia es la Ley. Por tales consideraciones, nuestro país, un Estado constitucional y de derechos, se caracteriza por tener una Constitución con una amplia gama de derechos, sin perjuicio de que existan obligaciones y prerrogativas vinculadas con derechos fundamentales, que surgen a partir de normas que no se encuentran en el texto constitucional, pero que constan en Tratados y sentencias de Organismos de Derechos Humanos y por lo tanto son plenamente exigibles por parte de los sujetos de aquellos derechos.

Las sentencias que emite la Corte Constitucional, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forman parte del Bloque de Constitucionalidad, que de acuerdo a Sagües, es el “conjunto del derecho constitucional primario y secundario de un país”⁶²; tomando como parámetro de referencia no solo el texto de la Constitución, sino también a “otras disposiciones. Entre ellas se encuentran las leyes sobre derechos fundamentales y sobre las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Se pueden considerar asimismo incluídas dentro de este parámetro las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de las salas y tribunales constitucionales Nacionales.”⁶³ De allí que la jurisprudencia, en nuestro modelo de Estado, adquiere un rol protagónico en la creación normativa, más aún los PCO, los cuales versan sobre derechos constitucionalmente protegidos, son vinculantes y su cumplimiento obligatorio.

2. SALA DE SELECCIÓN Y SALAS DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 Conformación

La Corte Constitucional, a partir de la Constitución vigente, dejó de ser el órgano que conocía las acciones de hábeas corpus, hábeas data y amparos constitucionales que fueron negados en primera instancia,

62 Sagües, Néstor, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p.233.

63 Huerta, Luis, *Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005, p. 410.

ni los recursos de apelación de las mismas. Ante la función de emitir jurisprudencia vinculante, la estructura de la Corte debió adecuarse a las nuevas necesidades. Es así que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional creó la Sala de Selección y las Salas de Revisión.

El artículo 198 y 199 de la Ley, establecen que tanto la Sala de Selección, como las Salas de Revisión están compuestas por 3 jueces cada una, quienes de manera rotativa las conforman después del sorteo en el Pleno de la Institución. La conformación de la Sala de Selección se la realiza por períodos mensuales; mientras que ni la Ley, ni el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional indican el período de funcionamiento de las Salas de Revisión, por lo que se entiende que son permanentes.

La Sala de Selección, como se precisó, se conforma de manera mensual por 3 jueces, quienes, de acuerdo al artículo 13 del Reglamento antes citado, cuentan con sus respectivos suplentes o jueces alternos, los mismos que, de igual manera, son designados por sorteo y actúan conforme al orden en el que fueron sorteados, ante la excusa o ausencia de algún juez principal. La Sala tiene la obligación de sesionar ordinariamente dos días al mes, y extraordinariamente en casos de urgencia y necesidad de despacho.

2.2 Sala de Selección

Por mandato constitucional⁶⁴, las sentencias ejecutoriadas de acciones de hábeas corpus, hábeas data, acciones de protección, accesos a la información pública y las resoluciones de las medidas cautelares autónomas, son remitidas a la Corte Constitucional en el término de tres días a partir de su ejecutoria. Posteriormente, la Secretaría General del organismo recepta los expedientes y los numera conforme su llegada y de acuerdo al tipo de acción, asignando a cada garantía un código que la diferencia del resto y registrando toda la información como lo prevé el artículo 6 del Reglamento de Sustanciación de Procesos. Es así que las acciones son signadas con el número que corresponda según su ingreso, el año y el código que corresponda. A las acciones de

64 Dentro de las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República señala: "Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia."

protección se las identifica con el código "JP"; por lo que el número de la primera sentencia de acción de protección ingresada a la Corte en el año 2012 será: 001-12-JP. De la misma forma ocurre con los otros tipos de garantías, el código de las sentencias de hábeas corpus es "JH", hábeas data "JD", acceso a la información pública "JI"; y, las decisiones sobre las medidas cautelares autónomas "JC".

Una vez que las sentencias son identificadas en función al tipo de acción, la Secretaría General remite las mismas a la Secretaría Técnica Jurisdiccional, que se constituye como un órgano de apoyo de acuerdo al artículo 201 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dentro de la Secretaría Técnica Jurisdiccional se encuentra el Grupo Técnico de Selección, un equipo de asesores que apoyan a los jueces de la Sala de Selección en el estudio de las causas remitidas. Cabe resaltar que la propia Ley, en su artículo 25, fija los parámetros según los cuales se procede a seleccionar un caso. No se requiere de motivación para la exclusión de casos del proceso de selección, ni el mismo suspende los efectos de las sentencias.

La coordinación del Grupo de Selección emite un informe cada quince días, en el cual se detalla el contenido de las sentencias y la existencia de causas con problemas jurídicos que pueden ser tratados y desarrollados por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia vinculante. En el mismo se adjuntan las fichas de relevancia⁶⁵ de cada caso que se recomienda sea seleccionado, con la finalidad de reforzar el criterio de la Sala al respecto de las causas, al momento en que esta decide la selección o no del caso.

Por otro lado, el Defensor del Pueblo o cualquier juez de la Corte Constitucional puede solicitar la selección de una sentencia, cuando a

65 Las fichas de relevancia son parte del trabajo del Grupo Técnico de Selección. el mismo que al advertir casos que podrían ser recomendados por cumplir los parámetros de selección, realizan un análisis del caso, en el que, además de resumir los antecedentes que dan lugar a la acción, y la forma en la que las distintas judicaturas resolvieron las controversias, identifican los problemas jurídicos que se desprenden de las sentencias, y que, de ser seleccionados, deberán ser tratados por alguna de las Salas de Revisión. El artículo 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, señala el contenido que debe tener cada ficha de relevancia: tipo de acción, número del expediente, juzgado de procedencia, hechos relevantes, descripción del problema constitucional resuelto por la jueza o juez de instancia, y los argumentos sobre la relevancia constitucional.

su criterio cumpla los parámetros establecidos en la Ley; sin embargo, la única instancia que decide acerca del proceso de selección es la Sala, a tal punto que el numeral 10 del artículo 25 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional menciona que no existe recurso alguno de ninguna decisión tomada por la Corte. La Sala, mediante auto, ordena la selección de las causas que cumplan los parámetros.

2.2.1 Parámetros para la selección de sentencias

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 4 del artículo 25, puntualiza cuáles son los aspectos que, de presentarse en un caso, permiten su selección. Son los siguientes, y el contenido que se detalla es el que la Corte ha establecido para cada uno⁶⁶:

- **Gravedad.** - Por un lado, se refiere expresamente al grado de vulneración de los derechos de las personas, y por otro a la idoneidad de la garantía para reparar y tutelar el derecho.
- **Novedad del Caso.** - Que sea un caso inédito en relación a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.
- **Falta de Precedente Judicial.** - Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).
- **Cambio de Precedente Judicial.** - En caso de que haya un precedente judicial, pero que sea necesario cambiar dicho precedente.
- **Incumplimiento de Precedente.** - Cuando los jueces y juezas han inobservado los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la Ley. Se consideran precedente las sentencias y dictámenes.
- **Relevancia Nacional.** - Cuando el acontecimiento, por su naturaleza y características, genera un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.

66 Tanto los parámetros, como su contenido, se encuentran en la parte final de las fichas de relevancia.

De la revisión y análisis de los parámetros surgen algunas inquietudes; por ejemplo, se observa que el contenido con el que la Corte ha dotado cada parámetro no es preciso y limita ciertos casos y situaciones, al contemplar de manera ambigua y poco clara lo que comprende cada uno.

Por otro lado, ¿Qué ocurre cuando los casos no cumplen con ninguno de los parámetros, pero presentan problemas jurídicos que merecen ser desarrollados? Ninguna norma establece si para seleccionar un caso se requiere la concurrencia de todos los aspectos posibles⁶⁷ antes señalados, o si basta con el cumplimiento de uno de ellos. Sobre este punto, en la práctica, la Sala de Selección ha escogido casos que cumplen casi en su totalidad los parámetros, y otros en los que muchas ocasiones los parámetros son meras formalidades sin mayor trascendencia cuyo cumplimiento no es la razón inequívoca por la cual se selecciona un caso. Por ejemplo, los casos 0493-09-JP y 0564-10-JP⁶⁸, los mismos que se encuentran seleccionados, solo cumplen un parámetro, que es la falta de precedente; no obstante, ambos tratan un tema recurrente dentro de las acciones de protección, esto es las acciones planteadas por miembros de la Policía Nacional que impugnan las sanciones que imponen los Tribunales de Disciplina.

Los principales problemas jurídicos son si existe una doble sanción cuando los policías, a causa de esa sanción, son puestos en la cuota de eliminación anual y finalmente dados de baja. Se discute, además, la naturaleza de los Tribunales de Disciplina y la constitucionalidad y legalidad de los Reglamentos disciplinarios que son la base normativa para la imposición de sanciones. Es decir, en los casos antes mencionados, se da mayor importancia a los problemas jurídicos que se desprenden del caso que al cumplimiento mismo de los parámetros.

Al contrario, si observamos el caso seleccionado No. 0250-09-JP⁶⁹, podemos constatar que, a criterio de la Sala, se cumplieron todos los parámetros posibles en un caso en el que se desarrollará el derecho de las personas discapacitadas en relación con los tributos. Una vez más se constata

67 Es imposible que concurren todos los parámetros por cuanto no puede existir falta de precedente y a la vez considerar que se necesita cambiar el precedente, o que se lo ha incumplido.

68 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0493-09-JP y 0564-10-JP, realizadas por Esteban Polo P.

69 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0250-09-JP, realizada por Gabriela Peñafiel.

que la selección queda a la discreción de la Sala, la cual puede tomar en cuenta otros parámetros para determinar la relevancia de un caso.

2.2.2 Otros parámetros no contemplados en la Ley que deberá observar la Sala

Los siguientes son casos que pueden aportar a desarrollar esta atribución de la Corte por la presencia de problemas jurídicos importantes:

- Sentencias que puedan aportar a consolidar el criterio al respecto de problemas jurídicos resueltos por la Corte Constitucional en otros procesos constitucionales.
- Casos en que se haya desechado la garantía por no poder determinar el contenido exigible del derecho. A partir de este problema jurídico, la Corte podrá desarrollar el contenido de los derechos en los diferentes escenarios constitucionales, como se expresó con anterioridad. Además, será importante generar pronunciamientos acerca de las garantías interpuestas respecto a derechos reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos reconocidos por el Ecuador, y que no necesariamente se encuentren previstos en la Carta Fundamental. (Bloque de constitucionalidad) Tienen particular trascendencia los casos de tortura o desaparición forzada de personas, con la finalidad de abolir la teoría del derecho subjetivo o la necesidad de acreditar la representación para interponer una garantía. Según esta teoría, los casos de desapariciones forzadas nunca podrían ser tratados a través de acciones constitucionales.
- Acciones interpuestas respecto a derechos novedosos en el texto constitucional, por ejemplo, acerca de derechos de la naturaleza.
- Acciones en las cuales se haya desechado la demanda argumentando únicamente falta de requisitos formales. Aspectos que podrían conllevar una vulneración respecto al derecho de acceso a una justicia efectiva y expedita, y al carácter informal de las garantías.
- Casos en que el juez se haya abstenido de tomar una decisión acerca del fondo de la controversia, o efectuar una adecuada reparación integral por considerar que la acción de protección es meramente cautelar.

- Casos en que se constate una motivación y argumentación jurídica importantes que puedan ser aplicados a otros casos similares. Al respecto se debe mencionar que la Sala de Selección no debe escoger exclusivamente casos en los cuales el razonamiento de los jueces sea erróneo, sino que cuando se observe argumentos importantes en materia de desarrollo de derechos fundamentales, o aspectos propios de la naturaleza de las garantías jurisdiccionales
- Casos en que se haya logrado la desnaturalización de la garantía, por ejemplo, cuando una acción de protección resuelve asuntos que versan sobre la legalidad de los actos u omisiones.

2.3 Sala de Revisión

Al momento en que se decide la selección de una causa, se realiza el sorteo para determinar la Sala de Revisión que conocerá el caso. Una vez que se sortea la Sala se realiza otro sorteo, esta vez para conocer el juez ponente, quien, según el artículo 16 del Reglamento de Sustanciación de Procesos, cuenta con quince días para preparar el proyecto de sentencia que posteriormente se discutirá en la Sala. Finalmente, es el Pleno de la Corte Constitucional el que aprueba la sentencia que constituirá jurisprudencia vinculante.

3. BREVE ANÁLISIS SOBRE EL CASO 0999-09-JP, SENTENCIA 001-10-PJO-CC- PRIMERA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

También denominado "Caso INDULAC". Fue resuelto por la Corte Constitucional para el Período de Transición a finales del año 2010, precisamente el 22 de diciembre de aquel año, y su sentencia fue publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 del miércoles 29 de diciembre de 2010.

Este breve análisis busca ilustrar de mejor manera el proceso de selección y revisión que realiza la Corte Constitucional, así como identificar la estructura de la sentencia y las reglas vinculantes que fijó el Organismo en este caso. Sin embargo, hay que destacar que la sentencia debe ser analizada con mayor profundidad al momento en que la Corte (ya sea la de Transición, o la primera Corte Constitucional) emita más juris-

prudencias obligatorias, para poder comparar los procesos y verificar si existen nuevas consideraciones al momento de emitir la sentencia.

Antecedentes:

Como se ha indicado, existe la disposición expresa en el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República, para que toda sentencia en materia constitucional que haya sido resuelta por jueces ordinarios, y se encuentre ejecutoriada, sea remitida a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión. Es así que, en el año 2009, ingresó a la Corte la sentencia dictada por el Juez Sexto de Tránsito del Guayas dentro de la acción de protección No. 022-2009, la misma que al ser analizada por la Sala de Selección cumplió con 2 de los parámetros antes estudiados, que son: falta de precedente y novedad del caso⁷⁰. Aunque su verdadera trascendencia surge por las siguientes consideraciones, donde se debe hacer referencia a 2 causas:

- Caso No. 368-2009, resuelto por la Primera Sala de lo Laboral y Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas; en donde Lucía Bacigalupo planteó acción de protección en contra de la inscripción en el Registro Mercantil de Guayaquil, de los nombramientos de Gerente y Presidente de la Compañía INDULAC. Dicha acción fue rechazada en primera instancia por el Juez Tercero de Tránsito del Guayas, pero al resolver el recurso de apelación planteado por la accionante, el 15 de julio del 2009, la Sala de la Corte Provincial señaló: “a) la inscripción de nombramientos no debía ocurrir en razón de verificarse irregularidades en los actos jurídicos que precedieron a dicho registro; y b) la inscripción podría ocasionar daños a terceros que de buena fe contraten con INDULAC. Sobre la base de ese argumento dispusieron: [...] Dejar sin efecto la inscripción de los nombramientos de Juan Carlos y Zully Bacigalupo como Presidente y Gerente de INDULAC [y] a través de medida cautelar [...] disponer que la señora Registradora Mercantil de Guayaquil se abstenga de inscribir cualquier acto jurídico celebrado o firmado por los referidos señores [...].”⁷¹

70 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0999-09-JP, realizada por Ángel Guala.

71 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

Posterior a ello, el 23 de marzo del 2010, el Juez Tercero de Tránsito del Guayas solicitó información a la Superintendencia de Compañías acerca del cumplimiento de la sentencia. La Superintendencia respondió que existe la imposibilidad de cumplir el fallo, por cuanto hay otra sentencia de una acción de protección que dispone lo contrario.

- Caso No. 022-2009, resuelto por el Juez Sexto de Tránsito del Guayas, del cual ya se ha hecho mención en la parte introductoria de este punto, y que al ingresar a la Corte Constitucional fue signado con el número 0999-09-JP. Dentro de esta acción de protección, la cual fue planteada el 21 de julio del 2009 por Juan Carlos y Zully Bacigalupo, representantes legales de las compañías ROTOMCORP CÍA. LTDA., e Industrias Lácteas S.A. INDULAC, se acusa que varios actos de la Superintendencia de Compañías e Intendencia de Compañías de Guayaquil vulneran el derecho a la propiedad y al debido proceso de sus representadas, puesto que se emitió una orden de intervención a las mencionadas compañías tras una denuncia de un presunto accionista de Industrias Lácteas.

Como se observa, la presente acción se la interpuso 6 días después de que la Sala de la Corte Provincial, en el caso 368-2009, dispuso dejar sin efecto los nombramientos de quienes en este proceso comparecieron en calidad de representantes legales de INDULAC. Sin tomar en cuenta este aspecto, el Juez Sexto de Tránsito del Guayas, en su primera providencia, al admitir a trámite la acción ordenó que se suspendan los actos administrativos emitidos por la Superintendencia e Intendencia de Compañías de Guayaquil, por haberse vulnerado los artículos 354, 355 y 342 de la Ley de Compañías. Dichos artículos versan sobre la intervención que puede realizar la Superintendencia para vigilar la situación económica de las compañías, y la forma de fusión de compañías. Finalmente, el 28 de agosto del 2009, mediante sentencia se declaró con lugar la acción de protección, por lo que se suspendió la intervención de la Intendencia de Compañías de Guayaquil en INDULAC.

Dentro del proceso de selección, a criterio de la Corte Constitucional, a pesar que son temas aparentemente distintos, los casos se encuentran vinculados porque convergen en la ejecución, "lo que la una sentencia manda, la otra prohíbe", ya que en la primera sentencia se deja sin efecto los nombramientos de quienes, en el segundo caso, actuando como representantes en ejercicio de los mismos nombramientos ya suspendidos, obtienen una sentencia favorable.

La sentencia fue apelada por la Superintendencia e Intendencia de Compañías, un tercero interesado (el presunto accionista de INDU-LAC que denunció la gestión de los directivos) y por la Procuraduría General del Estado; sin embargo, el Juez rechazó la apelación por improcedente e indebidamente fundamentada, en virtud de las normas contenidas en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, vigentes a esa época. De ello, la Superintendencia e Intendencia antes indicadas interpusieron acción extraordinaria de protección, la misma que fue inadmitida por el propio Juez Sexto de Tránsito del Guayas, ya que a su criterio carecía de valor legal.

Problematización, argumentación y reglas:

Tras abordar el tema inherente a la naturaleza de la jurisprudencia vinculante, el cual ya fue analizado previamente en este trabajo, la Corte planteó los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Qué debe hacer la jueza o juez constitucional ante la interposición de un recurso de apelación en acciones de garantías jurisdiccionales?*

Al respecto, la Corte menciona que una de las funciones que tienen los precedentes vinculantes es la de ratificar una regla legislativa que ya existe pero que no se está cumpliendo. Acerca de las sentencias de garantías jurisdiccionales expedidas en primera instancia, tanto el artículo 86 de la Constitución de la República, como los artículos 4, numeral 8, 8 numeral 8 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, facultan a las partes a interponer el recurso de apelación, por lo que no es competencia de los jueces constitucionales calificar la procedencia o no de un recurso de apelación, sino del órgano superior competente. La Corte reitera que ello garantiza a las partes el derecho a la doble instancia.

Por otro lado, la Corte Constitucional identificó otro asunto acerca del cual referirse, se trata de la negativa del recurso de apelación por la supuesta falta de fundamentación. Sobre esto, la Corte mencionó que por el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), contenido en el artículo 4, numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez constitucional está en la obligación de subsanar de oficio las deficiencias que encontrare en las pretensiones, sin que esto sea motivo para detener la sustanciación de la causa, más aún si se analiza el deber del juez de administrar

justicia constitucional, el mismo que se desprende de los artículos 11, numeral 5, y 76 de la Constitución de la República, como el artículo 2, numeral 4 de la Ley de Control Constitucional vigente.

Bajo tales consideraciones, la Corte fijó sus primeras reglas vinculantes con carácter erga omnes, que establecen:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente.

Por otra parte, la Corte Constitucional determinó:

Las juezas y jueces constitucionales para asegurar el ejercicio de las garantías jurisdiccionales reconocidas en el artículo 86 de la Constitución de la República y del principio *iura novit curia* no podrán justificar la improcedencia de una garantía jurisdiccional, como tampoco de los recursos y etapas procesales, en la falta de enunciación de la norma, motivación u oscuridad de las pretensiones; es su deber subsanar dichas deficiencias y continuar con la sustanciación de la causa.

En tal virtud, aquellas reglas buscan normar de mejor manera el tema de la apelación de las sentencias de primera instancia, con lo que queda establecida la obligación del juez de remitir inmediatamente el expediente al superior. De otra parte, ratificando los principios constitucionales enunciados, la Corte Constitucional ratifica el deber del juez de no suspender la tramitación de garantías jurisdiccionales cuando su pretensión adolezca falencias o carezca de fundamentación, sino por el contrario, subsanar las mismas.

- ¿Cuál es el deber de la judicatura, sala o tribunal que dictó la sentencia definitiva ante la interposición de una acción extraordinaria de protección?

Frente a este problema jurídico, la Corte cuestiona el análisis de admisibilidad que realizó el Juez Sexto de Tránsito del Guayas sobre la acción extraordinaria de protección, y que concluyó con la inadmisión de la demanda; puesto que la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional cuya competencia exclusiva es de la Corte Constitucional que, a través de la Sala de Admisión, verifica que las demandas cumplan con los requisitos constitucionales y legales de

procedencia de la acción. Ni en las Reglas de Procedimiento (vigentes en ese entonces), ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ni la Constitución de la República, contemplan la posibilidad de que cualquier juez constitucional admita o inadmita acciones extraordinarias de protección.

Es así que se estableció la siguiente regla con carácter erga omnes:

Las judicaturas, salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, como lo dispone el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- Si en el proceso de cumplimiento o ejecución de una sentencia o resolución constitucional, se constata la existencia de sentencias constitucionales contradictorias en la misma materia, que impidan su ejecución, ¿cuál es el órgano competente y el mecanismo constitucional adecuado para conocer dicho conflicto?

La Corte puntualiza y destaca que los procesos constitucionales no finalizan con la expedición de la sentencia, sino que lo fundamental es que la misma se cumpla. Es con la ejecución de la sentencia que se materializa la correcta tutela de los derechos afectados.

Es por esa razón que se expidieron las siguientes reglas:

1. La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado.

2. Considerando que el mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional, la Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales.
3. La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional.
4. La Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, determina que las juezas y jueces constitucionales que sin fundamento constitucional y legal expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales, que vuelvan inejecutables las sentencias resueltas previamente, podrán ser destituidos de su cargo por parte de la Corte Constitucional, garantizándoles el derecho al debido proceso.

Con ello, se ratifica la calidad de máximo organismo en materia constitucional de la Corte Constitucional, incluso para imponer sanciones como la destitución a jueces que obstaculicen la ejecución de sentencias constitucionales.

- *Las acciones de protección N.º368-2009y N.º022-2009 ¿conocieron y resolvieron asuntos relacionados con la vulneración de derechos constitucionales?*

En primer lugar, la Corte señala que el Juez Sexto de Tránsito del Guayas no debió mencionar en su primera providencia el incumplimiento de normas legales, mucho menos suspender el acto. La facultad de los jueces para suspender temporalmente los actos, establecida en el artículo 87 de la Constitución, se basa en la necesidad de evitar que se consume o siga consumándose una vulneración de derechos fundamentales que no pueda esperar hasta que se dicte sentencia. En este caso, el juez argumenta la violación de disposiciones de la Ley

de Compañías y erróneamente ordena que se deje sin efecto el acto impugnado. Es decir, utiliza un mecanismo precautorio de derechos fundamentales, como es la medida cautelar en las garantías jurisdiccionales, a causa de la presunta violación de normas de carácter legal.

De esta forma, la Corte Constitucional afirma que, tal como se ha pronunciado en otras causas⁷², y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, cuerpo normativo que se encontraba vigente al momento en que se presentó y sustanció la acción de protección, dichas acciones no proceden cuando se refieren a aspectos de mera legalidad que cuenten con vías ordinarias para la reclamación de los derechos. Concluye que en este caso se desnaturalizó la acción de protección, al emplearla en lugar de acudir a la vía administrativa o judicial, que eran las vías idóneas por tratarse de presuntas inobservancias a la ley.

Se evidencia un asunto muy similar en el caso de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, debido a que si en el proceso de la inscripción de los nombramientos de Gerente y Presidente de una compañía “se verifica un conflicto de índole societario entre los socios (como afirma la sentencia emitida por la Corte Provincial del Guayas), (...) es claro que se trata de actos procedimentales regulados por la Ley de Compañías, y es natural que su controversia siga los procesos establecidos en dicha ley (...)”⁷³, es por ello que mientras no se presente una vulneración a derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos judiciales ordinarios que corresponda.

Finalmente, la Corte concluye que este incorrecto uso que ambas jurisdicciones han dado a la acción de protección, genera la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, por lo que, como medida de reparación integral, ordenó a través de la revisión del caso que se deje sin efecto ambos procesos de acción de protección. Como se puede observar, esta decisión es con efecto inter partes.

72 Ver: Sentencia No. 0055-10-SEP-CC.

73 Corte Constitucional para el Período de transición. Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

4. CONCLUSIONES

A través de este ensayo se ha analizado de manera general la atribución de la Corte Constitucional como generadora de líneas jurisprudenciales, a través de procesos de selección y revisión, así como se ha detallado algunas consideraciones de esta novedosa herramienta de manejo de derechos y garantías jurisdiccionales.

Es probable que, la primera Corte Constitucional tenga otros criterios al momento de seleccionar casos para su revisión, de igual manera la problematización y estructura de la sentencia puede variar; y, además, hay aspectos que deben ser dilucidados con mayor claridad, especialmente acerca de la naturaleza de la selección y los efectos de la revisión de las sentencias. Dentro de la primera jurisprudencia vinculante se mencionó que: “[la] Corte Constitucional, considerando que la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, y con el fin de facilitar su comprensión, ha considerado, previo a referirse a los problemas jurídicos que se desprenden de los casos concretos, pronunciarse de manera general sobre los fines y funciones de esta novedosa competencia constitucional.”⁷⁴, no obstante, es muy pronto para referirse o dar un juicio de valor definitivo sobre esta facultad, será la propia Corte, a través de sus fallos, argumentos y razonamientos, la que vaya delimitando esta atribución y desarrollando conceptos propios para nuestro medio.

La figura de los precedentes constitucionales obligatorios, requiere un desarrollo serio y responsable por parte de la Corte Constitucional, pues los jueces que conocen acciones constitucionales necesitan líneas jurisprudenciales para orientar sus fallos conforme lo determine el máximo organismo de interpretación, control y justicia constitucional; el mismo que, además de unificar los criterios en la resolución de garantías jurisdiccionales, con la finalidad de tutelar el derecho a la igualdad, debe expedir pronunciamientos de un alto nivel técnico jurídico, que produzcan directrices al respecto del contenido de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

74 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Escuela de Derecho - PUCE, (2011). *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*. Quito.

Corte Constitucional del Ecuador, (2010). *Corte Constitucional para el periodo de transición, Nuevo Orden Jurídico y constitucional para el Ecuador del Siglo XXI*. Quito.

De Otto, I. (1989). *Estudios sobre el poder judicial*. Madrid, España. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

Grijalva, A. (2011). *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, en Constitucionalismo en Ecuador, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5*. Quito, Ecuador. Corte Constitucional para el Período de Transición.

Herrera, P. (2011). Jurisprudencia y Precedente Constitucional, en *Revista de Derecho Constitucional Umbral No. 1*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, Ecuador. Corte Constitucional.

Huerta, L. (2005). Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo.

López Medina, D. (2010) *El Derecho de los Jueces*, Universidad de Los Andes. Colombia. Legis, Segunda Edición.

Marinoni, L. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Talca, Chile. Ius et praxis. (vol. 18).

Sierra Sorockinas, D. (2016). El precedente: Un concepto. Bogotá, Colombia. *Revista Derecho del Estado*. Nro 36.

Saguez, N. (2004). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires.

Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

Villaseñor Goyzueta, C. (2011). *Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México. Cuestiones Constitucionales. No. 27.

Valenzuela Villalobos, W. (2013). *Derecho Constitucional, Tomo I. Chile. Revista de Derecho* (Valdivia). No. 2.

Zambrano, D. (2009). El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes. Quito. *Revista de Derecho Foro No. 12*, Universidad Andina Simón Bolívar, Segundo semestre de 2009, Editora Ecuador.

Base Legal.

Código Orgánico de la Función Judicial. Constitución de la República del Ecuador.

Fichas de Relevancia Constitucional, en www.corteconstitucional.gob.ec. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

El cuidado de los hijos desde la perspectiva de género: análisis y posibles soluciones⁷⁵

*Caring for children from a gender perspective:
analysis and possible solutions*

Abg. Paola Quezada Noboa

Investigadora Jurídica

Artículo Original (Revisión)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el presente artículo académico tiene como objetivo evidenciar los estereotipos de género que existen en nuestra legislación respecto a quiénes deben hacerse cargo del cuidado de los hijos e hijas, en un contexto de separación o divorcio de los padres. Además, se habla acerca de las denominadas masculinidades, como otra de las manifestaciones derivadas del análisis del fenómeno legal desde la perspectiva de género, y la manera en que se necesita de manera urgente cambios a nivel legislativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que permitan armonizar las normas con los cambios sociales que han surgido, con la finalidad de que la pugna entre padre y madre por la custodia de los hijos no se perpetúe por orden de las normas legales del país, y finalmente nos demos cuenta que lo que importa al final del día es procurar el bienestar y desarrollo integral de los niños y niñas, garantizando que los mismos crezcan en convivencia con ambos progenitores.

PALABRAS CLAVE: masculinidades, perspectiva de género, estereotipos, patria potestad, cuidado de los hijos.

ABSTRACT: this academic article aims to highlight the gender stereotypes that exist in our legislation regarding who should take care of the children, in a context of separation or divorce of the parents. In addition, there is talk about the so-called masculinities, as another of the manifestations derived from the analysis of the legal phenomenon from a gender perspective, and the way in which legislative changes in the

75 Este artículo recoge criterios vertidos dentro del libro "Custodia compartida y derecho de cuidado de los hijos", de la propia autoría de quien escribe de este manuscrito.

Ecuadorian legal system are urgently needed, allowing harmonization the norms with the social changes that have arisen, with the purpose of which the struggle between father and mother for the custody of the children is not perpetuated by order of the legal norms of the country, and finally we realize that what matters in the end of the day is to ensure the well-being and integral development of children, ensuring that they grow in coexistence with both parents.

KEY WORDS: masculinities, gender perspective, stereotypes, parental authority, childcare.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de una “perspectiva de género” nos referimos a la categoría de análisis que propone el cambio del sistema sexo-género vigente ya que produce una relación de poder desigual entre hombre y mujeres y, en consecuencia, una desigualdad social (González, 2009:349).

Dentro de esta perspectiva son varios los campos que se pueden abordar, de acuerdo a las diferentes manifestaciones derivadas de la misma. Para el presente estudio, únicamente abordaremos los estereotipos de género y las masculinidades, en un contexto vinculado con el cuidado de los hijos, es decir, dichos estereotipos serán estudiados desde la visión de hombres y mujeres, en su rol de padres y madres.

1. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Se considera al estereotipo como la “visión generalizada o preconcepción sobre los atributos y características de los miembros de un grupo en particular” (Cook & Cusack, 2010:11). Lo importante de los estereotipos es que, si bien es cierto ocasiona que se generalice acerca de las características o roles de un grupo de personas, no toda generalización es tendiente a generar un estereotipo.

Las generalizaciones implican un estereotipo cuando, a pesar de que no todas las personas pertenecientes a determinado grupo cumplan con las características o roles preconcebidos, se “cree” que por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo, actuará de acuerdo a la visión generalizada

existente del mismo (Cook & Cusack, 2010:11). En este punto nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina “asignación de estereotipos”

Una vez que hemos definido lo que son los estereotipos, corresponde estudiar el desarrollo de los mismos desde la perspectiva de género

Rebecca Cook y Simone Cusack, tratadistas que han sido tomados como base dentro de la presente investigación, clasifican a los estereotipos de género en 4 grupos:

1. **Estereotipos de sexo:** Se centran en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres (por ejemplo, la fuerza física relativa de hombres y mujeres).
2. **Estereotipo sexual:** Se refieren a la interacción sexual entre hombres y mujeres.
3. **Estereotipo sobre rol sexual:** Aluden a los roles y comportamientos que se atribuyen a y se esperan de, los hombres y las mujeres con base en sus construcciones físicas, sociales y culturales.
4. **Estereotipo compuesto:** Son estereotipos de género que interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres. Por ejemplo, los estereotipos basados en el género y la edad pueden unirse para producir estereotipos específicos relacionados con las adolescentes, las mujeres en edad reproductiva o de la tercera edad (Cook & Cusack, 2010:29).

En el caso que nos atañe, hemos identificado la presencia de estereotipos vinculados con los roles sexuales, ya que la sociedad ha asignado a la mujer el papel de cuidadora primaria de los hijos, mientras que ha considerado al padre como el proveedor de lo necesario para el mantenimiento del hogar. Este estereotipo puede ser evidenciado en dos momentos principalmente: la división sexual del trabajo y la posición de la mujer en la familia.

En el primer escenario, se considera a la madre como aquella que debe siempre estar al pendiente del cuidado de los hijos, a pesar de que en la actualidad la mujer ocupe plazas de empleo considerables. Según el INEC, hasta el año 2013 el 87,1% de las mujeres en el Ecuador eran madres y jefas del hogar, existiendo un incremento del 8% con relación a datos del año 2010 (El Telégrafo, 2013). Lastimosamente,

hasta el cierre de esta investigación, no existieron datos más actualizados respecto a este tema; sin embargo, lo más probable es que dicha cifra haya aumentado con el paso de los años.

En este contexto, lo que el Estado ecuatoriano ha buscado es armonizar la vida laboral de la mujer con el trabajo en el hogar para el que se la considera como "naturalmente destinada". De esta forma, se han establecido ciertos derechos para la mujer como son: licencias con remuneración por parto u adopción de hijos⁷⁶, protección a la mujer embarazada, guarderías infantiles y periodo de lactancia⁷⁷, entre otros.

En lo referente a la posición que se espera de la mujer dentro de la familia, la misma viene marcada por varios siglos de cultura patriarcal, en la cual la familia nuclear, compuesta por padre, madre e hijos, existe dominio del hombre sobre la mujer y los hijos e hijas, y sus roles son fijados en función de la autoridad del padre (Facio&Fries, 1999:45). En esta línea, se destaca el papel de la mujer en la lactancia y las afectividades con los hijos, su sensibilidad y habilidades para el cuidado del hogar y la economía doméstica, en función del adecuado desarrollo de los hijos (Jaramillo, 2008:268).

Lo que pocas veces es considerado por quienes promueven, consciente o inconscientemente, la existencia de este tipo de sesgos, es que están condenando a la mujer a ser madre cuidadora, al suponer a la maternidad como algo natural y obligatorio en las mujeres, condenando de esta manera a los hijos o hijas al cuidado de personas que pueden no ser las más aptas para estar al pendiente de ellos (Jaramillo, 2008:323). Estos estereotipos, a la larga, resultan un modo de discriminación hacia la mujer. La Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés) dentro de su preámbulo aclara que "el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres". Como se observa, este tipo de discriminación a la mujer deriva, inevitablemente, en una afectación directa en la crianza y cui-

76 Artículo. 152 y Artículos Innumerados posteriores al Art. 152. Código de Trabajo. Cabe anotar que la licencia por adopción y por enfermedades degenerativas también se la otorga a los padres y no solo a las madres, en igual cantidad, mientras que la licencia por parto de un hijo es por 12 semanas para la mujer y solo por 10 días para el hombre.

77 Art. 153 y 155 del Código de Trabajo.

dado de los niños y niñas que muchas veces son privados de la atención y cuidado de ambos progenitores, en función de la aplicación de estereotipos de género.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) como el Comité de los Derechos del Niño (en adelante CRC, por sus siglas en inglés), coinciden en que el único criterio que debe considerarse para la designación de custodia o responsabilidad parental sobre los hijos es el denominado Interés Superior del Niño, más no pueden ser admisibles prejuicios o especulaciones en cuanto a la condición de alguno de los progenitores, como tampoco se debe automáticamente otorgar la custodia a uno de los padres, o a ambos.⁷⁸

En cuanto al cuidado de los hijos, la Constitución del Ecuador se armoniza con el mandato establecido por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y por la CEDAW al considerar que la responsabilidad de la crianza de niños y niñas corresponde, en primer lugar y de forma compartida y regular, a ambos progenitores. De esto se derivan derechos consagrados a nivel constitucional y legal, para los niños y niñas, como son el derecho a la convivencia familiar, y el derecho a conocer a su padre y madre y ser criados por ellos, manteniendo relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos.

Pese a lo expuesto, existe más de un caso dentro de la legislación ecuatoriana en el que se hace oídos sordos a estas disposiciones y se continúan perpetuando el rol de madre cuidadora y padre proveedor del hogar. Uno de los casos más alarmantes se encuentra previsto en el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CoNA), numerales 2 y 4 que específicamente determinan:

"Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

78 Criterio recogido en la sentencia CASO FORNERÓN E HIJA VERSUS, ARGENTINA y en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño.

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;"

Como se puede observar, existe una clara e indiscutible preferencia ciega hacia la madre al momento de asignarle la custodia de los hijos, en los dos casos citados.

Al aplicar la metodología de la maestra Alda Facio para análisis de género del fenómeno legal, se llega a la conclusión de que la normativa del CoNA identifica a la mujer-madre como aquella obligada al cuidado de los hijos a falta de acuerdo entre los progenitores, o si ambos manifiestan igualdad de condiciones, lo que afianza el estereotipo y sesgo a la mujer, pues no se consideran las condiciones propias de cada caso en que se deba asignar la custodia de los hijos, como tampoco los deseos y aptitudes personales de la madre. Nuestra Corte Constitucional, además de que tiene pendiente emitir sentencia respecto a una acción de inconstitucional planteada precisamente en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA⁷⁹, no ha mantenido un criterio firme en lo que se refiere a custodia o mal llamada "tenencia"⁸⁰ de los hijos e hijas, de hecho sus pronunciamientos muchas veces son contradictorios respecto de la propia parte considerativa de la resolución.

Así, en un primer caso, la Corte Constitucional en la parte considerativa de su pronunciamiento ha considerado que, pese a existir reglas establecidas para la tenencia de los niños y niñas, los jueces deben ir más allá y analizar cada circunstancia en particular, atendiendo a los derechos de los niños y niñas y, por supuesto, al interés superior. Sin embargo, los magistrados constitucionales dictaminan revertir la tenencia de la hija⁸¹ a favor de la madre por cuanto cuando el proceso inició la niña tenía 9 años y el juez de primera instancia "tenía obligatoriamente que observar, por remisión expresa del artículo 118 del

79 Acción de inconstitucionalidad propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CoNA.

80 Considero que el término "tenencia" se encuentra mal utilizado en nuestra legislación pues denota ocupación y posesión de algo, por lo que al utilizar esta expresión se crea la idea de niños y niñas considerados como objetos de protección y no como sujetos protegidos.

81 Será materia de otro análisis vislumbrar que tan procedente y legítimo resulta que mediante una sentencia de acción extraordinaria de protección se ordene la reversión de la tenencia de los hijos.

Código de Niñez y Adolescencia, lo previsto en la regla 2 del artículo 106” (Acción Extraordinaria de Protección, 2015:30).

En un segundo caso, la Corte Constitucional considera como propia la opinión de la tratadista Angelina Ferrerira de De la Rúa y afirma que “es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre (...) Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos” (Acción Extraordinaria de Protección, 2011:16). De nuevo, se observa cómo los magistrados constitucionales continúan perpetuando el estereotipo de roles sexuales relacionado con la mujer como cuidadora de los niños y del hogar. Además, esta Corte afirma también que para no otorgarle la custodia de los hijos a la madre “es necesario demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes conducta de los padres, edad de la niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones” (Acción Extraordinaria de Protección, 2011:16).

Con esto, los jueces de la Corte Constitucional mantienen arraigada la idea de que el padre es el mero proveedor de recursos para el mantenimiento del hogar y, en ese sentido, es necesario que, si el padre desea obtener la custodia de sus hijos, no solamente deba demostrar que es el progenitor más idóneo para hacerse cargo de ellos sino que además, debe demostrar fehacientemente que la madre no lo es, para lo cual deberá destruir y desprestigiar el nombre de la madre.⁸²

Además, la vigencia de los numerales 2 y 4 impide en gran medida que los jueces sean coherentes al momento de emitir sus fallos por cuanto se ven constreñidos a fallar a favor de la madre en dichos casos, sin realizar un análisis más profundo que permita determinar la idoneidad de la madre para hacerse cargo del cuidado de sus hijos, manteniendo una *discriminación indirecta*⁸³ a la mujer por razón de su sexo e incluso discrimi-

82 Este criterio fue vertido por Farith Simon en la audiencia de sustanciación de la Acción de Inconstitucionalidad propuesta por él, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CoNA.

83 Es “discriminación indirecta” por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro (González, 2009:352).

minando al padre, por cuanto este último es visto simplemente como el responsable económico del hogar y no se permite analizar caso por caso, para determinar si él también puede ser apto para el cuidado de los hijos.

Cabe también mencionar que la Corte Constitucional, haciendo alusión a la profesora Marcela Huaita Alegre, realiza una enumeración de las doctrinas que se han desarrollado respecto al otorgamiento de la tenencia de los hijos a los progenitores en casos de separación de los mismos. Dichas doctrinas son:

1. **“La doctrina de los años tiernos:** El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
2. **El interés superior del niño o niña:** El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
3. **La doctrina de la co-custodia:** Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del /la niño/a.
4. **La presunción de “el/la dador/a de cuidados básicos”:** Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir, el padre/madre que ha asumido el rol de “dador/a de cuidados”, durante el matrimonio debería retener la custodia de los /las niños/as” (Ación Extraordinaria de Protección, 2011:13)

La Corte Constitucional considera aún que la doctrina de los años tiernos debe seguirse aplicando al momento de otorgar la custodia de un niño o niña en caso de separación. Si bien es cierto biológicamente la mujer es más apta para solventar las necesidades físicas en los primeros años de vida (a través de la lactancia), no es menos cierto que de igual manera cada caso debería ser analizado de forma particular y no simplemente naturalizar el rol de la mujer como madre, aunque el niño o niña se encuentre en los primeros años de vida.

2. MASCULINIDADES Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS

El observar cierto fenómeno de la sociedad desde la perspectiva de género no simplemente permite evidenciar los prejuicios o estereotipos que en cuanto al género que se hacen presentes, sino que también permite la visibilización de aspectos a los que se les ha restado importancia. Este es el caso de las masculinidades.

Desde el punto de vista del género, la masculinidad es el conjunto de atributos, valores, funciones y conductas que se suponen esenciales al varón en un contexto socioeconómico, cultural y económico determinados, por lo cual suelen variar según el momento y el lugar en que se desarrollan (Salgado, 2013:71).

Pese al cambio que puedan sufrir las masculinidades, existe de forma global un concepto de *masculinidad hegemónica o dominante*, que se caracteriza principalmente por el ejercicio del poder.

Los mandatos que surgen como parte de esta masculinidad hegemónica son:

- a) Los hombres son heterosexualmente activos.
- b) Los hombres se deben al trabajo por el cual reciben dinero.
- c) Los hombres son padres y jefes del hogar (Salgado, 2013:71).

Como se observa, la paternidad es uno de los elementos que le permiten a un hombre “hacerse hombre” o “ser bien hombre” pues es uno de los objetivos de realización que se esperan de todos los hombres adultos.

Dentro de la paternidad también existe un tipo de *paternidad hegemónica* que va ligada a lo que de manera general se espera de un hombre para que sea considerado “buen padre”. Así, el hombre tiene que expresar rasgos de mayor fuerza y protección, respecto de la mujer, que se la considera débil y sumisa; también el padre debe defender la identidad de “su mujer” y a la par, garantizar la protección de la familia, siendo él quien provea de los recursos que se necesitan para el mantenimiento del hogar.

Sin embargo, cada vez son más frecuentes los casos en que los hombres ya no se sienten identificados con las características menciona-

das; mas bien, sienten que el tratar de cumplir las mismas ocasiona que se alejen de sus hijos e hijas y sienten también que son prisioneros de un modelo que les resulta ajeno (Olavarría, 2001:256).

Estos casos han ocasionado que la cultura vaya cambiando paulatinamente y permita el surgimiento de lo que se ha denominado “nuevas masculinidades” o “masculinidades emergentes”. Dentro de las mismas, como consecuencia, ha iniciado a surgir un *nuevo concepto de paternidad*. En esta última, los hombres reconocen a las mujeres como sus iguales y asumen que los compromisos de pareja se comparten de manera igualitaria. Gran parte de los hombres ya no está conforme con que se les reconozca simplemente como proveedores del hogar; ellos se han involucrado más con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, *democratizando* de esta manera, las relaciones de género, tal como lo afirman Ellen Hardy y Ana Luisa Jiménez.

Maria Del Pilar Troya (2001:77-80), quien realizó un estudio a los profesionales de clase media en la ciudad de Quito en el año 2001, llegó a la conclusión de que la gran mayoría de los entrevistados sintieron que sus padres no se ocupaban lo suficiente de ellos cuando niños y, por ello, ven la necesidad de romper el paradigma, hacer las cosas de manera diferente y vincularse más en la vida de sus hijos e hijas, creando más lazos emocionales y afectivos que los que ellos tuvieron con sus padres.

La vinculación cada vez más fuerte de la mujer dentro del ámbito laboral ha influido también para que poco a poco los hombres se ocupen más de las tareas domésticas y se encarguen del cuidado de los hijos en ciertos casos (Troya, 2001:79). A pesar de que todavía las mujeres son quienes realizan la mayor cantidad de tareas en el hogar, los hombres cada vez más forman parte de las mismas y van tomando conciencia de que ese hecho no significa “ayudar a la mujer” en el hogar sino “ser responsable personalmente” por sus hijos y por su hogar. Cada vez crece más el número de hombres que no quieren limitarse a ser simplemente padres de fines de semana o recreacionales, sino inmiscuirse en el diario vivir de sus hijos e hijas y estar al pendiente de sus necesidades en el ámbito educativo, sanitario, así como también de las necesidades afectivas y emocionales que tienen sus hijos e hijas.

Como se ha evidenciado, en la actualidad existe un proceso de *resignificación* de la paternidad, en donde ya la sociedad demanda un padre presente en las tareas del hogar y el cuidado de los hijos; un hombre que apoye y respete la vinculación de su esposa en el área laboral

y que, en pareja, compartan las responsabilidades de la familia. Sin embargo, dentro del propio nuevo concepto de paternidad, se pueden encontrar cambios en el caso de ruptura del vínculo matrimonial. En este supuesto, nuestra sociedad espera que el padre sea quien pague la manutención de los hijos pues lo que es "usualmente normal" es que la madre sea quien se quede al cuidado de los hijos; esto nos dice que, durante la relación de pareja o mientras los padres viven juntos, se espera que el hombre comparta las responsabilidades del hogar y el cuidado de los hijos, mientras que en un contexto de separación, se legitima la tuición monoparental, reproduciendo el alejamiento del padre, la sobreexplotación del rol materno e imágenes carenciadas de figura paterna en los niños y niñas (Zicavo & Fuentealba, 2012:119).

Los preceptos establecidos actualmente en nuestro CoNA en lo referente a "tenencia", visitas y alimentos, fomenta la existencia de este prejuicio en contra de los padres y limita la participación y vinculación activa de los hijos e hijas con ambos progenitores, vulnerando de esta forma su derecho a la convivencia con ambos padres. La legislación actual insta a la ausencia impuesta del padre, en un contexto de separación de la pareja, y esto claramente repercute en el desarrollo integral de los niños y niñas, pues generalmente se mantiene la pugna entre los padres, por imponer quién ejerce mayor poder luego de la ruptura de la relación, en donde generalmente la madre lleva las de ganar en cuanto a cuidado y custodia de los hijos, por ser quien socialmente es "aceptada" como cuidadora natural.

Además, el régimen de visitas la mayor parte de las veces es un tiempo esporádico, breve, usualmente de fines de semana en donde el único rol que se espera del padre, quien es generalmente el progenitor no custodio, es el de recreación de los hijos e hijas. Por lo tanto, el padre no se encuentra en igualdad de condiciones para proveer a sus hijos del afecto y cuidado a los que estos tienen derecho, generándose distancia emocional entre padres e hijos.

Frente a todos estos inconvenientes, es necesario que el Estado intervenga y garantice efectivamente la eficaz vigencia de lo preceptuado por nuestra Constitución de la República, así como también por la CDN. Pienso que uno de los primeros pasos que se debe dar a fin de procurar que los hijos e hijas crezcan en presencia de sus padres, pese a la separación de pareja de aquellos, es la implementación en nuestra legislación de la institución denominada "custodia compartida".

La custodia compartida, llamada también cuidado compartido o incluso "tenencia" compartida es la institución vinculada con el cuidado de los hijos e hijas que, *prima facie*, más se apega al modelo de responsabilidad compartida de los padres, consagrado en instrumentos internacionales y en nuestra Carta Magna. Este es el modelo que permite de manera más amplia que los hijos e hijas mantengan relaciones presenciales, de afecto, con ambos progenitores, procurando el desarrollo integral de los mismos.

Sin embargo, no se puede asegurar que en todos los casos un régimen de custodia compartida sería el más adecuado, puesto que cada caso debe ser analizado de manera particular; el contexto en que ocurre la separación de los padres no es el mismo para todos los niños o niñas, por lo que mal haríamos en generalizar un modelo como el más apto *per se* para procurar el bienestar de los infantes.

La custodia compartida permitirá que ya no se hable de una pensión de alimentos en los términos en que actualmente se encuentra contemplada, sino que serían ahora ambos progenitores quienes deban asumir de forma compartida la responsabilidad de sus hijos en el ámbito económico. Por otra parte, el régimen de visitas ya no será concebido como tal; ahora se hablará de un régimen de convivencia que será repartido equitativamente entre ambos padres, según lo que mejor convenga a los niños y niñas, a fin de garantizar su estabilidad emocional. Cada progenitor, entonces, será responsable y se hará cargo de todas las necesidades de sus hijos que necesiten ser satisfechas durante el tiempo en que conviven con ellos.

Algunos de los beneficios que otorga la introducción de un régimen de cuidado compartido de los hijos son:

1. Garantizar a los hijos la posibilidad de disfrutar de ambos padres y fomentar una actitud positiva de los niños y niñas frente a la separación de sus progenitores;
2. La ruptura resulta menos traumática pues se evita sentimientos negativos de culpa o abandono de los niños/as;
3. Se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos;
4. Se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio;

5. Se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica;
6. Hay una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre;
7. Se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente;
8. No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores. (Villagrasa, 2012: 89-90)

Debemos ser conscientes de que nuestra realidad cultural no es la misma de cuando se crearon las normas vigentes en nuestro CoNA. Cada vez son más los padres que no se conforman con ser periféricos, padres que quieren vincularse activamente en la vida de sus hijos, desde cocinar para ellos, llevarlos a la escuela, ayudarlos con las tareas, llevarlos al parque y jugar con ellos. Ya no se debe seguir perpetuando un modelo de masculinidad hegemónica que distancie afectiva y emocionalmente a los hijos de sus padres. A partir de esta realidad es que el Estado debe promover cambios de orden legislativo, que vayan de la mano de políticas públicas, para lograr que en la sociedad se cimente el a concepción de que los hijos tienen el derecho de ser cuidados por ambos progenitores, sea cual sea la situación de los mismos, es decir, estén juntos como pareja o separados; que se entienda que una pugna de poder por ver quién se queda con los hijos lo único que hace es afectar emocionalmente a los niños y ponerlos en el medio de una pelea absurda, de la cual no deberían ser parte, pues hay que siempre considerar que un hombre vale lo mismo que una mujer, y un padre vale lo mismo que una madre.

3. CONCLUSIONES

Una vez analizada la problemática que existe en nuestro país desde la perspectiva de género, en lo que tiene relación con el cuidado que los hijos deben recibir de parte de sus progenitores, me permito señalar los cambios o recomendaciones que considero necesarios aplicar, en pro de procurar un efectivo goce del derecho a la convivencia y al cuidado que tienen todos los niños y niñas, cuyos obligados principales para el cumplimiento son sus padres, pero sin desvincular las acciones que el Estado debe tomar para garantizar el cumplimiento de dichos derechos.

En primer lugar, es necesario señalar que Proyecto de Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia planteado por el ex Presidente de la República, Rafael Correa Delgado⁸⁴ plantea ya un cambio, principalmente en lo relacionado con régimen de visitas, tenencia y alimentos, tendiente a equiparar las responsabilidades de padre y madre en el cuidado de los hijos.

Así, dentro de lo relacionado con alimentos, se encuentran cambios como:

1. Considerar los ingresos de ambos progenitores dentro de la Tabla de Pensiones alimenticias, en función de fijar el monto de la pensión.
2. Se incorpora la figura de la rendición de cuentas para el progenitor custodio, a través de la cual se busca que el dinero de la pensión alimenticia vaya direccionado a satisfacer las necesidades exclusivamente de los hijos e hijas.

En cuanto al régimen de tenencia se observa que se pretende incorporar 2 regímenes adicionales de tenencia, además del ya existente Régimen Uniparental, que son: Tenencia Compartida y Tenencia otorgada a un familiar. Considero que la incorporación de un régimen compartido de tenencia es un primer avance hacia el efectivo reconocimiento del principio de coparentalidad, ejercido a través de la corresponsabilidad parental.

Sin embargo, de la lectura de la exposición de motivos del Proyecto de Ley se desprende que se pretende considerar a la tenencia compartida como el régimen preferencial a ser aplicado para todos los casos en que se deba decidir sobre la custodia de los hijos e hijas. Considero esto un desatino ya que, como se había expuesto en líneas anteriores, ningún tipo de régimen de tenencia o custodia debe ser considerado *per se* el más apto para ser aplicado en todos los casos.

El cuidado de los hijos es un tema que debe ser analizado de forma separada, caso por caso, y evaluar entonces el régimen que más conviene para el desarrollo integral del niño o niña, en función de

84 Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado el 18 de mayo de 2017, calificado por el Consejo de Administración Legislativa el 29 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/module-proceso-de-ley>

su propia historia familiar. En lo que respecta al régimen de visitas, se manifiesta que el mismo se determinará de tal manera que exista equilibrio en el tiempo compartido entre el hijo y ambos progenitores en días de semana, fines de semana, celebraciones familiares, vacaciones y días festivos.

Este cambio permitirá que los niños y niñas puedan convivir en igualdad de condiciones con ambos progenitores, consintiendo que sea padre y madre quienes satisfagan las necesidades afectivas y emocionales de sus hijos, procurando el mayor bienestar de estos últimos.

Por otro lado, pienso que uno de los cambios que también debería incorporarse en este ámbito es que exista la obligación de mantener informado al progenitor no custodio respecto de la situación de sus hijos, sobre todo en temas de salud y educación. Así mismo, se debería considerar que es necesario involucrar al no custodio en las decisiones importantes de sus hijos, como son cambios de colegio o cambios de médicos; sin embargo, las decisiones cotidianas o urgentes es comprensible que no deban estar sujetas a la aprobación del progenitor que en ese momento no está a cargo de los hijos (Quezada, 2018:100)

Es importante señalar que este proyecto de Reforma Legal aún se encuentra en análisis dentro de la comisión designada para el efecto en la Asamblea Nacional, habiendo solamente avanzado hasta el borrador del informe para primer debate.

A parte de los cambios ya mencionados que se pretende incorporar mediante este Proyecto de Reforma de Ley, considero indispensable y urgente que se realice un cambio en cuanto a la absurda preferencia ciega a la madre que mantiene nuestro CoNA, en su artículo 106 numerales 2 y 4, eliminando a rajatabla la consideración de otorgar la custodia de los hijos o hijas a la madre por el simple hecho de ser madre y ser considerada por ello *a priori* como la más apta para ser responsable del cuidado de los niños.

Como ya se ha dicho, los jueces deben apreciar caso por caso los temas en que se vaya a otorgar la custodia, determinar quién es el progenitor más idóneo para quedarse con la misma o, en el mejor de los escenarios, si es posible otorgar la custodia de forma compartida a ambos progenitores. En circunstancias especiales, como por ejemplo niños y niñas menores de dos años, se podría otorgar la custodia a la madre pero no a partir de una preferencia ciega, sino analizando el

caso en particular y considerando que biológicamente los niños a esa edad dependen más de la madre que del padre para satisfacer sus necesidades, a través de la lactancia.

Finalmente, considero que es necesario que se introduzcan cambios en cuanto a armonizar la vida laboral de ambos progenitores, no solo de la madre, con las tareas de cuidado de los hijos; por ejemplo, que se equipare el tiempo de licencia por paternidad al tiempo de licencia por maternidad; que se permita al padre y a la madre acudir a los eventos escolares de sus hijos así como a las citas médicas, sin que esto implique merma en la remuneración de los padres (Quezada, 2018:118).

La eliminación de todos los estereotipos de género presentes a nivel legislativo en lo referente a roles sexuales de los padres al momento de asignárseles el cuidado de sus hijos permitirán, por sobre todas las cosas, que los niños y niñas puedan hacer efectivos sus derechos y puedan crecer y desarrollarse en un ambiente en donde puedan convivir con ambos progenitores, en igualdad de condiciones. Las necesidades económicas, pero sobre todo afectivas de los hijos, demandan ser cumplidas por padre y madre por igual, mas aun en una sociedad en donde cada vez es más visible la demanda de los padres por ser parte integral de la vida de sus hijos, aunque no los tengan a cargo, pues siempre se debe tener presente que padre y madre, en principio, son igualmente capaces de hacerse cargo de sus hijos y que, en caso de separación o divorcio, lo más importante es velar por el bienestar de sus hijos, teniendo siempre presente que los hijos nunca se divorcian de sus padres.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cook , R., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*. Profamilia.

El Telégrafo. (2013). *El 8% de las madres ecuatorianas asume de jefa del hogar*. Recuperado (2017), de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/el-8-de-las-madres-ecuatorianas-asume-de-jefa-del-hogar>

Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM ediciones.

Facio, A., & Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio, & L. Fries. *Género y Derecho* (pp. 40-45). Santiago de Chile: LOM ediciones.

González Moreno, B. (2009). El principio de igualdad en el ámbito del Derecho de Familia: la Custodia Compartida. En B. González Moreno, *Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales*. (Valencia: Tirant Lo Blanch).

Hardy, E., & Jiménez, A. L. (2001). Masculinidad y Género. En U. E. (UNICAMP), *Políticas y estrategias en salud pública*. Sao Paulo: Rev. Cubana.

Jaramillo, I. C. (2008). *Capítulo Tres. Familia*. En C. Motta, & M. Sáez, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.

Olavarría, J. (2001). Invisibilidad y Poder. Varones de Santiago de Chile. En M. Viveros, J. Olavarría, & N. Fuller, *Hombres e Identidades de Género, Investigaciones desde América Latina*. Bogotá: Editorial CES.

Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDe-LosDerechosDelNino-WEB.pdf>

Quezada Noboa, P. (2018). *La custodia compartida y derecho de cuidado de los hijos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Salgado Álvarez, J. (2013). *Manual de formación en Género y Derechos humanos*. Quito: Corporación Editora Nacional

Troya, M. d. (2001). No soy machista pero ... Masculinidades en profesionales de clase media de la ciudad de Quito . En X. Andrade, & G. Herrera, *Masculinidades en Ecuador* . Quito: FLACSO.

Villagrasa, C. (2012). La custodia compartida en España y Cataluña: Entre deseos y realidades. En T. Picontó, *La custodia compartida a debate*. Madrid: Dykinson.

Zicavo, N., & Fuentealba, A. (2012). Resignificando la paternidad, crianza y masculinidad en padres post-divorcio. *Revista de Investigación en Psicología*.

Cuerpos Normativos

Constitución de la República del Ecuador, promulgada mediante Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado mediante Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.

Código de Trabajo, promulgado mediante Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado el 18 de mayo de 2017, calificado por el Consejo de Administración Legislativa el 29 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/module-proceso-de-ley>.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, suscrita en la ciudad de New York de Estados Unidos de América, ratificada por el Ecuador y publicada en el R.O. 717 del 15 de junio de 1995.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 12 de agosto de 1977, publicada en R.O 795 de 27 de octubre de 1977.

Jurisprudencia

Acción Extraordinaria de Protección, (2011). Sentencia 021-11-SEP-CC. Caso No. 0317-09-EP.

Acción Extraordinaria de Protección, (2015). Sentencia 064-15-SEP-CC. Caso No. 0331-12-EP.

Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, (2012). Serie C No. 242.

Demanda de inconstitucionalidad del Art. 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, (2015). 0028-15-IN.



ABOCACIA



Asesoría Corporativa Integral

Tributario • Societario • Laboral • Propiedad Intelectual

Administrativo • Litigios

+593 963 082 220

www.abocacia.com

www.pbplaw.com

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

100
AÑOS

Ecuador

Quito

Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 400 7800
Llamadas internacionales:
+5932 382-7640 (al 48)

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
PBX: (593 4) 370 7960

www.pbplaw.com



Cinco críticas a la sentencia vinculante “el Estado como salvador externo” emitida por la Corte Constitucional del Ecuador

Five criticisms of the binding sentence “the State as an external savior” issued by the Constitutional Court of Ecuador

Abg. Christian Castañeda Flórez

Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Abg. María Consuelo Velasco Mancheno

Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el presente artículo analiza bajo un enfoque crítico la sentencia de jurisprudencia vinculante No. 003-18-PJO-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. En la misma, la Corte introduce la figura del Estado como “salvador externo”, justificando su intervención en la privacidad familiar con el fin de garantizar que los niños, niñas y adolescentes tengan acceso a la línea estatal de educación sexual y reproductiva para niñas, niños y adolescentes. De la lectura de la sentencia, sin embargo, se aprecian serios cuestionamientos que se pueden agrupar en dos categorías de análisis: la primera en el marco constitucional, relativas al cumplimiento de las funciones del sistema de selección y revisión constitucional: la aplicación del principio de autonomía progresiva en la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos de niñas, niños y adolescentes; y, el expreso desconocimiento de los derechos a la crianza, educación y privacidad familiar que los padres tienen respecto a los adolescentes que no han cumplido la mayoría de edad. La segunda categoría de análisis es civil, necesaria para entender el estatus jurídico que la Corte aplica a los adolescentes y bajo el cual la misma sugiere incluso que los adolescentes han sido tradicionalmente tratados en nuestro sistema jurídico como objetos de derechos. Bajo la óptica señalada, los autores ofrecen cinco críticas a la sentencia en cuestión para abonar con ello al estudio de este importante tema.

PALABRAS CLAVE: derecho crianza y educación, principio de autonomía progresiva, revisión, Corte Constitucional, sujetos, objetos.

ABSTRACT: this article analyses under a critical approach the sentence of binding jurisprudence No. 003-18-PJO-CC issued by the Constitutional Court of Ecuador. In the same, the Court introduces the figure of the State as "external saviour", justifying its intervention in family privacy in order to ensure that children have access to the state line of sexual and reproductive education and information. From the reading of the sentence, however, arise serious questions that can be grouped into two categories of analysis: the first in the constitutional scope, relating to compliance with the functions of the system of selection and constitutional review; the application of the principle of progressive autonomy in the interpretation of the sexual and reproductive rights of children and adolescents; and the explicitly disregard of the rights to parenting, education and family privacy that parents have before adolescents who have not reached the age of majority. The second category of analysis is civil, necessary to understand the legal status that the Court applies to adolescents and under which the Court even suggests that adolescents have traditionally been treated in our legal system as objects. Under the above-mentioned optics, the authors offer five criticisms of the sentence in question.

KEY WORDS: right parenting and education, principle of progressive autonomy, review, constitutional court, subjects, objects.

INTRODUCCIÓN

La sentencia No. 003-18-PJO-CC, conocida como la sentencia vinculante "el Estado como salvador externo", se fundamenta en la decisión del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha respecto a la acción de protección signada con el caso No. 0775-11-JP, el mismo que fue seleccionado por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante la Corte) para su revisión el 21 de marzo de 2018. La Corte realizó esta selección en base al Art 436 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante Constitución) que confiere a este órgano la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante en los casos seleccionados por la Corte para su revisión. En el caso, se discute la posible violación a los artículos de la Constitución 83 numeral 16 (obligación de los padres de asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos), 69 numeral 1 (promoción de paternidad

y maternidad responsable) y Art. 85 numeral 2 (deber del estado de reformular políticas públicas que vulneren derechos) por parte de la campaña para prevenir el embarazo adolescente liderada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador.

La Corte en la sentencia vinculante plantea dos problemas jurídicos:

1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos? y. 2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un "salvador externo" como el Estado?

Como veremos en este artículo, la Corte, después de su análisis, emite dos reglas jurisprudenciales donde introduce la figura del "salvador externo" justificando la intervención del Estado en la privacidad familiar con el fin de garantizar los derechos a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva de los niños, niñas y adolescentes haciendo una lectura que cuestionaremos a los principios internacionales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y al estatus jurídico de los niños y adolescentes como sujetos de derecho o como objetos de derecho (sic).

En este contexto, la pregunta de investigación del presente artículo es: ¿cuáles son los principios internacionales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y sobre el alcance de su estatus jurídico como sujetos de derecho que la Corte ignora al erigir al Estado como "salvador externo" en la sentencia vinculante No. 003-18-PJO-CC?

A lo largo del presente artículo nos referiremos a la sentencia en estudio como "Sentencia" y cada uno de sus párrafos serán identificados con el símbolo "§".

1. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia No. 003-18-PJO-CC se fundamenta en el caso No. 0775-11-JP, en el cual se resuelve la acción que fue presentada el 15 de marzo de 2011 por el señor Marcel Rene Ramírez Rhor, en su calidad de presidente de la Fundación Ciudadana Papá por Siempre. La mencionada acción cuestiona la campaña para prevenir el embarazo adolescente liderada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador y que incluía la entrega de preservativos a las y los adolescentes, en especial, de 12 a 14 años. El accionante alegó que dicha campaña vulneró los derechos constitucionales de los padres de familia y, en particular, los artículos de la Constitución 83 numeral 16 (obligación de los padres de asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos), 69 numeral 1 (promoción de paternidad y maternidad responsable) y Art. 85 numeral 2 (deber del estado de reformular políticas públicas que vulneren derechos). En abril de 2011, el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha resuelve rechazar la acción de protección por considerar, principalmente, que el Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes pretende cumplir en forma efectiva con el Art. 32 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud y el deber del Estado de brindar educación sexual.

La Corte señala como razones para seleccionar el caso, primero, que no existe un precedente jurisprudencial vinculante relacionado con el objeto de análisis y, por lo tanto,

tiene la obligación de dar respuestas concretas a los problemas surgidos a partir del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes.

Como ya mencionamos, la Corte se planteó dos problemas jurídicos:

- 1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?
- 2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo” como el Estado?.

Sobre el primer problema, la Corte consideró, en lo principal, que la autoridad tuitiva de los padres y madres y en general cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de un niño, niña o adolescente,

no es absoluta pues encuentra sus límites en los principios de interés superior, de prevalencia de sus derechos sobre los de los demás y en su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, estableciendo la Corte que, por lo tanto, “corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables” (§ 112).

En cuanto al segundo problema, la Corte establece que las disposiciones constitucionales que se sostiene (en la acción de protección) que han sido vulneradas “no constituyen de ninguna manera, derechos de los padres y madres de familia”(§114), sino más bien obligaciones pues su deber es permitir a las niñas, niños y adolescentes ejercer de forma efectiva su derecho a adoptar decisiones libres, voluntarias y responsables acerca de su salud sexual y reproductiva garantizados en el artículo 66 numerales 9 y 10 de la Constitución de la República. Consecuentemente, la Corte concluye que tales supuestas transgresiones de los padres a los derechos de los adolescentes activa “la intervención del Estado como un ‘salvador externo’” (§ 123), más aún cuando, a juicio de la Corte, la normativa constitucional e internacional impone como obligación al mismo de adoptar medidas tendientes a garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

A continuación, resolveremos la pregunta de investigación del presente artículo.

2. CINCO CRÍTICAS A LA SENTENCIA

2.1. La sentencia emitida por la Corte no cumple ninguna de las funciones del sistema de selección y revisión constitucional

El sistema de revisión y selección constitucional ecuatoriano, al igual que la Constitución, cumplió 10 años de existencia pues su nacimiento se fundamenta en la atribución de la Corte de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión, que fue establecida por primera vez en

la historia del Derecho Constitucional del Ecuador en la Constitución de Montecristi en su Art. 436 numeral 6. Dicha norma fue desarrollada posteriormente por el Art. 198 y 199 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establecen la conformación de las salas de revisión de la Corte Constitucional.

El objetivo principal de la revisión de sentencias y la selección de casos constitucionales tal como fue concebido por la Asamblea Constituyente de Montecristi fue el de brindar seguridad jurídica al sistema constitucional ecuatoriano en base a la unificación de criterios a través de la generación de reglas jurisprudenciales con efecto erga omnes.

Como señala Suárez (2015), el sistema de revisión y de selección surgió como una respuesta a la inexistencia de la competencia del antiguo Tribunal Constitucional de emitir jurisprudencia vinculante respecto a las garantías jurisdiccionales ya que solamente tenía la facultad de conocer la apelación a los fallos de acción de amparo. Por otro lado, la Corte señaló en la primera sentencia de jurisprudencia vinculante, la No. 001-10-PJO-CC del 29 de diciembre de 2010, que esta carencia ocasionaba que los ex Tribunales Constitucionales dictaran fallos contradictorios respecto a la misma materia.

Estas reglas jurisprudenciales, a criterio de Suárez (2015), Polo (2011) y Núñez (2013), se incorporan al ordenamiento jurídico y deben ser seguidas en lo sucesivo por los tribunales de menor jerarquía.

En virtud de este objetivo principal, las reglas jurisprudenciales deben ser generadas para cumplir las siguientes funciones: evitar la superposición de garantías constitucionales, desarrollar el contenido de derechos constitucionales e incorporar derechos implícitos o nuevos en virtud del principio de cláusula abierta que está establecido en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador; y, evitar la existencia de decisiones constitucionales contradictorias sobre casos semejantes (Suárez, 2015), (Polo, 2011) y (Aguirre, 2013).

En cuanto a la sentencia No. 003-18-PJO-CC, la Corte, como vimos en los antecedentes de este artículo, emite dos reglas jurisprudenciales que tienen el carácter de generales y universales al igual que cualquier disposición normativa. Sin embargo, adentrándonos en los motivos señalados por la Corte para seleccionar el caso 0775-11-JP y emitir las reglas mencionadas, encontramos que no cumplen con las funciones para lo cual fue diseñado el sistema de revisión y selección

a pesar de que la Corte menciona que su obligación es "(...) desarrollar los contenidos de los derechos y sus garantías reconocidos en la Constitución (Art. 11 numeral 8) dando respuestas concretas a los problemas surgidos a partir del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes"(14).

En el siguiente punto, veremos que el análisis de la Corte no toma en cuenta principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes e instituciones de derecho consagradas en la legislación ecuatoriana, por lo cual, la valoración que hace en este punto, no es objetiva.

Sobre la primera función secundaria, se aprecia que, en este caso, no existe superposición entre las garantías establecidas por la Constitución y, por consiguiente, la Sentencia de la Corte no brinda ninguna regla jurisprudencial en este sentido.

Finalmente, sobre la tercera función, que es evitar decisiones contradictorias en casos semejantes, la Corte únicamente menciona un caso, el 0775-11-JP, es decir, no menciona ni analiza la existencia de otra causa ni proceso constitucional sobre estos hechos en el cual se haya verificado una decisión contradictoria. Ni siquiera un conflicto interno en la misma decisión, pues la Corte coincide plenamente con el fallo del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha.

En resumen, este caso es un ejemplo más de la distorsión que ha ido profundizado la Corte con cada sentencia de jurisprudencia vinculante al sistema de revisión y selección, desvirtuando sus funciones y perjudicando, a la postre, al sistema Constitucional Ecuatoriano.⁸⁵

No obstante, lo que particularmente analizaremos en este caso, son las interpretaciones carentes de fundamento en el *obiter dicta*⁸⁶ de la sentencia que denotan la falta de preparación de los ex jueces del que

85 Ver Suárez, 2015. Sobre las distorsiones al sistema de revisión y selección, podemos mencionar como ejemplo el caso fundador del sistema, el No. 001-10-PIO-CC e también denominado caso "INDULAC" que en su *ratio decidendi* abrió la puerta a que la Corte Constitucional revise las decisiones de las sentencias de garantías constitucionales a través de sentencias de jurisprudencia vinculante.

86 El *obiter dicta* está conformada por los conceptos, argumentos y principios que emplea el juzgador y que no influyen directamente en la decisión y, por lo tanto, no son vinculantes para casos posteriores (Igmanasi, 2008)

debe ser el órgano más especializado en nuestro sistema constitucional y, lo que es más grave aún, las limitaciones en la *ratio decidendi*⁸⁷ a los derechos de crianza, educación de los padres de familia y los serios riesgos que puede conllevar erigir al Estado como el principal educador e informante de los derechos sexuales de las niñas, niños y adolescentes y a los padres como meros ejecutores de los lineamientos estatales sin ningún margen de discrepancia.

2.2. La Corte no toma en cuenta el principio de autonomía progresiva en la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos de niñas, niños y adolescentes

El fundamento para la selección del caso 0775-11-JP, de acuerdo a la Corte, es desarrollar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de niñas, niños y adolescentes.

Con este propósito, la Corte reflexiona, en primera instancia, que “el o la adolescente es la persona que se encuentra atravesando la etapa de transición de la infancia a la adultez, que incluye un proceso de maduración biológica, psicológica y social” y que la autonomía de este grupo “está íntimamente ligado con tres aspectos esenciales: la edad; el entorno social y familiar; y, el grado de madurez de la persona” (§ 40), estableciendo asimismo que su falta de madurez exige “la adopción de medidas específicas que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada” (§ 41).

Respecto a los derechos sexuales y reproductivos, como lo explica Ochaíta y Espinosa (2004) dependiendo de las diferentes etapas que atraviesa el ser humano, las necesidades sexuales se manifiestan de diferente forma y, por lo tanto, no se las puede agrupar indistintamente sin hacer una lectura caso por caso, pues no podemos decir que todas las personas maduran al mismo tiempo y en las mismas condiciones. Estos conceptos y reflexiones se reflejan también en las normas del Derecho Internacional sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes que se fundamentan principalmente en los principios de protección integral, interés superior y de autonomía progresiva.

87 La *ratio decidendi* es el elemento vinculante y obligatorio del precedente jurisprudencial. En el caso de las sentencias seleccionadas y revisadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana constituye la concreción normativa bajo el título “jurisprudencia vinculante” tal como acertadamente analiza Suárez (2015).

Sin embargo, la Corte da un giro a esta primera exposición y argumenta en segunda instancia que "(...) el efectivo goce de estos derechos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo, es decir de la potestad de las personas de sentar sus propias normas sobre su cuerpo, de ejercer una completa soberanía sobre el mismo, libre de principios normalizadores fundamentados en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona" (§ 50).

Asimismo, en la *ratio decidendi*, la Corte no analiza el Art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la Convención)⁸⁸ que determina que los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes deben ejercerse de acuerdo a la evolución de sus facultades. De dicha norma emerge el principio de autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes para el ejercicio de sus derechos de modo que sea él o ella quien decida y elija cómo y cuándo pretende hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses. Ahora bien, aquella autonomía tiene como particularidad que evoluciona con el niño, niña o adolescente, es decir, ellos van adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas (Delle Vedove, 2013).

Con dicho concepto se alude a "procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden materializarse mejor" (Comité de los Derechos del Niño, 2005, p. 76).

Igualmente, el principio y derecho de desarrollo integral que está consagrado en el Art. 44 de la Constitución, se entiende como "(...) el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad (...)". Es decir, que este principio y derecho también toma en cuenta que los niños, niñas y adolescentes afrontan etapas de crecimiento y maduración.

88 Art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Finalmente, el principio de interés superior del niño consagrado en el Art. 3 de la Convención establece que debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que los afecten tanto en la esfera pública como privada. Según el Comité de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Comité de Derechos del Niño, 2015, p. 3), entendiéndose por desarrollo holístico el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (Comité de Derechos del Niño, 2002).

En base a estas normas y principios de Derecho Internacional y constitucionales, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ecuatorianos establece en su Art. 13 que “el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez”.

Estas normas, así como el Art. 5 de la Convención, no son siquiera mencionadas ni analizadas por la Corte, lo que denota una vez más que no se realizó un análisis integral de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constitucionales y legales que tienen relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las niñas, niños y adolescentes para emitir las dos reglas jurisprudenciales de fuerte repercusión, e incumpliendo así también la disposición del Art. 427 de la Constitución.

En suma, el principio de autonomía progresiva y las normas que se relacionan y fundamentan en él, reconocen a las niñas, niños y adolescentes la titularidad de sus derechos y la capacidad para ejercerlos sin desconocer que son personas en desarrollo y que, por lo tanto, necesitan de la guía de sus padres o responsables legales quienes están facultados para tomar decisiones en relación a su desarrollo y crianza en el marco de los principios antes mencionados y del derecho de las niñas, niños y las y los adolescentes a opinar sobre los temas que les conciernen (O’ Donnell, 2011).

2.3. La Corte desconoce los derechos a la crianza, educación y privacidad familiar, al erigir al Estado como “salvador externo” de los adolescentes frente a los padres

El Art. 5 de la Convención que, como ya vimos, establece el principio de autonomía progresiva, asimismo determina la obligación de los Estados parte a respetar la responsabilidad de los padres de impartirles la dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de los derechos de sus hijos e hijas. Este deber estatal está en consonancia con el Art. 18 de la Convención que establece que incumbirá a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño en función de su interés superior y determina que es responsabilidad del Estado prestar la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño.

Finalmente, el Art. 27 de la Convención en sus numerales 2 y 3 establece que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño y que, los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

En palabras del Comité de Derechos del Niño, “los artículos 18 y 27 de la Convención confirman la importancia de la responsabilidad de los padres en lo que respecta a la crianza de sus hijos, aunque al mismo tiempo se requiere que los Estados Partes presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales” (Comité de Derechos del Niño, Observación General No 10, 2007, p. 8), es decir, un papel subsidiario del estado frente a la familia, muy alejado de la figura de un “salvador externo” propuesto por la corte.

En concordancia con estos artículos, la Constitución del Ecuador en su Art. 69 numeral 1 establece la obligación del Estado de promover la maternidad y paternidad responsables y, en el Art. 83 numeral 16, se establece el deber de los padres a asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. En otras palabras, la Convención y la Constitución

promueven el respeto de la crianza y educación de los hijos e hijas, no solo como obligaciones, sino también como derechos.

En relación con el reconocimiento del derecho-deber de crianza y educación de los hijos e hijas, la normativa internacional en materia de derechos humanos establece además la importancia para la familia del derecho a la intimidad o a la privacidad. Si bien la familia como tal no es reconocida como sujeto de este derecho en Ecuador, la normativa internacional señala expresamente que el contenido del derecho del individuo a la intimidad o a la privacidad comprende el derecho a protección contra injerencias arbitrarias en su familia, como por ejemplo el Art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (O'Donnell, 2011). En este sentido, la Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 66, numeral 20).

A pesar de que el Estado ecuatoriano está obligado a apoyar a los padres en la crianza y educación respetando su intimidad, la Corte expresamente establece en la sentencia que “las disposiciones constitucionales que se sostiene que han sido vulneradas, no constituyen de ninguna manera, derechos de los padres y madres de familia” (§ 114), desconociendo de esta forma y de raíz las obligaciones estatales y principios constitucionales como el principio de cláusula abierta⁸⁹ y la prohibición constitucional de que normas jurídicas restrinjan el contenido de derechos constitucionales (Art. 11 numeral 4 de la Constitución).

Por otra parte, la Corte establece en la sentencia que el derecho a la intimidad familiar, a pesar de que comprende un amplio grado de autonomía, puede ser limitado cuando vulnera el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes (§ 10).

Sobre la posible vulneración al principio de interés superior, es preciso aclarar que la Convención previene que existen, obviamente, situaciones y casos extremos en los cuales los padres por un motivo u otro no tienen las cualidades necesarias para garantizarles a sus hijos condiciones adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Estas circunstancias extremas se rigen principalmente

89 El Art. 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador establece que el reconocimiento de 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.

por los artículos 9 y 19 de la Convención: el primero reglamenta la separación del niño de su familia para efectos de protección (O' Donnell, 2011), mientras que el segundo, por su parte, reconoce el derecho de los niños y niñas a protección "contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres".

En este contexto, cabe preguntarse si la decisión de los padres de apartarse o cuestionar la línea estatal de educación o información sobre derechos sexuales que se imparta a sus hijos, o el guiarlos sobre las decisiones que tomen al respecto, pueda ser considerado una vulneración extrema que justifique el cese de su autoridad tuitiva y la activación del Estado como un "salvador externo".

En nuestra opinión, el ejercicio de los derechos- obligaciones de crianza y educación van de la mano con otros derechos como es el de libertad de pensamiento, libertad religiosa, privacidad familiar entre otros y, sobre todo, responden a la necesidad de impartir orientación y guía a los hijos e hijas de acuerdo con su autonomía progresiva y desarrollo holístico tal como nos referimos en el punto anterior. En este sentido, la intervención del Estado como "salvador externo" para hacer prevalecer frente a los padres la línea estatal de educación en derechos sexuales y reproductivos que imparte a los niños, niñas y adolescentes, en realidad sería frontal antítesis de su deber internacional y constitucional de apoyar a los padres a ejercer los derechos mencionados a lo largo de este artículo.

Esta orientación que realiza el padre, la madre o quien tenga la responsabilidad del cuidado del niño, niña o adolescente en ningún caso significa que no se respete su derecho a ser consultados sobre temas que los afecten. No obstante, se debe tomar en cuenta que este derecho consagrado en el Art. 12 de la Convención⁹⁰ "es una manifestación

90 Convención de los Derechos del Niño: Art. 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

del reconocimiento de la capacidad progresiva lo cual queda explicitado al hacer alusión a nociones como “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de su edad y madurez” (Delle Vedove, 2013, p. 9).

En resumen, la crianza y educación de los padres a sus hijos e hijas no solamente son obligaciones sino también derechos que el Estado ecuatoriano está obligado a respetar y promover en base a la Convención y la Constitución. Estos derechos-obligaciones están intrínsecamente ligados al principio de autonomía progresiva, el derecho a la intimidad familiar y al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados.

2.4. La definición de adolescencia de la Corte desconoce las limitaciones que distinguen a un adolescente, jurídica y naturalmente, de un adulto

¿Qué es un adolescente? Es la primera cuestión que la Corte abarca en la línea argumentativa de su sentencia, y a esta cuestión le dedica sus primeros párrafos. La cuestión, de sí fundamental, da algunos elementos que muestran al adolescente que la Corte quiere definir, a saber:

- La Corte define en primera instancia a la adolescencia desde un punto de vista “cronológico y biológico” (§ 20), estableciendo que se trata de todo ser humano entre los “10 y 19 años” (§ 21) que “se caracteriza por cambios fisiológicos como el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios y la adquisición de la capacidad reproductiva” (§ 19).
- La Corte, sin embargo, también menciona que la adolescencia no es ajena a “aspectos psicológicos y socioculturales” (solo expuestos en la Sentencia como categoría, sin brindar elementos concretos) de los cuales se puede inferir que la adolescencia también “puede entenderse como el resultado de una construcción histórica y de un proceso social” (§ 20).

Con tales factores se infiere que la Corte, buscando un camino más largo, se apega a la definición más común que se puede encontrar de la adolescencia, aquella que la define como una etapa entre la infancia y la adultez (Medina Pabón, 2014, p. 703).

La primera parte de esta definición parece salvada por la Corte, en tanto se analiza las diferencias sustanciales que existen entre un niño y un adolescente, considerando que “la diferenciación entre niños y niñas y adolescentes no tiene como fin brindar a estos últimos distinta protección, sino, considerando el mayor grado de desarrollo biológico, psicológico, social y cultural respecto de los adolescentes” (§ 29).

Entendida la adolescencia como una etapa de desarrollo que parte desde la niñez ¿cuál es la diferencia ente un adolescente y un adulto? La pregunta resulta clave dentro del análisis de la sentencia, pues de ahí se colige preguntar ¿por qué se limitan a los adolescentes ciertas actividades o decisiones que son libres para los adultos? Sobre esta cuestión giran los cuestionamientos al análisis jurídico civil implementado por la Corte.

De la lectura de la sentencia, aparentemente es poca la diferencia entre un adolescente y un adulto, y básicamente corresponde a un factor etario (de edad). El adolescente es un “ciudadano con derechos y obligaciones –recoge la Corte–, con potencialidades y limitaciones similares a las de los adultos pero específicas de acuerdo a su grupo etario; con capacidad de disentir, de tomar decisiones, de proponer, con autonomía y autodeterminación” (§ 22), definición que no brinda mayores luces sobre por qué hemos de distinguir (y porque históricamente se ha distinguido) a los adolescentes de los adultos, y no simplemente conectar la niñez con la adultez.

La diferenciación entre niño, adolescente y púber tiene hondas raíces dentro del sistema jurídico occidental que ha heredado el Ecuador, y está ligado directamente a la capacidad que tienen las personas (jurídicamente hablando) para obligarse frente a terceros con plena voluntad y responder por sus actos. El principal elemento de diferenciación entre estas distintas fases fue biológico (“natural”, como mencionan Colin y Capitant (2002)), entendiendo que este factor refleja de cierta forma (no completamente, como veremos más adelante) el desarrollo psicológico que acompaña a la persona a través de los años desde su concepción.

El problema no es nuevo y una breve perspectiva histórica nos puede mostrar claramente lo erróneo de solo considerar a la adolescencia como un mero desarrollo de la infancia, pero sin tomar en cuenta las diferencias respecto a quien ha llegado a la mayoría de edad.

Ya en el antiguo derecho Romano pre imperial, las personas con plenos derechos (*sui juris*), a pesar de haber nacido libres, no podrían ejercer todos sus derechos desde el momento siguiente a su nacimiento en razón de la edad. En primera instancia, el derecho Romano dividió el desarrollo de las personas por edades hasta que se complete su total desarrollo físico, pues todavía no se veía la importancia del desarrollo intelectual (Petit, 1977).

La primera edad para los romanos, o *infans*, englobaba al niño que todavía no sabía hablar⁹¹, definiendo posteriormente, ya entrado el imperio, que la infancia iba hasta los siete años de edad (Sohm, 1928), edad hasta la cual eran considerados, jurídicamente, incapaces absolutos y necesitaban de un tutor –*auctoritatis interpositio*– para recibir bienes que mejoren su situación patrimonial.

La diferencia pasada la infancia era clara, como claros son los cambios físicos y corporales que una persona experimenta al salir de la infancia a la pubertad. La segunda edad, o *major infantia* (infantes mayores), era dividida por más referencias en *infantæ proximus* (los más próximos a la infancia) y *pubertati proximus* (los más próximos a la pubertad), ambos subgrupos con condiciones jurídicas casi idénticas⁹² pero que en resumen mostraban un desarrollo físico mayor respecto a los niños.

En una primera fase del derecho romano se entendía que la persona *sui juris* llegada a la pubertad era completamente capaz, al haber logrado el culmen de su desarrollo físico exterior⁹³. No tardaron los romanos en darse cuenta de las limitaciones de esta definición y que el pleno desarrollo físico de las personas no coincide con su pleno desarrollo intelectual. A diferencia de un infante, la limitación de quien acababa de llegar a la pubertad era que su poca o nula experiencia, que los hacían presa fácil de timadores o personas que, abusando de ello, los buscaban para tranzar negocios donde notoriamente lleven la mejor parte en perjuicio del púber (Petit, 1977).

91 Tanto resultaba un hecho biológico, que la misma palabra infante etimológicamente viene de los latinismos *in y fari*, que se refiere a quien todavía no puede hablar correctamente (Petit, 1977).

92 La mayor parte de textos reflejan solamente la diferencia de que los *pubertati proximi* eran los únicos responsables de sus delitos (Gayo, III, § 208) (Petit, 1977).

93 Era a tal punto unívoco este desarrollo físico, que hasta la época de los sabinianos (s. I y II d.C.) la llegada a la pubertad se certificaba al pasar el requisito de la *inspectio corporis* o inspección corporal (Sohm, 1928)..

Tal sería la frecuencia de estos abusos y la cantidad de reclamos que los jóvenes engañados hacían a las autoridades, que el mismo derecho no tardó en desarrollar la *Ley Plætoria* —hacia el año 190 a.C., aproximadamente (Sohm, 1928)—, una manera de proteger al *minor XXV anni*⁹⁴ (los menores de 25 años) de engaños fraudulentos en su contra, quienes podrían solicitar la devolución de los bienes fraudulentamente obtenidos⁹⁵.

De lo dicho quedémonos con las conclusiones que ya obtuvieron los romanos respecto al desarrollo de la persona y que guardan total conformidad con el ámbito de nuestro estudio: el crecimiento de una persona comporta varias etapas de desarrollo físico y psicológico; el primero, la infancia, en el cual el sujeto requiere mayor protección de la ley al no poderse defender por sí mismo; la pubertad, en el cual la persona alcanza un pleno desarrollo físico (evidentemente ligado al desarrollo de los aparatos de reproducción), pero en la cual todavía no alcanzan un pleno desenvolvimiento psicológico, que aunado a la falta de experiencia, los hacen más propensos a ser engañados o defraudados; y, una mayoría de edad (*legitima ætas*, dirán los romanos) desde la cual se entiende que la persona, alcanzado su pleno desarrollo psicológico, se puede hacer valer por sí misma sin protecciones adicionales extraordinarias de la ley en razón de su edad.

El adolescente así visto no debe entenderse como “menos” que un adulto (como tampoco un niño es “menos” que un adolescente o que un adulto, y aun así tiene especial protección) sino como una persona que si bien tiene la plena potencialidad y libertad de tomar sus decisiones, es más proclive a actuar “sin medir las consecuencias y en su propio perjuicio” (Medina Pabón, 2014, p. 709). Por ello, el derecho ha establecido —desde la misma Roma— que los adolescentes, considerados en este enfoque como adultos menores, tengan una progresiva adaptación a la sociedad bajo la guía de sus padres (los primeros llamados a ejercer esta dirección) que sume experiencia al desarrollo natural de quien han acompañado desde su primera infancia.

94 La mayoría de edad en los 25 años fue una constante desde su establecimiento para el Derecho Romano (Claro Solar, 1942). El avance de la educación y otros factores hicieron que esta se fuera reduciendo gradualmente hasta llegar a los 18 años que actualmente aceptan buena parte de las legislaciones modernas (Medina Pabón, 2014).

95 El mecanismo tomó el nombre de *In integrum restitutio*, que se volvió a la sazón el ejemplo típico de institución pretoriana: “cuando una persona es perjudicada por causa de un acto legal, y el derecho civil no le concede ningún remedio, entonces interviene el pretor siempre que encuentre motivo suficiente” (Petit, 1977, p. 211).

El pronunciamiento de la Corte carece de un análisis profundo en este punto, llegando a contradecirse al afirmar, por una lado, que el adolescente debe ser “sujeto de protección especial, pues, se considera que su falta de madurez exige la adopción de medidas específicas que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada” (§ 41) pero por otro que “toda decisión adoptada en su nombre, por los padres, madres o las personas a cuyo cuidado se encuentra, que no considere el grado de autonomía del adolescente (...), estaría afectando gravemente su autonomía, y por ende, la decisión adoptada por los adultos se consideraría una intervención ilegítima en el ejercicio de sus derechos” (§45) contradicción que se desprende, según lo analizado, de confundir la plena libertad del adolescente a una plena madurez para entender las consecuencias de sus decisiones.

Así también, de lo analizado en este punto, nada parece indicar que la adolescencia sea “el resultado de una construcción histórica y de un proceso social” (§ 20) como define la Corte, pues si bien intervienen factores culturales y sociales dentro de la determinación de cuándo la persona puede entenderse mayor de edad, la adolescencia propiamente dicha (aquel periodo que pasa todo ser humano entre la infancia y la adultez), obedece más bien a que, biológicamente hablando, si bien la persona ha madurado física y corporalmente (en este sentido con plena capacidad reproductiva), su desarrollo psicológico no ha llegado, todavía, a la madurez necesaria para medir las consecuencias de las decisiones que aquella condición física le permita tomar.

2.5. La Corte confunde notoriamente la deferencia entre capacidad de goce y de ejercicio, llegando a afirmar que el cuidado de los padres respecto a los adolescentes los hace “tradicionalmente (...) objeto de derechos”

Desde el aspecto jurídico civil, una de las omisiones que más llama la atención en la Corte es la afirmación que la limitación a los adolescentes de ciertas actividades los convertía “tradicionalmente (...) objeto de derechos” (§ 31), en lugar de sujetos de derechos.

Para la Corte, “(...) el parámetro normativo desde el que se abordaba la protección jurídica de las y los adolescentes partía de considerarlos un objeto de derechos de las personas encargadas de su cuidado” pues “[s]u existencia jurídica estaba, limitada a ser el hijo o hija de, o estar a cargo de un adulto, invisibilizando su condición de

persona con cierto grado de autonomía, capaz de emitir opiniones en los asuntos que le conciernen”.

Bastaría mencionar, en un inicio, que este razonamiento de la Corte nos llevaría a afirmar que los niños también son objetos de derecho dentro de la legislación ecuatoriana, que los considera—jurídicamente hablando— como personas con incapacidad absoluta de ejercicio y que por tanto están al cuidado de sus padres, a pesar de que también tienen “cierto rango de autonomía” (con lo gelatinoso de tal expresión); y, no se diga de las personas en una situación de discapacidad mental absoluta (o “dementes”, para usar el término decimonónico que todavía sobrevive en nuestro Código Civil⁹⁶) que están al cuidado de su curador mientras permanezca en esa situación.

La Corte tampoco aclara mucho al tratar de argumentar la diferencia entre objetos y sujetos de derecho como una cuestión meramente semántica en la legislación, que “abandona la construcción normativa desde la afirmación ‘al niño, niña o adolescente se le dará...’ (objeto de derechos) y se da paso a ‘el niño, niña y adolescente tiene derecho a...’ (sujeto de derechos)”(§ 34) pues tendremos por fuerza que afirmar que nuestra legislación también reduce a objetos de derechos a los trabajadores perjudicados por un paro ilegal⁹⁷, a los que apliquen a una jornada nocturna⁹⁸, o a los empleadores que quieran reclamar fondos de reserva indebidamente pagados⁹⁹.

96 Establece el Código Civil en su artículo 478 “El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.”.

97 Artículo 534 del Código de Trabajo “Paro ilegal. - El paro producido sin autorización legal o el autorizado que se prolongue por más tiempo que el fijado por el tribunal, **dará derecho a los trabajadores** para cobrar sus remuneraciones y las respectivas indemnizaciones, considerándose el caso como despido intempestivo.”, énfasis añadido.

98 Artículo 49 del Código de Trabajo: “Jornada nocturna. - La jornada nocturna, entendiéndose por tal la que se realiza entre las 19H00 y las 06H00 del día siguiente, podrá tener la misma duración y **dará derecho a igual remuneración** que la diurna, aumentada en un veinticinco por ciento.”, énfasis añadido.

99 Artículo 199 del Código de Trabajo: “Efectos del pago indebido de fondo de reserva. - El trabajador no podrá disponer del fondo de reserva sino en los casos expresamente determinados en este Código. Toda transacción, pago o entrega que quebrantare este precepto será nulo y **no dará al empleador derecho alguno** para reclamar la devolución de lo pagado o entregado”, énfasis añadido.

En realidad, la definición de objetos y sujetos de derecho trasciende a una mera cuestión de la relación entre dos personas o a una cuestión semántica. Primero, hay que tener en claro que la dicotomía sujetos-objetos es relativamente nueva, y proviene de una recategorización de la antiquísima división personas-bienes (Fernández Sessarego, 2001).

Persona, del latín *Personæ*, se refería etimológicamente a *Per-Sonna-re*, la máscara que usaban los actores para una representación teatral (Colin & Capitant, 2002). Por extensión, al actor se lo comenzó a llamar *persona*, pues se entendía que quien usaba la máscara actoral era quien participaba de la obra, y de ahí que, ya romanizado el término, se llamara persona a todo aquel que juegue un “papel” o “rol” dentro del mundo jurídico (Medina Pabón, 2014, p. 469).

¿Y qué es lo que hace persona a la persona? La capacidad que tenga para tener derechos y obligaciones, y tal será el lente que, abriéndose o cerrándose, hacia más o menos grande el ámbito de la personalidad. Por ejemplo, en Roma, el ámbito de la personalidad era aún muy estrecho, pudiéndose considerar persona solamente a los romanos *sui juris* o *pater familias*, mientras que hoy en día puede referirse a persona como a todo ser humano (Medina Pabón, 2014, p. 472), pues a todos les asisten una lista mínima de derechos hoy llamados fundamentales y que antes se denominaban personalísimos, resaltando aún más la idea de que estaban íntimamente ligados a todo quien sea considerado como persona (Alessandri & Somarriva, 1945).

De ahí que la característica o atributo de la personalidad por excelencia sea la capacidad de tener derechos y de poder ejercitarlos, o solamente “capacidad”, como se le llama en el mundo jurídico. De su propia definición, se entiende que esta capacidad puede dividirse en dos: primero, una capacidad de goce, que se entenderá como la aptitud tener derechos, hablando en los términos más generales; y, una capacidad de ejercicio, o la aptitud de ejercer, de forma directa, tal o cual derecho (Medina Pabón, 2014). Como bien podrá advertir el lector, la capacidad de goce es, pues, el sustrato más fundamental sobre el cual se sostienen uno y cada uno de los derechos que alguien tenga, la condición sin la cual la persona quedaría reducida —ahora sí— a un mero objeto, como fue el caso de los esclavos en el derecho romano (Sohm, 1928).

No así, la ausencia de capacidad de ejercicio, o de ejercitar un determinado derecho por sí mismo (no por interpuesta persona o un tercero autorizado por el efecto) no trae para una persona las drásticas consecuen-

cias de no tener capacidad de goce, pues simplemente se entenderá que alguien está en una situación (independientemente de si es permanente o no) que le impide ejecutar directamente un derecho que le asiste.

Una persona con trastorno mental permanente, por ejemplo, tiene el derecho (capacidad de goce) suficiente para poder adquirir y vender bienes suyos, pero, ya que su situación le impide ejercer tal derecho de manera directa, será su curador quien lo ejerza por él. Así, no se trata de que el “demente” no tenga el derecho a vender lo suyo, sino que la ley ha limitado su capacidad de ejercicio como una protección adicional evitar que se abuse de su situación.

Es la misma situación de un adolescente en nuestra legislación, no ahora, sino desde el mismo sistema romano, desde donde se les considera como personas con una incapacidad relativa de ejercicio (Petit, 1977), pero con plena capacidad de goce para todos los derechos que les corresponde como seres humanos y, consecuentemente, sujetos de derechos que son.

3. CONCLUSIONES

La sentencia 003-18-PJO-CC y, en particular, las dos reglas jurisprudenciales contenidas en ella, no cumplen con ninguna de las funciones para lo cual fue diseñado el sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana pues no impiden la superposición de garantías, no desarrollan ningún derecho constitucional ni resuelven contradicciones entre decisiones constitucionales.

Asimismo, la Corte, al establecer al Estado como “salvador externo” respecto a las decisiones de los padres sobre la educación sexual y reproductiva de los adolescentes y, ante todo, sobre el ejercicio de su sexualidad, ignora la progresividad de su autonomía y atenta contra este principio y la obligación-derecho de los padres de dirigir y orientar a sus hijas e hijos. Además, de esta forma, la Corte convierte al estado en una antítesis de su obligación internacional y constitucional de ayudar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones, mas de ninguna forma cesarlas por razones que no sean extremas y que previene la misma Convención.

Por su parte, el análisis jurídico que hace la Corte sobre la adolescencia y su capacidad legal adolece de claras fallas. Respecto a la de-

finición de la adolescencia, la Corte solo define y toma en cuenta las diferencias de desarrollo que hay entre la niñez y la adolescencia, sin analizar las que existen entre la adolescencia y la adultez y que han sido una constante Desde el derecho Romano. De esta falta de análisis, la Corte asume en su fallo a los adolescentes como personas en una situación prácticamente idéntica a quien ha cumplido la mayoría de edad, sin analizar la falta de experiencia que hace que un adolescente, a pesar de haber cumplido su pleno desarrollo físico (principalmente notorio en los aparatos de reproducción), todavía no goce de la madurez suficiente para entender las consecuencias de las decisiones que su nueva condición física le permita tomar.

Asimismo, la Corte llega a afirmar que los adolescentes eran tradicionalmente tomados en nuestro sistema jurídico como objetos de derechos, en razón principalmente de su sujeción a una autoridad tutiva superior y a la semántica de las normas que regulaba sus derechos. En este sentido, el fallo de la Corte carece por completo de un análisis sobre lo que es un objeto de derechos, y que la condición de sujetos de derechos viene dado sobre todo por el reconocimiento de la capacidad de goce de un ser humano, independientemente de las limitaciones que la norma establezca a su capacidad de ejercicio, mecanismo que lejos de reducir a un ser humano a un objeto de derechos, lo protege de posibles abusos en razón de su mayor vulnerabilidad (como es el caso de personas con trastorno mental permanente o los mismos niños).

En conclusión, las reglas jurisprudenciales establecidas en esta sentencia tienen graves contradicciones con la Convención, la Constitución, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y principios y conceptos fundamentales del Derecho Civil; por lo tanto, es recomendable que la futura Corte Constitucional se aparte de las mismas en base a su facultad constitucional de ser el máximo intérprete de la Constitución de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

Alessandri, A., & Somarriva, M. (1945). *Curso de Derecho Civil* (2.a ed.). Santiago de Chile: Nascimento.

Claro, L. (1942). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. (2.a ed., Vol. 3). Chile: Imprenta El Imparcial.

Colin, A., & Capitant, H. (2002). *Derecho Civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces* (Vol. 1). México: Editorial Jurídica Universitaria.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Registro Oficial No 737 de 3 de enero de 2003.

Convención de los Derechos del Niño, (1990). Registro Oficial No 400.

Comité de Derechos del Niño. (2002). Observación General No 2.

Comité de Derechos del Niño. (2007). Observación General No 10.

Comité de Derechos del Niño. (2015). Observación General No 14.

Comité de los Derechos del Niño. (2005). Observación General No 7. UNICEF, 76.

Constitución del Ecuador (2008). . Registro Oficial 449.

Corte Constitucional del Ecuador, (2018). sentencia 003-18-PIO-CC, Registro Oficial Edición Constitucional 56.

Delle, M. J. (2013). La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño y su posible colisión con los actos médicos del adolescente. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Córdoba*.

Fernández, C. (2001). *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil* (8.a ed.). Lima: Grijley.

Idgmanasi, T. (2008). *The English Legal Process*. Oxford.

Medina, J. E. (2014). *Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas*. (4.a ed.). Bogotá: Editorial Universidad de Rosario.

Núñez, D. (2013). *Estatus de una Corte Constitucional. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*.

O' Donnell, D. (2011). La doctrina de la protección integral y las normas vigentes en relación a la familia. *Revista de la Universidad Autónoma de México*.

Ochaíta, E., & Espinosa, M. (2004). *Hacia la teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*. Madrid: McGraw-Hill.

Petit, E. (1977). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.

Polo, E. (2011). La Selección y Revisión de la Corte Constitucional. *Revista Jurídica Ruptura No 55*.

Sohm, R. (1928). *Instituciones del Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*. (17.a ed.). Madrid: Tipografía Artística.

Suárez, E. (2015). *Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Universidad Simón Bolívar-Sede Ecuador.

Viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador

Feasibility of the typification of the involuntary disappearance in Ecuador

Fernanda Abigail Vaca Hurtado

Investigadora Jurídica

Abg. José Feliciano Valenzuela Rosero

Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: de la incertidumbre y el dolor a los que el destino ha hecho víctimas a los familiares y amigos de personas desaparecidas, han surgido grupos en defensa de los derechos de los mismos. Estos grupos militantes de su propia causa han decidido llegar hasta las últimas consecuencias en la búsqueda de las personas desaparecidas involuntariamente en el Ecuador y en su insaciable búsqueda han encontrado falencias del sistema que no permiten la actuación óptima por parte de las autoridades estatales en la investigación de los tantísimos casos de desaparición que incrementan día a día. Una de las propuestas ante la deficiencia del sistema nacional de búsqueda de personas desaparecidas, es la tipificación de la desaparición involuntaria en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), como delito autónomo y distinto a la desaparición forzada, debido a que esta última ya se halla tipificada en la norma sustantiva penal.

El presente análisis pretende determinar la viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador, después de un análisis crítico de la situación.

PALABRAS CLAVE: desaparición forzada, desaparición involuntaria, secuestro, tipificación.

ABSTRACT: from the uncertainty and pain to which fate has made victims to the relatives and friends of disappeared persons, groups have

arisen in defense of their rights. These militant groups of their own cause have decided to reach the final consequences in the search for the disappeared persons involuntarily in Ecuador and in their insatiable search have found weaknesses of the system that do not allow the optimal performance on the part of the state authorities in the investigation of the many disappearance cases that increase day by day. One of the proposals in view of the deficiency of the national system for searching for disappeared persons is the criminalization of involuntary disappearance in the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP), as an autonomous offense other than enforced disappearance, due to the fact that the latter has already been typified in the criminal substantive norm.

The present analysis aims to determine the viability of the typing of involuntary disappearance in Ecuador, after a critical analysis of the situation.

KEY WORDS: forced disappearance, involuntary disappearance, kidnapping, typing.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la desaparición de personas es una realidad que trasciende las ideologías políticas y las distintas formas de organización de los Estados en el mundo. En el Ecuador, el fenómeno de las desapariciones se ha ido visibilizando a través del tiempo por intermedio de casos paradigmáticos.

En la presidencia de León Febres Cordero, en el año 1984, y la consecuente creación del conocido “SIC – 10” o “Servicio de Investigación Criminal-10” se llevaron a cabo incontables desapariciones involuntarias y forzadas, así como ejecuciones de miles de personas bajo la consigna de reprimir a los grupos políticos – militares opositores al régimen que surgieron en la época.

Si bien el periodo presidencial de 1984-1988 ha sido denominado como “de especial gravedad” (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Asociación de Familiares y Amigos de Personas Desaparecidas en Ecuador – ASFADEC, 2018) por la normalización de la violencia impartida por el Estado es imprescindible analizar las estadísticas actuales sobre las personas desaparecidas en

el Ecuador, puesto que día tras día en las calles, redes sociales, y cualquier medio de información masiva, se comparten fotos e información de personas desaparecidas.

En virtud de lo anterior, este artículo pretende hacer un acercamiento a la problemática de la desaparición involuntaria que hasta el momento no ha sido parte de la agenda legislativa en el país; además, pretende aportar al debate sobre la propuesta de tipificación de la desaparición involuntaria, que ha sido realizada por organismos internacionales, familiares y defensores de derechos de personas desaparecidas.

En el presente artículo, se empleará una investigación teórica-analítica, debido a que se estudiarán antecedentes en virtud de los cuales se ha desarrollado el proceso de actuación del estado en los casos de desaparición involuntaria de personas, tomando en cuenta fuentes doctrinales, instrumentos internacionales de derechos humanos y estadísticas; para después esbozar un análisis de contexto y probables aportes a la situación.

Ante lo expuesto, este artículo se desarrollará en varios puntos. En primer lugar, se expondrán los antecedentes estadísticos de personas desaparecidas en el Ecuador. En segundo lugar, se abordarán las diferencias conceptuales y legales entre secuestro, desaparición involuntaria y desaparición forzada. Después, se hará una explicación de la propuesta de tipificación de la desaparición involuntaria, su aplicación en el derecho comparado y el debate existente sobre esta temática, para brindar un aporte con respecto a la viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador

1. ANTECEDENTES ESTADÍSTICOS DE PERSONAS DESAPARECIDAS EN EL ECUADOR

El fenómeno de las desapariciones en el Ecuador se hace presente en los medios de comunicación escritos, digitales y cualquier forma de difusión masiva de información como el internet, a través de las redes sociales o propuestas de políticas públicas de búsqueda y monitoreo impulsadas por los organismos estatales.

La seguridad ciudadana cada vez es menos cierta. Día tras día se conocen mayores detalles de distintas formas de desaparición en el país; así como de la judicialización de casos que se han vuelto mediáticos

por el interés exacerbado que generan una conmoción social latente. Los “Hermanos Restrepo”, David Romo, Álvaro Nazareno Olivero, Juliana Campoverde, Telmo Pacheco, son algunos de los nombres de personas que han desaparecido en el Ecuador.

La desaparición es un fenómeno que no afecta únicamente a la persona que desaparece, como víctima directa, sino también a sus familiares y la sociedad en general como víctimas indirectas. Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente:

Al respecto, este Tribunal ha estimado que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción iuris tantum respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, y compañeros y compañeras permanentes (en adelante “familiares directos”), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. Respecto de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción. (Caso Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos, 2009)

En virtud de su calidad de víctimas, la Asociación de familiares y amigos de las personas desaparecidas en el Ecuador (ASFADEC) ha solicitado en reiteradas ocasiones a la Fiscalía General del Estado y el Ministerio del Interior cifras de las personas desaparecidas en el territorio ecuatoriano.

La Fiscalía General del Estado en su Oficio No. FGE-GPC-2018-002205ON en respuesta a la última solicitud realizada por la ASFADEC determina que existe un total de 42.953 personas registradas como desaparecidas en el territorio ecuatoriano hasta el 2017¹⁰⁰. Es importante y preocupante señalar que de las alarmantes cifras que se han mencionado 28.877 corresponden a desapariciones de mujeres, en su gran mayoría de 12 – 17 años de edad.

Según las cifras del informe, en años anteriores desaparecieron 595 personas; en el 2014, desaparecieron un total de 10.235 personas; en 2015, 10.772; en 2016, 10.458; y en 2017, 10.893. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado ha reportado que se han solucionado el 96% de los casos y que 1577 casos se mantienen en investigación. (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH, Centro

100 Fiscalía General del Estado. Oficio No. FGE-GPC-2018-002205ON, p. 2.

de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Asociación de Familiares y Amigos de Personas Desaparecidas en Ecuador – ASFADEC, 2018).

El Ministerio del Interior por su parte, en respuesta al oficio S/N de 09 de abril de 2018 presentado por la ASFADEC indica que existe un total de 42.953 personas desaparecidas hasta el 2017¹⁰¹. Según el documento referido, en años anteriores desaparecieron 144 personas; en el 2013 un total de 451 personas; en el 2014 10.235 personas; en 2015, 10.772; en el año 2016 un total de 10.458; y en 2017, 10.893.

Además, el viernes 05 de octubre del presente año, en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública planteada por los autores del presente artículo a la Fiscalía General del Estado, sobre las denuncias de personas desaparecidas en el Ecuador en el periodo 2016 - 2018, se establece que, en el año 2016 se registraron 337 denuncias por desaparición; en 2017 un total de 536; y hasta junio de 2018, 209 denuncias.¹⁰²

Los datos otorgados por la Fiscalía General del Estado y el Ministerio del Interior indican que, anualmente alrededor de 10.000 personas son reportadas como desaparecidas en el Ecuador y en su mayoría, son mujeres. Asimismo, los datos otorgados por la Fiscalía General del Estado en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública planteada por los autores de este artículo muestran que sólo alrededor de un 0,5% de veces, las desapariciones son denunciadas.

2. DIFERENCIAS CONCEPTUALES Y LEGALES ENTRE “SECUESTRO”, “DESAPARICIÓN INVOLUNTARIA” Y “DESAPARICIÓN FORZADA”

El secuestro se encuentra previsto en el COIP en el art. 161, en el siguiente sentido: la persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a

101 Respuesta del Ministerio del Interior a la solicitud realizada por la ASFADEC en la que se pide una estadística de las personas desaparecidas en el Ecuador. https://drive.google.com/file/d/1wTrc5EsQatN6Z4b7fdaUlادwuC7y_jQF/view.

102 Respuesta a la solicitud de acceso a la información de la Dirección de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado. 05 de octubre de 2018.

siete años (COIP, 2014). Una modalidad agravada de este tipo penal es el secuestro extorsivo, previsto en el art. 162, que implica que el sujeto activo del tipo penal tenga como propósito cometer otra infracción u obtener de la o las víctimas o de terceras personas dinero, bienes, títulos, documentos, beneficios, acciones u omisiones que produzcan efectos jurídicos o que alteren de cualquier manera sus derechos a cambio de su libertad, esta persona será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años (COIP, 2014).

Es importante establecer que el bien jurídico que protege este tipo penal es la libertad, y el modo agravado de este secuestro sube la pena de siete años, que es el tiempo máximo, en el tipo penal secuestro, a 10 que es el mínimo en este tipo agravado.

Es fácil confundir la desaparición involuntaria de personas con la desaparición forzada, puesto que resulta difícil, y más en las primeras horas del desaparecimiento, para los familiares, determinar la situación fáctica en la que se dio la privación de libertad del desaparecido.

Es así que, en el año 2013, el colectivo ASFADEC, meses antes de que se aprobara el Código Orgánico Integral Penal, propuso a la Asamblea Nacional la tipificación de la desaparición involuntaria de personas a manos de particulares, en el siguiente sentido:

La persona o grupo de particulares que de cualquier forma o manera y por cualquier motivo someta a otra persona a la restricción de su libertad, seguida de su ocultamiento y de la negativa a brindar información sobre el paradero o la suerte de la persona desaparecida, sustrayéndola del amparo de la ley y de la protección del Estado, siendo un delito permanente en tanto el destino de la persona no haya sido esclarecida (...) (ASFADEC, 2013).

En el segundo inciso de la propuesta se indicaba además que para darse inicio a las acciones judiciales pasarán 24 horas desde que hayan ocurrido los hechos. De la lectura se desprenden elementos comunes de la tipificación de la desaparición forzada, que se revisará posteriormente, como la restricción de la libertad, el ocultamiento del paradero de la persona y la negativa de brindar información. La diferencia entre las dos es el sujeto activo que eventualmente puede cometer esta infracción, que en la propuesta se define como la persona o grupo de personas, sin determinar si son particulares o agentes del Estado. Sin embargo, ASFADEC (2013) aclaró que se constituiría el delito por desaparición

involuntaria cuando la persona actúe sin la autorización, aquiescencia o apoyo del Estado; porque de esta forma se trataría como desaparición forzada. Esta propuesta de tipificación no fue incluida en el COIP.

La desaparición forzada se halla contenida en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) –en adelante CIPPDF¹⁰³ de la que Ecuador es parte, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. El artículo 2 de este instrumento prescribe lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o **cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado** o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, **seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida**, sustrayéndola a la protección de la ley. (El énfasis no es parte del texto original).

El artículo tercero establece que los estados partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, para procesar a los responsables. El artículo cuatro de este instrumento, obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal.

Por lo tanto, la CIPPDF (2006) ha determinado obligaciones al Estado respecto a situaciones en las que a la víctima le suceda lo siguiente:

1. El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra o no de agentes del Estado, o por personas o grupos de personas que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.
2. Negativa de reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.
3. Falta de protección de la ley a la persona desaparecida forzosamente.

103 Ratificada por Decreto Ejecutivo No. 80, publicado en el Registro Oficial 46 de 14 de octubre del 2009.

La desaparición forzada de personas en el Ecuador fue tipificada en la legislación nacional en el año 2014, con la expedición del COIP, que es casi una transcripción textual del texto de la CIPPDF. Este tipo penal consta en el art. 84 de la norma sustantiva penal, y prescribe lo siguiente:

La o el agente del Estado o quien actúe con su consentimiento, que por cualquier medio, someta a privación de libertad a una persona, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años (COIP, 2014, art. 84).

Se advierten los mismos elementos de la CIPPDF que son (1) la privación de libertad, (2) la negativa a reconocer dicha privación de libertad; y, (3) desprotección legal. También hay que considerar que, además de los elementos descritos, la desaparición forzada incluye un sujeto activo calificado, que es la persona o personas agentes del Estado, o aquellas que actúen con su consentimiento.

3. TIPIFICACIÓN DE LA DESAPARICIÓN INVOLUNTARIA EN EL DERECHO COMPARADO

La idea de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador surgió como resultado de la interpretación de recomendaciones internacionales realizadas por organismos defensores de los derechos humanos, por parte de los grupos defensores de los mismos en el Ecuador, es así que el primer proyecto de ley realizado para tipificar la desaparición involuntaria como delito en la legislación interna fue realizado por la ASFADEC, el 10 de diciembre de 2015.¹⁰⁴ La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones Forzadas en su artículo 3 que establece que:

Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo

104 Propuesta de tipificación penal de la desaparición de personas que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o aquiescencia del Estado. ASFADEC. <https://drive.google.com/file/d/1K0kfCi1iLQHHSu-hMzEO1KsRUMgIpOV3T/view>

o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables. (Naciones Unidas, 2010)

Como ya se mencionó, la desaparición forzada está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, pero hace referencia, únicamente a aquellas ocasiones en las que ha participado el Estado como responsable de la desaparición, a través de sus agentes, o los que actúen con su consentimiento. Esto implica que, en los casos de desaparición involuntaria, es decir, aquella en la que el responsable es un particular, no se genera como consecuencia la apertura de un proceso penal.

Después de la manifestación de grupos defensores de los derechos de personas desaparecidas y sus familiares en el Ecuador hacia altos mandatos del país, acerca de la preocupación sobre la situación de estas personas, se creó la Unidad de Actuaciones Administrativas (UAA), adscrita a la Fiscalía General del Estado con el propósito de brindar un servicio a la comunidad y emprender investigaciones en casos de desaparición involuntaria y evitar la concentración de trabajo en las fiscalías del país.

La Unidad de Actuaciones Administrativas se encuentra regulada por el Estatuto Orgánico por Procesos de la Fiscalía General del Estado¹⁰⁵ (2012); y, en el mismo, se establece como actuaciones administrativas, entre el registro de reventidos químicos, remarcaciones, vehículos retenidos, muertes no muertes no delictivas, medios de comunicación; vistas Fiscales; actos Fiscales administrativos; y otros servicios; a la desaparición de personas.¹⁰⁶ Ello denota una falta de probidad y especialización en la investigación de las desapariciones, debido a que confunde y asimila como semejantes, asuntos evidentemente no controvertidos, como el registro de reventidos químicos o vehículos retenidos, a la desaparición de personas.

La propuesta de tipificación de la desaparición involuntaria surge esencialmente de la crítica al carácter administrativo de la investigación por este fenómeno; y, sostiene que: al no ser una actuación judicial como la investigación previa que se lleva a cabo posteriormente a la noticia del delito o denuncia, las autoridades encargadas de la investigación no le dan la importancia suficiente, pues no están sujetos a ningún tipo de control; y, en consecuencia, se archivan las investigaciones, sin obtener información favorable y sin realizar las diligencias pertinentes.

105 Publicado en el Registro Oficial Suplemento 268 de 23 de marzo de 2012.

106 Ello consta en el art. 12, numeral 5.1.3.3

Paralelamente al planteamiento de esta propuesta, surge una corriente en contra de la tipificación de la desaparición involuntaria y sostiene que, de tipificarse la misma como un delito, se incrementaría el poder punitivo del Estado, pues debería contemplarse un tipo penal “abierto” que no exija elementos de materialidad para ser aplicable, lo cual va en contra de la estructura estatal.

Ante estas posturas en pro y contra de la tipificación, surge una nueva que propone la inclusión del verbo rector “desaparecer” en el delito de secuestro contemplado en el COIP. La tipificación de la desaparición involuntaria no es un tema que concierne únicamente al Ecuador y aunque no se ha tratado a profundidad en el derecho comparado, existen varios sistemas que vale mencionar.

En México, por ejemplo, entró en vigencia la “Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas” el 16 de enero de 2018. Esta ley tipifica como delito la desaparición cometida por particulares y establece que “Incurrir en el delito de desaparición cometida por particulares quien priva de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero.” (Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, 2018, art. 27)

Si bien la tipificación del delito de desaparición por particulares en México es un gran avance en el tema, no sólo nacional sino internacionalmente por el impacto que ocasiona en los demás países, hay que aclarar que no es suficiente abordar la problemática que tratamos con la contemplación de un tipo penal que la regule.

Es por esto que, además, la Ley General dispone la creación de un Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, una Comisión Nacional De Búsqueda y un Registro Nacional de Personas Desaparecidas no Localizadas; con la creación de estos mecanismos, se hace un cambio estructural al manejo de la búsqueda e investigación de personas desaparecidas.

Como ya se mencionó, la Ley General entró en vigencia el 16 de enero del presente año, por lo que no se pueden analizar resultados de la misma. Sin embargo, se espera que las autoridades competentes actúen con celeridad en la creación de normas e instituciones permanentes para la aplicación de la Ley General.

Entendemos que México, por sus problemas de seguridad estatal, es el primer y único país que ha tipificado la desaparición involuntaria en su ordenamiento penal. Además, en España y Argentina, si bien no se ha tipificado un delito autónomo, se ha condenado varias veces en casos de desapariciones involuntarias bajo la figura de “homicidio sin cuerpo”.

4. ¿ES VIABLE LA TIPIFICACIÓN DE LA DESAPARICIÓN INVOLUNTARIA EN EL ECUADOR?

Después de analizar las circunstancias relativas a la problemática creciente de desapariciones en el Ecuador, cabe cuestionarse si es viable la tipificación de la desaparición involuntaria.

Ante ello, cabe aclarar que esta situación, en modo alguno podrá ser superada solamente con la tipificación o no de la desaparición involuntaria, sino que involucra la articulación de otros factores como: investigaciones serias y eficientes por parte de las entidades encargadas, que permitan determinar las causas de las desapariciones; la creación de políticas públicas adecuadas y coherentes con la problemática, en donde el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación sean aprovechadas; la especialización de fiscales, agentes investigadores, y todos los involucrados en determinar el paradero de las personas desaparecidas; y, el autocuidado, aunque cueste comprenderlo y afrontarlo.

Quizá, la propuesta de tipificación, tal como estaba planteada, fue asimilada por los asambleístas como semejante a la desaparición forzada o el secuestro; y, como se ha analizado brevemente, pueden tener similitudes bastante cercanas. Esta puede ser una de las causas para que no se la incluyera en la norma penal en el 2014. También podría ser que por la coyuntura política que tenía el legislativo en ese momento no se llegó a profundizar en este asunto.

Además, puede llegarse a desmerecer la importancia de esta situación por su denominación, puesto que al hablar de desaparición involuntaria se puede llegar a confundir con la figura del secuestro o secuestro extorsivo; sin embargo, en el estudio de casos se puede determinar que si bien, muchas veces, las causas que contempla este tipo penal confluyen con la desaparición involuntaria, coinciden; sin embargo, para un ejercicio oportuno de la Fiscalía sea menester establecerlo como delito independiente.

Quizá, es preciso recomenzar por la denominación de este fenómeno, como en el caso mexicano, que lo ha tipificado como desaparición cometida por particulares, para que, además de facilitar el coloquio cotidiano, se diferencie de la desaparición forzada.

5. CONCLUSIONES

Las cifras sobre la desaparición de personas en el Ecuador son alarmantes y requieren una atención y respuestas inmediatas por parte de las autoridades del Estado.

Para atender a este fenómeno es preciso que confluyan varios elementos que debe priorizar el Estado, como políticas públicas de seguridad eficientes, que garanticen la seguridad de los ciudadanos.

Es necesario analizar las diferencias conceptuales y legales entre el secuestro, desaparición forzada; y, desaparición involuntaria, para con ello comprender los verbos rectores coincidentes y determinar si es necesario establecer un tipo penal independiente que persiga la desaparición de personas en manos de particulares.

Hace falta una respuesta inmediata de los responsables de la administración de justicia, y de los fiscales de turno; debido a que, aunque cambie o no la norma jurídica, si no se percibe la gravedad del problema y no se tiene una conciencia de servicio a los ciudadanos, no se atenderán los casos de personas desaparecidas con la celeridad y eficiencia que amerita; y, seguirán lamentablemente día tras día los desaparecidos, condenados por el olvido de la justicia.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benedetti, M. (2009). Desaparecidos. *Desaparecidos*. Uruguay .Caso Radilla Pachecho versus Estados Unidos Mexicanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2009). Recuperado el 01 de Noviembre de 2018, de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD) e I(DH)EAS, Litigio

Estratégico en Derechos Humanos. (Abril de 2008). IDHEAS. Obtenido de IDHEAS: <http://www.idheas.org.mx/files/GuiaLeyGeneral.pdf>

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006). Ratificada por Decreto Ejecutivo No. 80, publicado en el Registro Oficial 46 de 14 de octubre del 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2018, de Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_256_csp.pdf

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (2014). Publicado en Registro Oficial N° 180. 10 de febrero de 2014

Ecuador. Estatuto Orgánico por procesos de la Fiscalía General del Estado (2012). Publicado en el Registro Oficial Suplemento 268. 23 de marzo de 2012.

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Asociación de Familiares y Amigos de Personas Desaparecidas en Ecuador – ASFADEC. (2018). *Informe sobre la situación de personas desaparecidas en Ecuador y el Derecho a la verdad y justicia*. Quito.

La Hora. (2018). *La Hora*. Obtenido de La Hora: <https://www.press-reader.com/ecuador/la-hora-quito/20181011/281887299265930>

México. Ley general en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. (2017). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 2017. Puesta en vigor el 16 de enero de 2018.

Unidas, A. G. (2010). *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos* (ACNUDH). Obtenido de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH): <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

La Criminología en la Historia: Aspectos que el Derecho Penal debe Considerar

Criminology in the History: Aspects that Criminal Law should consider

Jorge Luis Chiriboga
Investigador Jurídico

Artículo Original (Miscelánea)
Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: la Criminología desde su surgimiento ha sufrido muchas variaciones. Su objeto de estudio se da dedicado a varios aspectos que van, desde el ser humano y sus circunstancias personales hasta el cuestionamiento del sistema penal. Este cambio transversal ha cambiado el rol de las instituciones del Estado. Consecuentemente, cada corriente que ha estudiado la teoría criminológica ha realizado aportes que tiene efecto directo en la sociedad. Es importante considerar que todos los ciudadanos son los destinatarios directos de la postura que se plantee el Estado, en cuanto a la importancia que se otorga a la Criminología. De esto depende fundamentalmente el tratamiento de la criminalidad.

PALABRAS CLAVE: criminología, delito, Sistema Penal, Teoría Criminológica, criminalidad.

ABSTRACT: criminology since its emergence has experienced many variations. Its object of study has been dedicated to several aspects that go, from the human being and his personal circumstances to the questioning of the criminal system. This transversal shift has changed the role of State institutions. Consequently, each current that has studied the criminological theory has made contributions that has direct effect on society. It is important to consider that all citizens are the direct recipients of the position that the state poses, as to the importance that is given to criminology. From this point fundamentally depends the treatment of crime.

KEY WORDS: criminology, crime, Criminal System, Criminological theory, criminality.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia han existido muchas formas por las que los autores y académicos han buscado desentrañar las causas de la delincuencia. Al respecto, la Criminología siempre se ha visto en la ardua tarea de brindar a la humanidad una explicación científica de las causas de la producción del delito y de los elementos que inciden en las personas para que se conviertan en delincuentes. En esta línea, los criminólogos han buscado las explicaciones por medio de varios factores no solo inherentes al ser humano, sino también a consideraciones sociales y estructurales del sistema de justicia de un país. En tal virtud, se han creado varias corrientes que doctrinariamente se han etiquetado como "Escuelas". Cabe señalar que todas ellas pertenecen a la Criminología, aunque la entiendan y expliquen de formas completamente antagónicas unas con otras.

Cada uno de los autores representativos de las diversas Escuelas han acotado, con el devenir de los años, muchos factores que consideran importantes para el estudio de la Criminología, en este sentido la definición o el objeto de estudio resulta extremadamente amplio, así lo señala David Buil-Gil:

(...) existe un debate de no menospreciable importancia al respecto de la definición de Criminología, polémica que se traslada también al analizar qué elementos forman parte de su objeto de estudio. La envergadura de este punto no es trivial, pues es la definición clara del objeto de estudio la que va a permitir diferenciar la Criminología de otras disciplinas como lo son el Derecho Penal, la Medicina Forense, la Criminalística, la Sociología, la Penología o el Derecho Penitenciario (Rodríguez-Manzanera, 1981: 16). No es poco común encontrar debates sobre invasión de campos científicos o intrusismo entre las anteriores disciplinas académicas y la Criminología, por lo que tendrá una gran importancia la delimitación clara del objeto de estudio de la Criminología para evitar polémicas en relación a ello y desarrollar el cuerpo de conocimiento científico propio introducido en el apartado previo. Asimismo, es el objeto de cada disciplina científica el que va a permitir desarrollar un método de estudio propio, adecuado a las características formales y materiales de su objeto de estudio (2016: 8).

El presente trabajo investigativo pretende estudiar cronológicamente los cambios que han surgido en la Criminología a partir del periodo de

la Ilustración. En este sentido se analizarán varios momentos históricos que marcaron un hito o que de cierta manera reestructuraron los paradigmas de esta ciencia: llegando consecuentemente a la profundización de los postulados vertidos por la Criminología crítica. En este contexto se busca explicar las proposiciones más importantes de las diversas escuelas; sobre todo, considerando la ambigüedad que genera en la doctrina las aportaciones sobre la importancia y relevancia de la Criminología en el Derecho, específicamente en las ciencias penales.

1. CRIMINOLOGÍA TRADICIONAL

En este capítulo se realizará un estudio sobre los orígenes de la Criminología tradicional. Al ser un campo de estudio tan amplio se ha considerado pertinente reducirlo a dos temas fundamentales en la historia de la Criminología. Por un lado, el periodo de la Ilustración que será abordado estrictamente desde los postulados de Jeremy Bentham, quien fue el precursor de la corriente utilitarista del Derecho Penal. Y, posteriormente pasará a ser objeto de análisis la época dominada por el positivismo, concretamente la Escuela Positiva Italiana.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante plasmar varios aspectos que son fundamentales para comprender los postulados de la Criminología tradicional. Como una primera idea, cabe destacar que en esta etapa se muestra al delincuente como un ser que no encaja en la sociedad, ergo, es un sujeto que pertenece a una minoría. Este grupo que no solo por constituirse en minoría queda relegado de la sociedad, también es visto como un ente completamente diferente. Por tanto, no encaja en el prototipo de los ciudadanos considerados como normales. Una segunda idea determinante de este pensamiento es que se etiqueta a la persona que comete algún delito como un ser patológico.

En este ámbito, se fundamenta la desviación como una actuación que no está fuera de la sociedad y consecuentemente quienes están en dicho grupo minoritario serán los sectores sociales más desfavorecidos. De este punto de partida se puede comprender el deseo de la Criminología, históricamente estructurado, que plantea la necesidad de estudiar al delito y al delincuente desde un paradigma etiológico (García-Pablos, 1982). De esta manera se puede introducir una breve acotación estructural con el fin de pasar al estudio de las escuelas antes señaladas.

1.1. Ilustración

Con la ilustración o iluminismo se deben mencionar muchos cambios que surgieron a partir de la nueva concepción de "Estado de Derecho". Sin embargo, es imprescindible señalar cuáles fueron los autores más representativos de esta época, también conocida como "El siglo de las luces". Situándose en el S. XVIII, estos autores siguieron diversas corrientes como: iusnaturalistas, contractualistas y utilitaristas.

- Puffendorf: Derecho natural (anterior al Estado: derecho a la vida y a la libertad).
- Beccaría: Ha de haber mayor prevención del delito, que represión. Habla de la imagen especular de la pena con el delito, es decir, si el delito se mira al espejo, este sería devuelto en forma de pena. No hablaba de la pena privativa de libertad, excepto para aquel que con su delito ha privado de libertad a otros.
- Bentham: Introduce el concepto de óptica panorámica. Diseña el edificio de círculos concéntricos, en un círculo crea una torre en el medio. Además, en todo el edificio hay círculos interiores sin techo para que el guardia tenga la posibilidad de vigilar a todos los presos, lo cual permite, mantener gobernada a una masa importante de la población sin mayor esfuerzo. Además, creaba la percepción en las personas privadas de libertad de sentirse vigiladas las veinte y cuatro horas del día.

Se inicia la modernidad, con la ilustración la esencia de la pena privativa de libertad es una expresión temporal. Este postulado es el gran triunfo cultural de la privación de libertad. El tiempo pasó a ser entendido como un concepto sujeto a intercambio. Esto puede comprenderse con la siguiente explicación. A un obrero se le privaba de la posibilidad de acudir al mercado laboral a vender su fuerza de trabajo medido en tiempo. Es una imposibilidad de ganar el salario y no es casualidad que haya surgido en el momento de surgimiento del capitalismo.

La gran contribución del iluminismo radica en que nace el Estado de Derecho. Éste nace con un elemento fundante que es el principio de legalidad, el cual engloba cuatro garantías:

1. Garantía criminal: Es la expresión del “nullum crime sine lege”.
2. Garantía penal: La ley crea la pena.
3. Garantía jurisdiccional: Si la ley ha creado el delito y la pena, ésta también crea el juez y el proceso penal, no cualquiera puede juzgar e imponer una pena.
4. Garantía de ejecución: O garantía ejecutiva: se establece la forma en la que debe ejecutarse la pena. (Rivera, 2018)

1.1.1. El utilitarismo del Derecho Penal de Jeremy Bentham

Dentro del iluminismo surge la teoría utilitarista, de la cual Jeremy Bentham fue su mayor precursor, pues “(...) enriqueció la teoría jurídica proporcionando la justificación utilitarista del castigo” (Farrell, 2015: 1728). En el momento referido al Iluminismo, este autor enfatizó en que la pena se justificaba por su utilidad. Se puede señalar como el antecedente más significativo de las teorías de la pena, pues sirvió como fundamento para establecer legítimamente el poder punitivo del Estado (Anitua, 2005).

En esta corriente estudia Jeremy Bentham a la pena como una imposición que debe ser medida por su nivel de necesidad y con fines de prevención. Es decir, buscaba que no se vuelvan a cometer delitos considerando la aplicación de la pena al delincuente. El autor se expresa de la siguiente manera: “Justifica la pena en tanto sirve para obtener la disuasión de realizar otra vez el acto por el cual se lo castiga, tanto por parte del culpable como de los que no lo hicieron, pero podrían verse tentados a imitarlo” (Anitua, 2005: 116). Tomando en cuenta lo dicho podrían señalarse los fines de la pena como las teorías de prevención general y especial. Estas a su vez se manifiestan en los postulados de Jeremy Bentham, en tanto y en cuanto el utilitarismo se refleja por producir un bien¹⁰⁷ por medio de la imposición de un castigo. Dicho bien estaba destinado a la sociedad, evidentemente con los límites de necesidad y de aplicación mínima que fueron también expuestos.

Más allá de estos nuevos postulados, Jeremy Bentham fue reconocido por ser el creador de “El Panóptico”, que fue un modelo de cárcel

107 Entendido este bien como un factor positivo para la persona.

propuesto para lograr más resultados con el menor esfuerzo posible. Dicha estructura fue diseñada de la siguiente manera:

En la periferia sería una construcción en forma de anillo con pequeñas celdas iluminadas y rodeadas de vacío, para evitar fugas; en el centro, una torre con anchas ventanas que permiten observar lo que sucede en las construcciones periféricas que se divide en celdas que atraviesan toda la anchura y permiten que la luz inunde toda la dependencia sin dejar lugar fuera de la vista. (Ibid.: 124)

En esta construcción carcelaria radica la importancia de la obra de Bentham que por medio del utilitarismo buscaba que el funcionamiento de dicha estructura sea como una fábrica; en la cual el menor esfuerzo y menor gasto producía los mejores resultados deseados. Estos sin duda eran los referentes de control dentro del panóptico, y se hallaban plasmados en el trabajo que realizaba el guardia que custodiaba las celdas. Esta persona generaba el sentimiento en los presos de estar vigilados todo el tiempo. Aunque no fuera así, bastaba un mínimo esfuerzo del guardia para realmente ejercer el control, pues tenía acceso visual hacia todas las celdas y por lo tanto la posibilidad real y ficticia de vigilancia (Rivera, 2004).

1.2. Positivismo

La Escuela Positiva planteó una posición contraria a la Clásica. De esta etapa sus principales exponentes fueron juristas, médicos y sociólogos que difundieron esta nueva corriente principalmente por medio de la revista "Archivi di psichiatria, scienze penali e antropología criminale" en el año de 1880 (Rodríguez Manzanera, 1979). Como en todas las etapas del pensamiento criminológico, esta escuela tiene sus grandes precursores; en este caso eran Lombroso, Ferri y Garofalo. El autor Elio Gómez Grillo señala una síntesis muy pertinente sobre lo que el paso al positivismo significó en aquella época:

En la historia científica y jurídica de la humanidad pocas veces un criterio doctrinal ha producido tan honda conmoción como el que produjo la aparición del positivismo criminológico. Asomaba por vez primera todo un cuerpo de doctrina que presentaba un sistema nuevo, verdaderamente organizado, sobre el origen y naturaleza de la conducta delincuente y que proponía soluciones científicas para el mal (...) No existía aun la ciencia criminológica. Ella es obra del

positivismo criminológico. En la dinámica penal no se estudiaba al protagonista del delito. Ello es obra del positivismo criminológico (...) (Gómez, 1979: 104).

Con relación a esta cita textual denota el cambio radical que significó en aquella época el apareamiento de la Escuela Positiva. Obviamente, sus autores plantearon diversas posturas que no significaba necesariamente una uniformidad de criterios, pues también cada uno de ellos situaba sus premisas en diversas posiciones doctrinarias. Sin embargo, un punto clave es considerar que lo más relevante para el Positivismo era el estudio de la persona antes de que cometa un delito. Por ello, su centro de investigación estaba orientado a los orígenes del delito, y esto se reveló por medio de las diferentes disciplinas que fueron utilizadas en Italia para desentrañar y combatir las causas de la delincuencia.

1.2.1. Escuela Positiva Italiana

Los autores antes señalados desarrollan los postulados más importantes de la Escuela Positiva Italiana. Al respecto es menester destacar que, a diferencia de la Escuela Clásica, en esta etapa el objeto de investigación se centro en la observación (Rivera, 2004). Es por tal razón que estos autores buscaban la utilización de un método científico aplicado a la búsqueda de las causas que generaban la criminalidad. En este sentido, era determinante ir más allá del simple estudio del delito cometido, sino que debía imprescindiblemente, tomarse en cuenta los factores previos que generaron la comisión de éste. En tal virtud, sus precursores se centraron en tres campos que el Profesor Iñaki Rivera los señala de la siguiente forma:

Lombroso centraba su análisis en un rígido «determinismo biológico» como causa principal del comportamiento criminal, aunque tampoco descuidaba otros factores como los psicológicos y sociales. Garofalo (en *Criminología*, 1905), por su parte, amplió la visión de Lombroso en sus aspectos psicológicos, y Ferri (en su *Sociología Criminal*, 1900), en los de carácter sociológico. Las causas del comportamiento delictivo estaban así determinadas: biológicas, psicológicas y sociológicas (2004: 25).

Cada uno de los autores plantearon el fenómeno de la criminalidad y su estudio desde diversos campos científicos. Por tanto, es menester desarrollar sucintamente los postulados fundamentales de cada uno de

ellos. Como primer punto, la obra de Lombroso está sujeta a consideraciones Darwinianas. Señala que la criminalidad es un reflejo de los antepasados salvajes y, por tanto, si hay un criminal actualmente se debe a una suerte de nuevo apareamiento de características supuestamente ya superadas por la evolución del ser humano. En este orden de ideas, los delinquentes no son sino un retroceso del avance de la humanidad por presentar características del hombre salvaje y primitivo.

Por estas consideraciones se puede afirmar que la Escuela Positiva fundamenta su análisis en el “delincuente” y no en el delito. Allí surge la concepción del delincuente nato que fue el pilar fundamental de la obra Lombrosiana y en ella fundamentó la siguiente clasificación: delincuente loco, pasional y accidental. Así la Criminología empezó a enraizar sus postulados en características de las personas para estudiar y combatir la delincuencia (Gómez, 1979).

Como segundo punto esta escuela contó con los aportes de Garófalo, este autor fue un abnegado investigador de lo que se consideraba como “delito natural”. En este sentido, trató infructuosamente de encontrar una igualdad generacional y geográfica de los delitos. Es decir, trató de equiparar todos los delitos en la humanidad; aunque dicha tarea fue infructuosa, pues los delitos variaban completamente entre una y otra civilización y por el paso de los años, muchas conductas que se consideraban antijurídicas en un momento de la historia no lo eran posteriormente y viceversa.

En tal virtud, Garófalo señala únicamente dos valoraciones delictuales como “delito natural” (Gómez, 1979). Estas dos amplias categorías que conforman un delito natural pueden ser divididas de la siguiente manera: “(...) la ofensa al sentimiento de piedad o humanidad, que son, en general, los delitos contra las personas, y la ofensa al sentimiento elemental de la probidad, que son, en términos amplios, los delitos contra la propiedad” (Gómez, 1979: 172).

Sobre estos postulados se edifica el pensamiento de Garófalo considerando la clase de delinquentes y el papel que cumple la Criminología sobre aquellos. La división se centra en: asesinos, ladrones y violadores. En esta división se entrelazan las características antes descritas del delito natural. Por tanto, señala por ejemplo, que los asesinos carecen del sentimiento de piedad o humanidad y es en la ausencia de piedad donde radica la violencia que le permite cometer crímenes contra la vida. De este cruce de categorías hay varios ejemplos

más que resultan muy interesantes, pero resulta imposible exponerlos completamente debido a la extensión del presente ensayo.

Entonces lo fundamental es sintetizar el enfoque de la Criminología, una vez que se ha visto como era el estudio del delito. Consecuentemente se refiere también al delincuente y al empleo de la pena. Teniendo en cuenta la clasificación de delincuentes que propone Garofalo, él señala que el castigo debe ser sumamente fuerte, sobre todo, para los asesinos. Pues, que la criminalidad aumente, es un factor no deseado (pero que sucede) debido a la moderación de las penas. Por lo tanto, la Criminología debe enfocar su actuar en la exclusión de estas personas, de forma permanente. Allí radica el punto neurálgico sobre la pena de muerte y la deportación. Estas son opciones que no implican gastos prolongados al Estado y reprimen completamente la posibilidad de reincidencia según esta corriente.

Como tercer precursor de la Escuela Positiva Italiana es imprescindible exponer brevemente los postulados de Ferri. Este autor construyó una clasificación para los delincuentes que fue de mucho uso en aquella época, ésta es expuesta por el Profesor Luis Rodríguez Manzanera textualmente: "Se consideran cinco especies de delincuentes: nato, loco, habitual, ocasional y pasional" (1979:339). De esta clasificación es pertinente repasar las características de cada uno de ellos. El delincuente nato tiene por sí mismo una carga de culpabilidad intrínseca importante, es decir, su construcción como ser humano no le permite salir de su conducta desviada. El delincuente loco se construye sobre la base de una enfermedad psíquica. El delincuente habitual adquiere una costumbre por su propia naturaleza delictual. El delincuente ocasional y pasional presentan características semejantes pues se basa su configuración en la oportunidad que tiene el delincuente para actuar en circunstancias específicas.

Una vez analizada la clasificación propuesta por Ferri, se puede deducir su carácter sociológico. Puesto que, la criminalidad podría medirse por el medio social de la persona que influye directamente en la voluntad, más aún, considerando factores inherentes a cada persona. Estos factores determinan la comisión de ilícitos. Sin embargo, podría entenderse que la voluntad según Ferri está condicionada o abstraída del sujeto por los factores que envuelven su realidad social.

2. ESCUELA DE CHICAGO

Hasta este punto de la historia la Criminología se basaba fundamentalmente en el estudio del individuo considerado como desviado. Se enfocaba a la persona que delinquía como un ente poseedor de patologías. Este fundamento "per se" significaba que el objeto de análisis de la Criminología sería la determinación de las causas internas de una persona, que le llevan ineludiblemente a delinquir. Dicha fundamentación tomó un giro parcialmente distinto con la Escuela de Chicago que surgió en las primeras décadas del S. XX. Las concepciones sobre el delito y la persona que los comete trascienden a una nueva esfera que se abstrae del individuo en particular. En esta época precisamente la ciudad pasó a tener un rol preponderante en la Criminología y los autores crearon varias teorías que hablaban principalmente de los factores de organización social como puntos clave para tener en cuenta en los índices de criminalidad. Es precisamente como surge la corriente de la ecología social, que será analizada a continuación.

2.1. Ecología Social

En esta corriente revisten particular importancia los cambios sociales que se generan en la ciudad, así se puede comprender que el objetivo de la investigación, conforme sus postulados, es según el profesor Roberto Bergalli: "(...) una comunidad determinada, pero en particular lo son las relaciones que se crean entre los seres humanos y su medio ambiente, así como las reacciones de los individuos frente a ese medio" (1983: 115). Es precisamente por estos lazos entre los seres humanos y el entorno que se pretendió analizar el contexto de las relaciones para dilucidar que factores facilitaban el aumento de criminalidad y como podía prevenirse de la misma manera.

La corriente de la ecología social analiza la desorganización social producida por cambios sociales (Pérez, 2011). Estos cambios sociales pueden estar determinados por transiciones al ámbito urbano que generan desplazamientos significativos de personas desde la periferia. También son importantes las grandes migraciones debido a la época de auge en el desarrollo industrial. Estos factores son los que conminan un cambio de conductas en las personas. Tales conductas eran determinadas anteriormente por las condiciones de vida en comunidades con menos cantidad de población, lo que sucedió en la ciudad de Chicago fue una debilitación de lazos sociales. Indefectiblemente

la heterogeneidad de la sociedad constituida en aquella época era un factor determinante de criminalidad.

Todo este proceso generado en las grandes ciudades sirvió como fundamento para estudiar las áreas comunes de la ciudad que eran nidos de delincuencia o de conductas delictuales. Sin embargo, el profesor Roberto Bergalli realiza una fuerte crítica a la Escuela de Chicago por varias incongruencias que las expresa de la siguiente manera:

(...) nunca se pudo formular un concepto firme de este fenómeno y se ha llegado a decir que dicha orientación cayó en una simplificación del problema etiológico (así lo afirma Morris, 1957). De tal manera que, por ejemplo, nunca pudo ser explicada bajo este enfoque ecológico ni la delincuencia juvenil peculiar a esas áreas de delincuencia ni la propia de las zonas alejadas de aquéllas. Por último, también ha quedado sin explicación, bajo la perspectiva ecológica, la cuestión referida a si eran ámbitos semejantes los que producían delinquentes o si, por el contrario, eran atraídas a ellos sólo personas proclives al delito (1983:116).

Con todas esas características, positivas y negativas, la Escuela de Chicago se desarrolló en un contexto de exorbitante crecimiento económico y poblacional debido al proceso de industrialización de aquella época, lo cual tuvo repercusiones en el campo de la criminología. A pesar del gran cambio de pensamiento y de estudio acerca de la criminalidad, no considero oportuno señalar que se haya generado una ruptura epistemológica del pensamiento criminológico. Si bien se dejaron de lado muchos postulados anteriores en detrimento de las Escuelas antes estudiadas, todavía no se produciría un cambio de paradigma como el que será analizado con posterioridad.

3. RUPTURA EPISTEMOLÓGICA DE LA CRIMINOLOGÍA

Todas las corrientes analizadas hasta este momento han centrado su estudio en el fenómeno de la conducta desviada. Por tanto, la única necesidad imperante era la de resolver una cuestión concerniente a las causas de la desviación de una persona. Por ello, la Criminología fundamentaba su éxito en la medida en que era capaz de brindar explicaciones sobre las motivaciones que llevaron un individuo a delinquir y que, además era estudiado como poseedor de patologías. En virtud de esta patología, el estudio de la criminalidad se enfocaba en poder

descifrar las causas y la posible solución. Todo esto centrándose en la persona que es concebida socialmente como criminal y que, por lo tanto, será objeto de sanción penal.

Esta Criminología enfocada en el delincuente (concebido de esta manera por sus características según cada corriente), mantuvo su “status quo” inmutable por muchísimo tiempo. Tal situación empezó a cambiar cuando tuvo asidero la Sociología y forjó varios estudios que desacreditaban tales posiciones doctrinarias. De esta manera empieza a tener un papel preponderante la “Teoría del etiquetamiento”. Esta teoría cambió todas las concepciones sobre el estudio de la criminalidad. Pasó a un segundo plano el análisis de la persona para dar cabida a un estudio mucho más amplio que se fijó, principalmente, en el control social. De esta forma se sitúa el análisis en el funcionamiento del sistema penal, lo cual abarcaba varios aspectos; por ejemplo, quienes eran los encargados de la creación de las conductas antijurídicas, el funcionamiento y el sistema de aplicación de las normas y también los efectos que genera en el comportamiento de las personas que son objeto del poder punitivo del Estado.

En virtud de este gran cambio de concepciones, se produce finalmente una ruptura epistemológica en el pensamiento criminológico. Fueron de trascendental importancia los cambios generados, consecuentemente, en el estudio sobre las formas de criminalidad. Con estos fundamentos, considero apropiado también estudiar en este punto los aportes que brindaron a la criminología las nociones sobre los delitos de cuello blanco. Pues dichos aportes, evidentemente permitieron a la sociedad visualizar otra forma de criminalidad que había sido completamente invisible hasta el momento y que no estaba enfocada al delincuente que cumplía con dicho perfil según la criminología imperante. Todo lo señalado será desarrollado a continuación y permitirá profundizar en lo que considero como una verdadera ruptura epistemológica en la Criminología.

3.1. Labelling approach

Es importante señalar que la teoría del etiquetamiento surge como una crítica a las escuelas antes estudiadas, así lo manifiesta la Profesora María Dolores Sancho cuando señala textualmente que:

(...) rechaza las explicaciones psicológicas, genéticas y multicausales del delito y la desviación en las que se pone el acento en el ca-

rácter absoluto de las causas de la delincuencia. La perspectiva del etiquetamiento se convierte en la más influyente durante la década del sesenta y principios del setenta (...) (2014: 67).

Para la teoría del etiquetamiento es fundamental iniciar su actividad considerando al sistema penal como objeto de estudio, pues es allí donde se generan las normas jurídicas que definen cuándo un comportamiento determinado se considera como desviado y cuándo no. Después se encuentra la fase de aplicación de las normas, que tiene por ejecutor a instancias que involucran la administración de justicia y cuerpos de seguridad (Baratta, 1986). Por lo tanto, estos organismos también son objeto de estudio por las consecuencias que su actuación provoca en la sociedad.

En este sentido, cabe señalar que la conducta desviada no es por sí misma una característica intrínseca del ser humano. Ésta deviene de la medida en que la sociedad considera importante despreciar una conducta en un caso determinado. Aunque la misma conducta sea cometida por otra persona que se encuentra en otra circunstancia. En esta dinámica se halla básicamente la valoración de la comunidad. Por tanto, de esta manera se podrá determinar que un individuo sea concebido como criminal, pues la sociedad considera sensato otorgar esa cualidad.

Siguiendo este orden de ideas cabe destacar lo dicho por la Profesora María Dolores Sancho citando a Becker: "(...) la desviación es una creación social en tanto los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación y al aplicar esas normas a personas en particular y etiquetarlas como marginales" (Sancho, 2014: 71). Esto genera una consecuencia lógica, el desviado lo es en virtud de un etiquetamiento que un grupo selecto de la sociedad ha logrado instaurar con éxito sobre el individuo. Por ende, la significación de la conducta desviada no será otra que la percibida por la esfera social y en tal razón se imponen las sanciones penales a la persona sobre la cual pesan dichas etiquetas.

Esto parece muy abstracto si no se analiza cuál es el grupo social que detenta la facultad de crear normas y establecer conductas desviadas. Por tal razón considero oportuno profundizar sobre esta fase inicial del labelling approach. Así, el Profesor Roberto Bergalli realiza una pregunta decisiva: "¿Cómo es que las imputaciones de desviación son más efectivas en su capacidad de control cuando son aplicadas por un grupo social más poderoso?" (Bergalli, 1980: 90).

En cuanto a esta pregunta cabe plantear un razonamiento sobre el poder que detenta el Estado por medio de su facultad punitiva. Pero además, socialmente existen grupos que poseen poder y que son, al final, quienes crean el etiquetamiento hacia otro grupo menos favorecido (Baratta, 1986). Hacia esa dirección debe enfocar la Criminología su estudio. Pues quienes definen las conductas desviadas son individuos que en virtud de su poder económico o político quedan exentos de sus efectos sancionatorios, aunque, por sus acciones, también pertenecan al grupo al que han etiquetado como desviados.

Ahora bien, con el fin de complementar el análisis de los motivos que dieron lugar a una ruptura epistemológica en la Criminología, considero pertinente plasmar los orígenes de los delitos de cuello blanco y lo que aquello significó en el estudio de la criminalidad. Por lo que, aunque el labelling approach es un factor diferente al siguiente tema de análisis, ambos configuran un punto de quiebre en el ámbito de la Criminología y por tal razón se encuentran entrelazados. Por ello conservan una importancia significativa que merece su profundización.

3.2. White-collar crime

El análisis de los delitos de cuello blanco comprende básicamente dos aspectos que son de interés en la Criminología. Por un lado, falsamente se ha creído que las personas que están en las cárceles son quienes han cometido un delito exclusivamente ligado con sus situaciones personales. Por otro lado, históricamente se ha considerado, erróneamente, que todas las personas que no se encuentran dentro de una cárcel es porque jamás han cometido un delito. Allí radica la importancia de los postulados de Edwin Sutherland, quien a principios del S. XX plantea una mirada completamente diferente de la criminalidad.

Por primera vez en la historia se empieza a tener en cuenta a las personas que cometen delitos y que se encuentran en una posición de prestigio, sea a nivel económico, político o social. Es en este momento que se revela que no solo las personas más desfavorecidas y vulnerables de la sociedad han sido las que históricamente llenaban las estadísticas de criminalidad. Sino que también debía prestarse atención a las personas que nunca habían sido etiquetadas como delincuentes por el resto de la sociedad y que, por tanto, sus conductas ilícitas eran invisibles para el sistema de justicia penal. Tal situación implica que:

Las estadísticas delictivas muestran inequívocamente que el delito, según se entiende comúnmente y se mide oficialmente, tiene un alto índice en la clase socioeconómica baja y un bajo índice en la clase socioeconómica alta. El delito, así concebido, incluye las violaciones comunes al Código Penal, como, por ejemplo, homicidio, asalto, atraco, robo, hurto, delitos sexuales e intoxicación pública, pero no incluye violaciones de tráfico. Las personas acusadas o condenadas por estos delitos comunes son llevadas ante la policía, los tribunales penales o de menores, los departamentos de probación y los establecimientos correccionales (Sutherland, 1999: 59).

Para Sutherland existen dos maneras que intentaron históricamente explicar la confluencia de criminalidad en los sectores más desfavorecidos de la sociedad. La primera de ellas basaba sus hipótesis en análisis realizados a los delincuentes y a sus familias. Evidentemente mostraba que el 91% de personas privadas de la libertad que fueron analizadas se encontraban en situación de pobreza. Esto acarrea también otros factores propios de esa situación, a saber, la falta de educación y el desempleo; sin duda aspectos latentes en ese alto porcentaje de criminalidad.

La segunda explicación se justificaba tomar en cuenta el lugar de residencia de las personas que cometían delitos. En este sentido, las investigaciones mostraban lugares de residencia marginales y con prácticamente nulo acceso a niveles adecuados de bienestar. Allí entraba de cierta manera la Escuela de Chicago para brindar explicaciones a este fenómeno. Sin duda estas dos líneas explicativas llegaron a una conclusión que era muy previsible. Se señalaba a la pobreza como una de las causas más importantes de la criminalidad (Sutherland, 1999). Esto fue precisamente lo que Sutherland desvirtuó con sus estudios relativos a los delitos de cuello blanco. Al respecto, él señalaba la invalidez de las tesis que asociaban criminalidad con pobreza por lo siguiente:

(...) están basadas en estadísticas viciadas. Estas estadísticas están viciadas en dos aspectos: a) Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan a la detención y a la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aun cuando sean igualmente culpables de delitos. (...) b) Mucho más importante es la parcialidad en la administración de la justicia penal en las leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo a la clase socioeconómica alta (Sutherland, 1999: 64).

El autor antes citado explica las razones por las que los delitos cometidos por personas de un nivel socioeconómico alto normalmente no llegan a la preocupación del sistema penal. Y eso es precisamente lo que genera una ruptura epistemológica en la Criminología. Pues hasta que surge este tema, las patologías, circunstancias personales y pobreza habían sido factores determinantes para ser delincuente. Los delitos de cuello blanco cambian completamente esa concepción, mediante el aporte de Sutherland se logra visibilizar muchos delitos cometidos por otra clase de delincuentes. El cambio fue radical, antes las infracciones cometidas por este sector de la sociedad eran tomadas muy a la ligera y se enfocaban a acciones administrativas o civiles, por lo que el sistema de justicia penal era irrelevante y ni si quiera se les acercaba. Esta realidad posiblemente se daba por el poder influyente de la alta sociedad de aquel entonces y que, incluso en la actualidad no ha variado significativamente.

El Profesor Alessandro Baratta, realiza una excelente aproximación sobre los factores que otorgan importancia sustancial a los delitos de cuello blanco en el pensamiento criminológico. Primero, es importante comprender que no se está hablando de delitos comunes en los que intervienen los cuerpos de seguridad para arrestar al infractor. A esto se suma que los autores poseen prestigio social por la posición en la que se encuentran. Consecuentemente estas personas tienen acceso a una defensa jurídica de excelente nivel, situación que puede ser determinante al momento de formar o no parte de las estadísticas de criminalidad. Obviamente los sectores menos favorecidos de la sociedad no pueden acceder a servicios jurídicos de calidad, por lo tanto, la justicia penal puede vulnerar fácilmente sus derechos constitucionales (Baratta, 1986).

Como resultado de lo expuesto se genera una cifra negra que no es más que la brecha que existe estadísticamente entre las infracciones perseguidas y sancionadas y las cometidas con total impunidad. Esa cifra negra ha sido generada por las personas que lograron evadir el sistema de justicia penal. Permitiendo una parcialización sobre la distribución de la criminalidad que ha pesado siempre sobre los sectores menos favorecidos de la sociedad y que la Criminología siempre ha estigmatizado y buscado explicaciones con cada una de las teorías y corrientes. Por lo dicho, en este punto se creó una verdadera ruptura en el pensamiento criminológico, pues se logra enfocar los problemas de la criminalidad en otro nivel de la sociedad.

4. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Tal como se señaló en párrafos anteriores, con el surgimiento de las corrientes antes analizadas, se cambia transversalmente el modo en el que había sido concebida la Criminología. En este sentido es importante destacar la concepción que plantea el Profesor Roberto Bergalli al respecto: "Con las teorías de la criminalidad y de la reacción penal basadas en el labelling approach y con las teorías conflictuales tiene lugar, en el ámbito de la sociología criminal contemporánea, el paso de la criminología liberal a la criminología crítica" (Baratta, 1986: 165). Ésta emerge con un argumento contrapuesto a los postulados de la Escuela Tradicional. Pues allí se estudiaba etiológicamente al delito y se ignoraba el análisis del sistema penal que, es al final, lo que categoriza ciertas conductas en desviadas por medio de la figura del delito. Así el estudio de la antigua Criminología basada en un paradigma etiológico supone:

(...) una noción ontológica de la criminalidad entendida como una premisa preconstituida a las definiciones y por tanto también a la reacción social, institucional o no institucional que pone en marcha esas definiciones. De esta manera quedan fuera del objeto de la reflexión criminológica las normas jurídicas o sociales, la acción de las instancias oficiales, la reacción social, respectiva y, más en general los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de ciertos comportamientos y sujetos calificados como "criminales" (Baratta, 2004: 90).

De este modo de comprender a la Criminología crítica surgen ciertos aspectos que esta nueva corriente presta particular atención. Se pone de manifiesto la necesidad de analizar el proceso de creación de la ley penal y su contenido material. Dicho contenido es importante ya que por medio de esta ley el Estado manifiesta su lucha contra la criminalidad mediante la manifestación de conductas desviadas como delito. El estudio del campo penal desde la determinación de la desviación resulta esencial en un nuevo estudio que enfoca su análisis en el sistema y no en el individuo ni en los delitos que ha cometido (Bergalli, 1983).

Este nuevo enfoque de la criminalidad es explicado por Alessandro Baratta de una forma bastante didáctica. Según este autor, existen principalmente dos etapas en el proceso de identificación de un delincuente. La primera de ellas tiene que ver con la categorización de los delitos por medio de la selección previa de bienes jurídicos que el Estado considera que tienen la suficiente relevancia como para ser

protegidos penalmente. Consecuentemente, como una segunda etapa, también se seleccionan cierto grupo de personas que serán posteriormente señalados como criminales; es importante precisar que este grupo no está compuesto por todo el universo de personas que cometen delitos (1986).

Siguiendo este orden de ideas, considero importante el fundamento de esta nueva Criminología al momento de criticar al Derecho Penal en los siguientes términos:

Esta crítica no considera el derecho penal sólo como sistema estático de normas sino como sistema dinámico de funciones, en el que pueden distinguirse tres mecanismos susceptibles de analizarse separadamente: el mecanismo de la producción de las normas (criminalización primaria); el mecanismo de la aplicación de las normas, es decir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y finalmente el mecanismo de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad (Baratta, 1986: 168).

Esta crítica es trascendental para comprender los esfuerzos de la Criminología crítica en cuanto a la transformación del sistema penal. Principalmente dicha categorización señala la desigualdad que existe en el control social que ejerce el sistema penal en la sociedad. Uno de los presupuestos del Derecho Penal es que la ley es igual para todos los ciudadanos y, por lo tanto, las consecuencias de cometer un delito resultarán equitativamente aplicables, independientemente de la persona que lo haya cometido. Esto es precisamente lo que la Criminología crítica contradice de forma tajante. Está contradicción está basada en que el proceso de criminalización siempre establece diferencias entre las personas a las que les abarca dicho proceso y las que quedan exentas a pesar de haber cometido delitos de la misma gravedad.

Esta desigualdad en el proceso de control del sistema penal se genera desde la fase de criminalización primaria, en este ámbito, el Derecho Penal tiende a ser elaborado por las clases dominantes, tanto en las esferas políticas como económicas. Dicha exclusión de los sectores menos favorecidos de la sociedad permite, consecuentemente que estos sean sobre quienes recae la justicia penal, causando que el proceso de criminalización se desvíe completamente de las conductas de quienes elaboran la legislación. Considero que allí radica fundamentalmente la desigualdad concomitante al Derecho Penal. Por otra parte, en la

criminalización secundaria se agudizan los efectos la desigualdad. No ha sido casualidad que la mayor cantidad de personas que han sido consideradas como criminales son quienes tienen circunstancias personales de falta de educación, desempleo; por ende, son quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad ante el sistema de justicia (Baratta, 1986).

Ante esta situación de desigualdad, la Criminología crítica busca la transformación de este sistema. Precisamente, se torna como una tarea imperante: "Elaborar una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el sector de la desviación" (Baratta, 2004: 209). Sobre esta última cita es importante señalar que la clase menos favorecida de la sociedad busca cambiar la realidad que les ha sido impuesta por la Criminología tradicional. En tal virtud, el escenario debe movilizarse al estudio de la criminalidad que ha sido invisibilizada y que es precisamente cometida por los grupos hegemónicos de poder. Solo de esa manera, el sector desfavorecido de la sociedad podrá dejar atrás el etiquetamiento que ha tenido lugar gracias a los procesos de criminalización actuales. Resulta interesante analizar lo que señala el Profesor Baratta sobre este cambio radical:

La adopción del punto de vista del interés de las clases subalternas es pues garantía, tanto en toda la ciencia materialista como también en el campo específico de la teoría de la desviación y de la criminalización, de una praxis teórica y política alternativa que coja en su raíz los fenómenos negativos examinados e influya sobre sus causas profundas (2004: 211).

Tomando en cuenta lo estudiado respecto a la Criminología crítica, queda claro el antagonismo existente entre ésta y la corriente tradicional. El aspecto crítico, se enfoca en el análisis de la respuesta que está otorgando el sistema penal a los problemas sociales. Esto evidentemente implica un periodo de tiempo bastante amplio, y sobre esto manifiesta Alessandro Baratta (2004) la posible solución o la manera efectiva de llevar a cabo la realización de la Criminología crítica. Sobre ello expresa que será imprescindible que se genere un empoderamiento de las clases subalternas con el fin de cambiar las formas de control social que son ejercidas desde las clases dominantes. Solo de dicha manera, el control social y el combate de la criminalidad tomarán un nuevo rumbo que no pisotee a las personas más desprotegidas.

5. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA GLOBAL

Este punto es fundamental y uno de los más importantes de la presente investigación. La Criminología crítica global constituye la transformación más completa que se haya realizado en cuanto a los postulados sobre los cuales se había asentado históricamente la Criminología. Por esta razón, cabe destacar que se trata de una ruptura epistemológica del pensamiento criminológico que no tiene ningún precedente similar. Es por ello que se produce realmente un cambio total que aborda temas mucho más controvertidos y que resultan primordiales, considerando la realidad actual a nivel mundial.

Esta corriente deja atrás todos los estudios basados en el ser humano como delincuente y la preocupación por explicar el cometimiento de delitos comunes. Se propone entonces interpelar a la Criminología sobre los motivos por los cuales se ha olvidado, o más precisamente, ignorado completamente los delitos cometidos por los Estados y otras actuaciones que han producido daño incuantificable y que jamás han sido consideradas como actos ilícitos.

En este orden, se categoriza la Criminología como un saber que a lo largo de la historia ha excluido conscientemente todos los actos que han sido devastadores para la sociedad durante el S. XX, incluso hasta la actualidad. Así surge la crítica hacia el Derecho Penal que propició dicha exclusión a delitos como corrupción, tráfico de armas, crímenes de lesa humanidad, entre otros.

La propuesta de una nueva Criminología crítica global se contrapone a las corrientes que fueron analizadas inicialmente y pretende tomar en cuenta muchos delitos atroces que no han sido considerados por las ciencias penales. Al respecto, es importante mencionar solo una muestra de aquellos delitos contra la humanidad, que fueron cometidos en el siglo pasado y que en este punto se intenta considerar de manera prioritaria:

El exterminio del pueblo Herero en Namibia, las confrontaciones de la primera guerra mundial, el genocidio armenio, el Holocausto nazi, las atrocidades del fascismo en Italia y de la dictadura franquista en España, la matanzas de los opositores políticos en la Unión Soviética, el genocidio de Bangladesh, las desapariciones, las torturas y las ejecuciones extrajudiciales de las dictaduras latinoamericanas, el genocidio de Camboya, las guerras coloniales y de liberación en

África, la barbarie de los conflictos armados de Centro América y Colombia, la limpieza étnica y la violencia sexual en los Balcanes, y los genocidios de Ruanda y Sudan (Darfur), son tan sólo los hitos más importantes de esta practica de agresión sistemática contra la humanidad en tiempos recientes (Rivera, 2014: 43).

Así como estos casos hay muchísimos crímenes más que han sido cometidos por los Estados y que el sistema globalizado no ha permitido que se otorgue la relevancia que merece dentro de la Criminología. Este daño sistemático contra la humanidad ha revelado cifras alarmantes:

(...) más de 800 millones de personas sufren de hambre y de sed y 2 mil millones no tienen acceso a los medicamentos esenciales que salvan vidas, con el resultado de que cada año mueren cerca de 8 millones de personas -24.000 por día- la mayoría de ellos niños, por la falta de agua y alimentos básicos, y más de 10 millones por la falta de medicamentos que salvan vidas (Ferrajoli, 2013: 2).

Todos estos delitos atroces y cifras permiten plantear una imposibilidad de comparación con los delitos penales a los que la Criminología ha enfocado sus estudios. Sin duda, el daño causado por crímenes de Estado es inconmensurablemente mayor al provocado por los delitos menores que históricamente han preocupado a la sociedad. Tomando en cuenta lo anterior, surge la discusión sobre los nuevos horizontes que debe abordar la Criminología para no continuar en la posición limitada que se encuentra actualmente. Resulta evidente el desafío que atañe a los criminólogos en cuanto al estudio de delitos que rebasan las fronteras y que producen excesivo daño en la sociedad.

Estos delitos siempre han estado en manos de grupos económicos y políticos muy poderosos. Lo cual ha desencadenado en una falta de acción por parte de la Criminología (Rivera, 2014). Es dicha ruptura la que el Profesor Luigi Ferrajoli considera como el escenario propicio pues destaca que: "debe leer y estigmatizar como crímenes –crímenes de masa contra la humanidad- las agresiones a los derechos humanos y a los bienes comunes realizados por los Estados y por los mercados" (Ferrajoli, 2013: 3). Para poder cumplir el objetivo propuesto por Ferrajoli, la Criminología crítica requiere imprescindiblemente dejar de lado la subordinación que ha mantenido históricamente y por la cual ha estado a las ordenes de las demás ciencias penales. En este sentido con esta ruptura también se diferenciará de la antigua Criminología para así preocuparse por cuestiones mucho más apremiantes como los casos ya señalados.

Es imperante desentrañar la particular relevancia de esta separación de la Criminología que busca dejar atrás la subordinación que el sistema penal ha ejercido en su contra. La razón fundamental es que es necesario una Criminología autónoma que pueda analizar sin presiones externas los delitos que son cometidos por el Estado y que cuenta con un poder significativo (Rivera, 2015). Solo de esta forma pueden criminalizarse conductas institucionales que producen daños irreversibles en la sociedad y que las víctimas son contadas por cientos de miles. Estas conductas deben estar incluidas en el ordenamiento jurídico penal y ser investigadas eficazmente por la justicia.

6. ASPECTOS CONTEMPORÁNEOS: TOLERANCIA CERO

Como un punto final, pero no por ello menos relevante, es importante señalar el escenario en el que se desenvuelve gran parte de la Criminología en la actualidad. Una vez analizada la postura acogida por la Criminología crítica, es fundamental contrastar dichos postulados con la realidad de la justicia penal y analizar que corriente ha prevalecido en cuanto al análisis y tratamiento de la criminalidad. Hay un fenómeno muy conocido, prácticamente a nivel global, conocido como "tolerancia cero". En esto se ha basado la política criminal y el combate de la criminalidad en gran cantidad de países globalizados. La Criminología de la intolerancia surge en Estados Unidos como una forma de combatir aspectos relacionados con la pobreza, en este sentido la rigurosidad de medidas fue elevada a las conductas consideradas como desviadas, incluso las que no comprendían un delito, tales como la mendicidad o la ebriedad (Rivera, 2004).

La tolerancia cero se basa en la creencia de que un sistema con mayor rigurosidad será efectiva en la medida que logre reducir los índices de criminalidad. Obviamente, esto se contrapone a la Criminología crítica y comprende un aumento del poder punitivo de los Estados. Esta corriente que se encuentra muy marcada por el gran apoyo que ha recibido de vastos sectores de la sociedad ha creado una amplia lista de personas que son objeto de represión por parte del sistema penal. Existen algunas categorías que han etiquetado a estos grupos (que incluso se les ha etiquetado como no-personas), así lo señala el Profesor Roberto Bergalli:

(...) también estas no-personas responden a otras características, tales como la de jóvenes que no han podido ingresar en el mercado del trabajo, inmigrantes extra europeos entrados "sin papeles" a

territorio de la Unión Europea que cometen delitos menores, tóxico-dependientes que deben dedicarse al tráfico y comercio de sustancias prohibidas, etc. Todos ellos son los nuevos y más recientes “enemigos” interiores (2011:34).

Además de tales grupos, también se habla de una especie de criminalidad mucho más grave, que se constituye principalmente por delitos como tráfico de drogas, delitos contra la vida y la propiedad y terrorismo. Sin ser más que un lazo que une, supuestamente, este tipo de criminalidad con aspectos intrínsecos de los individuos como etnia, religión, etc. En conclusión, personas que han sido históricamente excluidas por la sociedad y han pasado a formar parte de los estudios etiológicos de la Criminología (Bergalli, 2011). Quizá la antigua Criminología que buscaba encontrar las causas de la criminalidad en los aspectos intrínsecos del ser humano siempre estuvo y se mantiene latente en las sociedades.

Con la ruptura epistemológica que surgió en la Criminología crítica se buscó refundar el estudio sobre el crimen. Sin embargo, la presión que ejerce el sistema penal tradicional sobre las políticas de un Estado ha causado una degeneración en cuanto al estudio de la delincuencia. Considero que el discurso político imperante en las sociedades actuales ha enarbolado en la sociedad el deseo de mayor punitivismo penal y menor garantismo, para erróneamente creer, que, mediante el aumento de personas privadas de libertad, la sociedad se encuentra más segura. Actualmente se sigue excluyendo de la sociedad a un grupo que ha sido el menos favorecido e históricamente criminalizado. Lo cual supone que se deben realizar esfuerzos adicionales por visibilizar una realidad que no debe ser ajena en nuestro campo de desenvolvimiento profesional.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia la Criminología ha experimentado muchos cambios que han variado la manera en la que su objeto de estudio es abordado. Asimismo, los factores colaterales han ido variando según los postulados de cada corriente. Sin embargo, el objeto mismo de estudio de la Criminología solo se transforma a partir del surgimiento de la Criminología crítica. Es en este punto y en demás escenarios posteriores donde realmente se produce una ruptura epistemológica que deja atrás la antigua Criminología. Los estudios dejan de centrarse en las características de las personas para convertirse en un estudio del funcionamiento del sistema penal.

Si bien hubo muchos cambios con el apareamiento de la Escuela de Chicago, puesto que se consideró ya no sólo a la persona sino a su entorno como un factor criminógeno; esto no significó que la investigación etiológica del delito desaparezca. Era necesario que transcurra un largo periodo de tiempo hasta que se empezó a tomar en cuenta los delitos que no eran cometidos por los sectores menos favorecidos de la sociedad. En esto hay que reconocer el avance histórico que significó la teoría de Edwin Sutherland sobre White-collar crimes. Considero esta evolución como una de las más importantes en la historia de la Criminología. Allí por primera vez se mostraba una realidad que parecía totalmente ajena para el sistema de justicia penal. Con las investigaciones de esta corriente se pudo mostrar a toda la sociedad que no solo las personas pobres cometían delitos, sino que solo a ellos se les aplicaba el Derecho Penal pues las personas con poder social, económico o político siempre encontraban la manera de escapar del control social.

No es sino hasta el surgimiento de la corriente crítica que se produce una evolución completa del objeto de estudio de la Criminología. Cambia totalmente la percepción sobre el delito y la categorización de conductas desviadas. Esta corriente de pensamiento cambia estructuralmente a la Criminología puesto que su objeto de estudio se centra en el sistema penal y como éste actúa con relación a determinados delitos cometidos por el Estado. En este sentido considero pertinente recalcar la importancia que supone para un ejercicio autónomo de la Criminología y que no se halle obstaculizado por las barreras propias del Derecho Penal. Sin duda, el aporte más significativo es otorgar una visión mucho más amplia dentro del campo jurídico y criminológico, con el fin de tomar en cuenta las decisiones políticas y económicas que afectan gravemente a grupos muy grandes de personas. La ventaja que esto plantea es la posibilidad de interpelar al sistema penal en aras de perseguir una justicia realmente alcanzable para todos los seres humanos sin distinción alguna.

Es muy importante entonces realizar desde la Criminología un estudio sobre la consolidación de factores, tanto económicos como políticos, que deberían ser revisados para poder dar cabida a una transformación real del Derecho Penal y, específicamente de los procesos de criminalización que han sido expuestos anteriormente. Considero que solo con un cambio estructural de esta magnitud se podrá generar un sistema más justo y que no perjudique a los sectores económicamente más vulnerables de la sociedad. Esa es la tarea más grande que sigue latente para una nueva Criminología.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anitua, G. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires-Argentina.

Baratta, A. (1986), *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, Editorial Siglo Veintiuno, Argentina.

Baratta, A. (2004), *Criminología y Sistema Penal- Compilación in memoriam*, B de F Editores, Argentina.

Bergalli, R. & Bustos J., (1983), *El pensamiento Criminológico Volumen I Un análisis crítico*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia.

Bergalli, R. (2011), *Incongruencias y Perversiones de la Ejecución Penal*, *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Barcelona.

Bergalli, R. (1980), Origen de las teorías de la reacción social: un aporte al análisis y crítica del labelling approach. *Revista de Sociología*, Universitat de Barcelona.

Buil-Gil, D. (2016), *¿Qué es la Criminología? Una aproximación a su ontología, función y desarrollo*, España, URL: www.derechoycambiosocial.com, ISSN: 2224-4131, Depósito legal: 2005-5822.

Farrell, M., (2015), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho: El utilitarismo en la Filosofía del Derecho. Volumen III*, Ezequiel Spector Editores, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ferrajoli, L. (2013), *Criminología, Crímenes Globales y Derecho Penal: El debate epistemológico en la Criminología contemporánea*. *Revista Crítica Penal y Poder*. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Barcelona.

García- Pablos, (1982), *Antonio, Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional*, Madrid, IX Coloquio Español de Criminología.

Gómez Grillo, E. (1979), *Introducción a la Criminología*, Tercera Edición, Librería Piñango, Caracas-Venezuela.

Pérez, J. (2011), *La explicación sociológica de la criminalidad*, Universidad de San Martín de Porres, Perú.

Rivera, I. (2018), *Criminología Tradicional, Iluminismo [Material de clase], Control Social y Punitivo: El Pensamiento Criminológico*, Universitat de Barcelona.

Rivera, I. (2014), *Delitos de los Estados, de los Mercados. Debates en Criminología Crítica y Sociología jurídico penal*, Anthropos Editorial, Barcelona.

Rivera, I. (2015), *Hacia una Criminología Crítica Global*, Athenea Digital, Barcelona.

Rivera, I. (2004), *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Barcelona.

Rodríguez, L. (1979), *Criminología*, Editorial Porrúa S.A., México.

Sancho, M. D. (2014), Sociología de la Desviación: Howard Becker y la "teoría interaccionista de la desviación", *Revista Conflicto Social No. 12*, Argentina.

Sozzo, M. (2016), *Park, Shaw y McKay y la mirada sociológica sobre el delito en la Escuela de Chicago*, Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/305413816_Park_Shaw_y_McKay_y_la_mirada_sociologica_sobre_el_delito_en_la_Escuela_de_Chicago.

Sutherland, E. (1999), *El delito de cuello blanco*, Traducido por Rosa del Olmo, Editorial La Piqueta, Madrid.



LEXVALOR

Abogados



*Entregamos soluciones legales transparentes,
priorizando el interés de nuestros clientes
como principal motivación.*



™ THE AUTHORITATIVE GUIDE
TO THE LEGAL PROFESSION

Lexvalor Abogados

Av. 12 de Octubre N 24-774 y Av. Coruña
Ed. Urban Plaza - Piso 5, 8, 15, 16
PBX: (593 2) 323-0375, 323 029, 323 0418
Quito - Ecuador
Junín y Panamá
Ed. Torres del Río - Piso 5 - Of. 10
PBX: (593 4) 231-0308
Guayaquil - Ecuador

www.lexvalor.com

QUITO

República del Salvador 733 y Portugal,
Edif. Gabriela III, oficinas 602-604

GUAYAQUIL

Antepara 921 y Av. 9 de Octubre,
Edif. Carrousel, oficinas 102-103

RIOBAMBA

Primera Constituyente N20-19 y Tarqui.



Andrade & Escobar
A b o g a d o s

 consultas@ae-abogados.com

 PBX: 02 244 5304
04 232 0342

www.ae-abogados.com

Dr. Rodrigo Salgado Valdez

ABOGADO

ESTUDIO JURÍDICO SALGADO VALDEZ

- Shyris N35-71 y Suecia, Edif. Argentum, Of. 1505, piso 15
- Tef.: 333 1881 / 333 2133 / 333 2739
- E-mail: estudiojuridicosalgadovaldez@gmail.com

La buena administración: ¿un derecho fundamental, un deber de la administración o un principio rector?

Good administration: a fundamental right, a duty of the administration or a guiding principle?

Andrés Castillo Aucancela
Investigador Jurídico

Artículo Original (Miscelánea)
Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: un estudio realizado por Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el año 2017, determinó que el 53% de los trámites en el Ecuador son considerados difíciles de alcanzar; y, que el tiempo promedio para realizar un trámite en el país es de 4.2 horas. Estas estadísticas, aunque alarmantes, seguramente no sorprendan a ningún ecuatoriano, pues al parecer en el país, los trámites son creados para generar en el ciudadano la mayor complejidad y retraso posible, esto sumado al trato displicente que muchas veces se recibe de parte de los funcionarios públicos.

Esta cotidianidad ha generado en el común, una sensación de normalidad, lo cual tergiversa la relación que debe existir entre la Administración y el ciudadano. En este sentido, aparece el concepto de buena administración, que ubica al ciudadano como el punto central de la actividad administrativa, adecuando todas sus actuaciones al bienestar del mismo; aquí, radica la importancia de sus estudios.

PALABRAS CLAVE: supra subordinación, administración, motivación, principio de legalidad, eficiencia.

ABSTRACT: a study carried out by the Inter-American Development Bank (IDB) in 2017, found that 53% of procedures in Ecuador are considered difficult to achieve; and, that the average time to complete a procedure in the country is 4.2 hours. These statistics, although alarming, surely do not surprise any Ecuadorian, because apparently in the country, the procedures are created to generate in the citizen the greatest

complexity and possible delay, this added to the complacent treatment that is often received from the public workers.

This daily life has generated in the common, a sense of normalcy, which distorts the relationship that must exist between the Administration and the citizen. In this sense, the concept of good administration appears, which places the citizen as the central point of the administrative activity, adapting all its actions to the welfare of the same; here, lies the importance of their studies.

KEY WORDS: supra subordination, administration, motivation, principle of legality, deficiencies.

INTRODUCCIÓN

El primer antecedente respecto a la buena administración, la tenemos en la Constitución Italiana de 1947, que refiere al “buon andamento e imparzialità dell Amministrazioni”. Desde este precedente, varias legislaciones han ido incorporando distintos deberes y obligaciones a sus administraciones públicas, en aras de alcanzar como decía la Constitución Italiana, el buen funcionamiento de la administración.

En lo que tiene que ver a la buena administración como derecho, la primera referencia expresa la encontramos en el artículo 41 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue expedida en Niza en el año 2000:

Artículo 41.- Derecho a una buena administración. -

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

- El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

- La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Si bien, en un inicio, esta declaración no tenía el carácter de vinculante, esto cambió en el año 2007 con la suscripción del Tratado de Lisboa, que incorpora esta importante disposición en la Constitución para Europa. Del mismo modo, y como parte del desarrollo normativo de este precepto, podemos destacar el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado en el año 2001, que básicamente desarrolla los principios instituidos en el artículo transcrito.

Por otra parte, se debe indicar que este concepto de buena administración aparece como respuesta a "la falta de agilidad de las estructuras administrativas para adaptarse a una sociedad en constante y profunda transformación que cada vez es más consciente de sus derechos." (Redondo, 2011, p.105). Las sociedades se encuentran en constante evolución y la respuesta de las administraciones públicas no ha estado acorde a estos cambios; por el contrario, siguen enclaustradas en el pensamiento del príncipe y el súbito, en el cual cada prestación que realiza el Estado es un favor hacia el mal llamado "administrado". Esta nueva tendencia busca cambiar este orden en que se ha establecido la supra subordinación de la relación entre Estado y el particular, otorgándole la autoridad a quien corresponde, el ciudadano.

En el mismo sentido, Más (2007) indica que el apareamiento de la buena administración se debe al "intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que la otorga las potestades de actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa."

1. LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO PRINCIPIO

La buena administración como principio rector de la administración, debe entenderse desde la óptica de un mandato de optimización para toda la actuación administrativa, mediante el cual, todos los actores que participan en el servicio público observen de manera obligatoria las reglas y principios que rigen a la misma. Entre estas, podemos destacar a: la legalidad, la imparcialidad, la proximidad al ciudadano, la responsabilidad individual del servidor público, la simplificación de procedimientos y el establecimiento de un sistema de reclamaciones. En la mayoría de países, estas reglas forman parte de su ordenamiento vigente, pero difuminadas, pues no se ha entendido su contenido y alcance: o, simplemente porque su incumplimiento no tiene una consecuencia jurídica.

En el mismo orden de ideas, Souvirón (2011) al referirse a la buena administración como principio, indica:

En definitiva, la “buena administración”, como principio general del Derecho aplicables a las Administraciones Públicas, conlleva una necesaria bondad formal y material de la actividad administrativa, que, respetando el principio de legalidad, conllevará el respeto por la Administración de las exigencias de mismo ya positivizadas por el ordenamiento. (p.237)

En este sentido, la buena administración debe ser el principio rector de la actuación administrativa, pues a través de ella, se cumple el objetivo esencial de la administración pública que es servir; y, es el concepto necesario previo a hablar de un derecho a la buena administración.

2. LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO Y DEBER

El derecho a la buena administración podría ser resumido como el derecho a ser administrados en el mejor modo posible (Pegoraro, 2011). De esta afirmación se desprende una importante cuestión: ¿tenemos derecho a ser administrados? ¿Y este nuevo precepto constituye únicamente una evolución del mismo? Al respecto, se debe recordar que cuando nos referimos al proceso de formación del Estado, siempre se ha hablado de la renuncia y cesión de parte de las libertades de sus creadores, en función de instituir esta organización político administrativa; por lo que, dista mucho de una lucha por alcanzar un

derecho a ser administrado, por el contrario, esa renuncia inicial, se dio en aras de garantizar derechos e intereses superiores.

Desde la misma visión teórica, se indica que la buena administración no es un derecho sino el objetivo mismo del Estado (Pegoraro, 2011). En relación, se debe destacar que si bien corresponde al Estado la administración interna, la exigencia de que la misma se realiza con criterios de eficacia y eficiencia se ha constituido en un derecho de todos los ciudadanos y consecuentemente, en una obligación y objetivo a alcanzar por parte de la administración pública.

El derecho a la buena administración podría ser descrito como un derecho sumario, compuesto y desarrollado a través de todos los derechos que forman y direccionan el procedimiento administrativo. El catálogo de estos derechos, son comunes en la mayoría de legislaciones de los países, en algunos incluso gozan de rango constitucional, denostando el interés de los países por buscar la optimización del servicio público.

En relación, Souvirón (2011) indica:

El derecho a una buena administración se concibe así como un derecho que engloba los citados subderechos inspirados (...) en determinados principios y valores en las relaciones con la Administración y la acción de esta: imparcialidad, equidad, no discriminación, independencia, objetividad, profesionalidad, no arbitrariedad, ejercicio del poder para el fin al que el mismo se otorgó, actuación conforme a las expectativas generadas por la actuación administrativa precedente y (...) justo equilibrio entre intereses individuales e interés público general. (p. 31)

De otra parte, se ha afirmado que con relación a los derechos que componen al derecho a la buena administración, se deben distinguir los relacionados con el ciudadano, entre los cuales destaca el derecho a ser informado y orientado, lo cual está atado al deber de transparencia del Estado, el derecho a ser tratado de manera respetuosa, derecho a identificar a las autoridades y personal actuante y el derecho a exigir responsabilidad; y, en segundo lugar, se encuentran los derechos relativos a los procedimientos administrativos, los cuales se pueden resumir en:

- En la fase de iniciación: los derechos de abstención y recusación.
- En la fase de instrucción: los derechos de igualdad, formulación de alegaciones, proposición de pruebas y participación.
- En la finalización del procedimiento: derecho a una resolución expresa, motivada y dictada en el plazo legalmente establecido. (Nevado-Batalla, 2009)

A la categorización expuesta, se puede agregar que este derecho de una buena administración, exige, además, que toda actividad administrativa, así como sus funcionarios, observen al menos los siguientes principios básicos:

1. Principio de oficialidad. - determina que todo el procedimiento debe ser impulsado de oficio, incluyendo el retiro de obstáculos y la obtención de información que sea necesaria para la toma de una decisión, en el marco de un buen resolver de la administración. Con relación a este principio, Nevado-Batalla (2009) ha indicado: "debe advertirse que el impulso de oficio ha de vincularse necesariamente con los principios de flexibilidad y antiformalismo, o el de celeridad, por cuanto, como ha enseñado la jurisprudencia, la tramitación rígida o excesivamente formalista de un procedimiento resulta incompatible con el principio de oficialidad."
2. Principio de Igualdad. - exige de la administración, la eliminación de todo posible o potencial acto de discriminación.
3. Principio de celeridad. - demanda un procedimiento ágil y eficaz por parte de la administración, a fin de brindar una respuesta adecuada y oportuna al ciudadano. Uno de los principales problemas que la ciudadanía percibe como una muestra de mala administración, es el excesivo establecimiento de trámites y requisitos innecesarios y que estos respondan a la arbitrariedad del funcionario de turno, lo que atenta contra la seguridad jurídica.
4. Principio de antiformalismo. - es un principio que ampara al ciudadano, que se encuentra ligado al principio de oficialidad. Cabe destacar que este principio no puede afectar a la legalidad ni a la seguridad jurídica.

5. Principio de transparencia. - debe cumplir una doble función, que el ciudadano pueda ejercer sus derechos y como un mecanismo de control de la actividad administrativa.
6. Principio de motivación de los actos administrativos. - es la exigencia de dictar los actos administrativos indicando las razones que sirvieron de fundamento para la decisión adoptada.
7. Principio de responsabilidad. - es una exigencia derivada del principio de legalidad que la asumen todos los funcionarios públicos.

Por otro lado, se debe añadir que este derecho conjunto demanda de la administración la prestación de servicios de calidad, trazando un nuevo horizonte en las administraciones públicas, las cuales ya no están solo obligadas a la provisión de bienes y servicios, sino por el contrario, deben garantizar que los mismos sean prestados con resultados de satisfacción óptimos; en este sentido, la calidad se convierte en un eje en la nueva gestión pública.

Al respecto, cabe indicar que el derecho a la buena administración no se visualiza únicamente con una evaluación de la calidad en la prestación de los servicios y atenciones públicas, o con la desaparición de malas prácticas administrativas; además, se lo puede medir por la valoración y confianza que le otorgan los ciudadanos, lo cual legitima las actuaciones administrativas, e inclusive el propio sistema democrático. Como bien indica Ruocco (2012) en relación a la buena administración: "primero fue considerado una cuestión de mérito, para luego ser admitido por la más moderna doctrina como una cuestión de legitimidad." (p.28)

La buena administración por parte de las instituciones públicas demanda del establecimiento de condiciones mínimas, denominadas de buen gobierno, a las que se pueden adicionar los valores que el pensamiento político vigente al momento, que de ninguna manera puedan afectar estos criterios básicos de buena administración; pues, como ha quedado expuesto, constituyen un derecho ciudadano.

Ahora bien, y conforme dictamina la máxima jurídica, todo derecho conlleva una prestación, que en el caso del derecho a la buena administración repercute en una consecuente obligación de la administración, en quien recae el peso de garantizar el cumplimiento de esta prerrogativa. Para la administración, el cumplimiento de este man-

dato no puede ser optativo ni tener graduaciones, pues no se trata de una gratificación o compensación que se realiza a favor del ciudadano, sino que es el simple cumplimiento del principio de legalidad, que es la noción rectora de todas sus actuaciones.

Otro gran responsable del cumplimiento y vigencia de este derecho, es la voluntad política, a la cual le corresponde, entendida como un estamento superior a los funcionarios públicos, establecer políticas encaminadas a la vigencia y efectivo ejercicio de este derecho; legitimando de esta manera, incluso los mandatos democráticos otorgados en función del interés general.

Adicionalmente, este derecho exige nuevos roles por parte de los funcionarios públicos, por ejemplo de los superiores jerárquicos, quienes además de tener el papel de contralor del trabajo de sus subordinados, deberá cumplir una función de liderazgo, demostrando los conocimientos necesarios para, en estricto respeto al principio de legalidad, guiar a su equipo al cumplimiento de sus tareas de una manera eficaz, obteniendo el mayor beneficio para la entidad y la prestación de servicios de calidad a los ciudadanos.

Cabe señalar que, el deber de una buena administración compromete no solo al estamento público, sino al propio ciudadano, quien debe adecuar su conducta a los principios rectores de este derecho y sobre todo ejercerlo; pues, si bien no se puede decir que el derecho desaparece por su falta de ejercicio, es evidente que el desinterés y desconocimiento del mismo, deviene en detrimento de esta garantía, favoreciendo el apareamiento de malas prácticas administrativas.

3. LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA NUEVA TENDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta tendencia que impulsa una nueva gestión pública requiere de un Derecho Administrativo moderno, que ubique al ciudadano como centro de toda la actividad administrativa, en donde pasen de ser simples receptores de bienes servicios públicos, a los principales actores en el establecimiento de las políticas públicas. En este sentido, el ciudadano pasa a cumplir un rol fundamental en el establecimiento del interés general, que previamente era definido de manera unilateral y hasta arbitraria por parte de la Administración.

Del mismo modo, este nuevo Derecho Administrativo deberá compaginar y equilibrar esta nueva centralidad del interés particular del ciudadano, con la máxima del servicio público, que es el interés general; los cuales, en no pocos casos, pueden colisionar.

La necesidad de hablar de un nuevo Derecho Administrativo parte de la premisa de que los Estados han evolucionado, y la normativa que rige a la administración pública no puede quedarse en el rezago, por el contrario, debe responder a los nuevos requerimientos sociales y políticos. En estas nuevas realidades, el Estado debe pasar de ser un simple ente respetuoso de los derechos individuales, a tener un papel activo, que posibilite y facilite el ejercicio de esos derechos.

Al respecto Ruocco (2012) señala: "en un Estado Constitucional de derecho, no sólo se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos." (p.33). Esta nueva corriente pretende cambiar el viejo paradigma del estado autoritario, donde la voluntad del ente se imponía, incluso por sobre el bienestar común, para pasar a un nuevo modelo donde la administración se torne más asequible, flexible y dinámica con los ciudadanos; lo cual, no significa que la posición jurídica se haya equiparado, pues la finalidad propia del Estado, que es el interés general, necesita de potestades, pero, aclarando que nos referimos a potestades no a privilegios; en este sentido, la potestad debe estar inexorablemente sometida a juicios de proporcionalidad y de racionalidad.

Esta nueva corriente del Derecho Administrativo que promueve a la buena administración como principio, derecho y obligación, demanda el establecimiento de soluciones innovadoras que impulsen los principios de eficacia y eficiencia de la administración; no obstante, y como bien se señala, estas soluciones novedosas no significan desechar los planteamientos tradicionales del derecho administrativo, como por ejemplo, el desarrollar concursos de méritos para la designación de los funcionarios públicos, el respeto y cuidado al dinero público, etc. (Martín-Retortillo, 2011).

En este sentido, se puede decir que una de las principales virtudes del derecho a la buena administración, es reavivar el debate sobre la vigencia e importancia de los principios rectores clásicos sobre los que se desarrolla, o al menos debería desarrollarse, la actividad administrativa.

Por otro lado, mucho se ha hablado de que la administración pública tenga como referencia de gestión a los modelos privados de organización, lo cual no está mal; pero, se debe entender que ambos sectores persiguen finalidades completamente distintas, por lo que sus métodos y principios, si bien, en cierto casos pueden coincidir, no pueden ser asimilados por completo. La mala percepción que los ciudadanos tienen de sus administraciones, no se deben al erróneo establecimiento de principios, como el de eficacia, eficiencia, transparencia, etc.; sino por el contrario, a la inobservancia e incumplimiento de los mismos.

En este sentido, se puede colegir que el primer principio a rescatar, en miras de obtener una buena administración, es el principio de legalidad, pues, si el funcionario ejecuta sus actuaciones con apego a las disposiciones legales establecidas y a los principios rectores del procedimiento administrativo, sin duda que la imagen institucional se renovará. Como oportunamente lo ejemplifica Nevado-Batalla (2009), al decir:

Si por ejemplo llegan a cumplirse con exactitud las reglas que ordenan la actividad administrativa formalizada en el correspondiente procedimiento administrativo, entre otras cosas: tramitación con celeridad, facilitando al interesado el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones, finalizando en plazo con una resolución expresa y motivada entre otros, será sin duda un proceder administrativo de gran calidad, excelentemente apreciada por los ciudadanos. (p. 106)

4. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ECUADOR

Con la expedición del Código Orgánico Administrativo (COA), el Ecuador pretende ingresar a esta nueva corriente del Derecho Administrativo, al menos aparentemente, al incluir en su artículo 31 el derecho a la buena administración, el cual establece:

Art. 31.- Derecho fundamental a la buena administración pública.
- Las personas son titulares del derecho a la buena administración pública, que se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código.

Si bien es cierto que el COA incluyó una disposición expresa de esta prerrogativa, en el desarrollo de este cuerpo normativo, encontramos disposiciones que contradicen o al menos no se alinean con los principios que este derecho propugna. No obstante, lo dicho, debemos re-

conocerle a este cuerpo normativo, la virtud de haber traído al debate nacional, la importancia de una buena administración.

De otro lado, es importante destacar que la Constitución ecuatoriana no tiene una disposición expresa sobre el derecho fundamental a la buena administración; no obstante, en la enumeración de principios que la administración debe observar en el ejercicio de sus funciones, podemos identificar algunos de los componentes de este derecho. Así, el artículo 227 dispone:

Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Si bien el derecho a la buena administración no está expresamente incluido en la Constitución del Ecuador, y más allá que el COA lo haya catalogado como derecho fundamental, se debe señalar que tiene esta categoría en consideración que en un Estado democrático, todas las instituciones públicas no son de propiedad del poder político de turno, sino de todos los ciudadanos, en donde reposa la soberanía popular: por lo que, las prestaciones de los entes públicos, deben responder siempre a las necesidades colectivas.

En relación es importante referirnos a la definición que realiza el Salgado Pesantes (2005), para quien "la expresión derechos fundamentales hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Con esta denominación nos referimos también a los derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución Política del Estado."

En el mismo sentido, Rodríguez-Arana (2011) señala que la buena administración "es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria". (p.93)

Finalmente, es importante hacer una mención a la recientemente aprobada Ley para la optimización y eficiencia de trámites administrativos, cuyo objeto se señala es la optimización de los trámites administrativos con la finalidad de facilitar la relación entre los administrados y la administración pública.

Se debe destacar de esta normativa, la enumeración de principios básicos que debe observar la implementación y ejercicio de todo trámite administrativo, como son los de celeridad, consolidación, control posterior, gratuidad, informalismo, presunción de veracidad, seguridad jurídica, entre otros.

Del mismo modo, mención especial merece el establecimiento de una autoridad rectora de la simplificación de trámites, competencia encargada al ente rector de las telecomunicaciones. Esta autoridad deberá emitir políticas y lineamientos, regulaciones y metodologías encaminadas a optimizar los trámites administrativos y reducir la complejidad administrativa de las instituciones públicas del país. Si bien, el precepto es válido, no encuentro en la norma señalada, alguna referencia a la centralidad del ciudadano en la actividad administrativa, lo que me genera dudas respecto a la eficacia de esta nueva Ley.

5. CONCLUSIONES

Se debe destacar que, si bien en la mayoría de legislaciones nacionales se detallan los principios que serán la luz que guíen las actuaciones administrativas, no encontramos una consecuencia jurídica a su incumplimiento, convirtiendo estas disposiciones en meras enunciaciones líricas. En este sentido, es importante empezar a construir mecanismos que de alguna manera efectivicen el cumplimiento de estos principios y que la ausencia de efectos jurídicos a su incumplimiento, no se convierta en el escudo que evite el control de administraciones ineficaces, deficientes y hasta negligentes.

Si queremos simplificar el concepto de una buena administración, es importante destacar el pensamiento de Souvirón (2011), quien indica: “para que la administración sea buena deberá empezar –y terminar, pues será la prueba de la bondad- responder a su propia esencia, es decir, servir”. (p.230)

Por otro lado, la actual coyuntura de la crisis económica que atraviesa el país, debe colocar en la palestra, el debate sobre la racionalización de la organización de la administración pública, la simplificación de los procedimientos administrativos y la reducción drástica del gasto público, para lo cual, reviste especial importancia los valores aquí expuestos relacionados a la una buena administración como derecho, deber y principio rector.

Finalmente, una reflexión que debemos tener siempre presente, es que la administración pública es el reflejo de lo que somos como sociedad, pues sus virtudes y defectos se evidenciarán en toda actividad administrativa, como bien señala Sanz (2018):

Los valores generales de una sociedad inciden de forma determinante en el comportamiento ético tanto de la Administración como de las personas que trabajan en ella. Es difícil que cuando el patrón de valores que se defiende como el ideal en una sociedad es el interés particular, pretendamos que una parte muy importante de esa sociedad como son las Administraciones Públicas, opere con un modelo ético y de valores radicalmente contrario al general. (p.8)

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Martín-Retortillo, L. (2011), De los derechos humanos al derecho a una buena administración; En; C. Ávila; (Coord.); *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Más, T. (2007). *El derecho a una buena administración*. Barcelona.

Morenilla, S. (2011). Sentido y alcance del derecho a una buena administración; En; C. Ávila; (Coord.); *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nevada-Batalla, P. (2009). *Legalidad y Buena Administración*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Pegoraro, L. (2011) ¿Existe un derecho a una buena administración?; En; C. Ávila; (Coord.); *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Redondo, A. (2011). Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena administración; En; F.

Matia, (2011). *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Rodríguez-Arana, J., (2011). El derecho fundamental a la buena administración; En; C. Ávila; (Coord.); *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ruocco, G., (2012). La buena administración y el interés general. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*.

Salgado, H., (2005). *Los derechos fundamentales*. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/los-derechos-fundamentales>

Sanz, A. (2012). *Breves reflexiones sobre ética y Administración Pública*. Recuperado de https://nanopdf.com/download/breves-reflexiones-sobre-etica-y-administracion-publica_pdf.

Hacia un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos

Towards an International Legally Binding Instrument on Transnational Companies and Human Rights

Francisco José Salgado Rivadeneira

Investigador Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

Artículo Original (Investigación)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: en junio de 2014, con la adopción de la resolución 26/9, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU determinó la creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Este Grupo presidido por el Ecuador ha celebrado cuatro sesiones iniciales donde se han mantenido discusiones sustantivas sobre el contenido, alcance, naturaleza y forma de ese instrumento vinculante. Esta iniciativa es la respuesta a un debate que ha durado más de cuatro décadas, y entre sus objetivos está definir reglas comunes y generales para las empresas transnacionales, especialmente para casos en que incurran en violaciones a los derechos humanos, toda vez que este es un vacío en la normativa internacional de los derechos humanos (Iñiguez, 2016).

Además, por primera vez se discutirá el alcance jurídico de este instrumento que se espera sea de obligatoria observancia para las partes. Tomando en cuenta las actuales negociaciones, el objetivo de este artículo es realizar un análisis histórico de esas cuatro décadas de negociación sobre este tema, las mismas que serán examinadas bajo conceptos basados en la teoría de negociación por intereses y no posiciones. El objetivo principal es contar con un documento que sintetice la historia de esas negociaciones (desde los años 80 hasta la adopción de las directrices sobre negocios y derechos humanos en el 2011), se analice sus actores y componentes, se conozcan sus falencias en el camino y las lecciones aprendidas en cada una de sus etapas, lo que

llevará a extraer algunas conclusiones que eventualmente pueden ser aplicadas por el Ecuador dentro de las actuales negociaciones.

PALABRAS CLAVE: instrument internacional, Derechos Humanos, negociación, TNC's, monolítico.

ABSTRACT: in June 2014, with the adoption of resolution 26/9, the UN Human Rights Council determined the creation of an Open-ended Intergovernmental Working Group, mandated to develop a legally binding international instrument on transnational corporations and other companies with respect to human rights. This Group chaired by Ecuador has held four initial sessions where substantive discussions have been held on the content, scope, nature and form of that binding instrument. This initiative is the answer to a debate that has lasted more than four decades, and among its objectives is to define common and general rules for transnational corporations, especially in cases where they incur in human rights violations, since this is an emptiness in the international norm of human rights (Iñiguez, 2016).

In addition, for the first time the legal scope of this instrument that is expected to be mandatory for the parties will be discussed. Taking into account the current negotiations, the objective of this article is to carry out a historical analysis of these four decades of negotiation on this subject, which will be examined under concepts based on the theory of negotiation by interests and not positions. The main objective is to have a document that synthesizes the history of these negotiations (from the 80s until the adoption of the guidelines on business and human rights in 2011), analyze its actors and components, know their shortcomings on the way and the lessons learned in each of its stages, which will lead to draw some conclusions that may eventually be applied by Ecuador within the current negotiations.

KEY WORDS: international instrument, Human rights, negotiation, TNC's, monolithic.

INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1970 ha existido una preocupación acerca de las corporaciones transnacionales (TNC's) debido a su creciente influencia, especialmente en relación con la inversión extranjera directa

(IED) en los países en desarrollo¹⁰⁸ y los efectos negativos de sus acciones en los países de acogida (Sauvant 13:2015). Esto conllevó a que los Estados vean la necesidad de negociar un instrumento que prescriba normas multilaterales en torno a las empresas transnacionales (Sauvant 23:2015), pero con diferentes intereses en juego.

Mientras, por un lado, los países en desarrollo, como anfitriones de la IED, deseaban un instrumento que les ayude a minimizar los impactos económicos, sociales y políticos negativos de la participación de las empresas transnacionales en sus territorios, por otro lado, los países desarrollados, como patrocinadores de las TNC's, buscaban un instrumento multilateral que influya en el comportamiento de los gobiernos de los países anfitriones con el fin de proteger a sus empresas (Jerbi 301:2009; Sauvant 22,23:2015).

En 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) aprobó una resolución pidiendo esfuerzos "para formular, adoptar y aplicar un código internacional de conducta para las empresas transnacionales" (Jerbi 302:2009). Las negociaciones fueron realizadas por una comisión que luego convocó a que un grupo de trabajo intergubernamental se encargue de elaborar ese código de conducta (Sauvant 20:2015). Durante las discusiones prevalecieron las posiciones, no hubo un entendimiento en los mecanismos de aplicación, los únicos participantes fueron los Estados y la gama de temas discutidos fue tan amplia que poco a poco se fueron diluyendo.

Hay que tomar en cuenta que en la década de los 80's existía una influencia creciente de los enfoques neoliberales, por lo que los países en desarrollo fueron persuadidos a no ahondar en las negociaciones ya que eso significaría perder una importante inversión extranjera directa (Jerbi 303:2009). Por lo anotado, las negociaciones fracasaron y en 1992 fueron formalmente abandonadas (Ruggie 819:2007). No obstante, pese a contar con un escenario político favorable para la expansión del sector privado, en general no se eliminó la presión sobre las empresas para que sean más responsables de sus impactos sociales y ambientales (Jerbi 303:2009).

108 Casi todos los países en desarrollo fueron abrumadoramente receptores de IED, la cual ascendió a alrededor del 2 por ciento del total mundial de las salidas de IED entre 1980 y 1985, un promedio de poco más de USD 1 mil millones durante ese periodo" (Sauvant 17:2015).

Tomando en consideración que las TNC's se caracterizan por buscar estrategias de maximización de beneficios, esto generó sospechas que hacían presumir abusos tales como faltar a las normas laborales de los países de acogida, no proteger el medio ambiente y no vigilar el daño que pueden sufrir las comunidades locales como consecuencia de sus actividades (Weissbrodt et. Alt. 901:2003; 89; Buhman, 2012; 69: 2015).

El escrutinio que enfrentan las grandes corporaciones aumentó drásticamente en una nueva era caracterizada por una cobertura global de los medios de comunicación, la creciente privatización de los servicios públicos en muchos países, y el activismo de la sociedad civil que estaba más organizada internacionalmente (Jerbi, 303:2009). Por esta razón, actores no estatales empezaron a circular informes de abusos de las corporaciones contra los derechos humanos, especialmente en las industrias del calzado y extractivas (Ruggie, 820:2007). La mayor presión de la sociedad civil a nivel internacional impulsada por la actuación de las Organizaciones no Gubernamentales (ONG's) evidenció, a través de los medios de comunicación y las redes sociales, la falta de control de las TNC's y sus abusos.

Además, algunos países en desarrollo identificaron neamente esa necesidad de proteger a sus sociedades por lo que expresaron su voluntad de retomar las fallidas negociaciones para fijar normas a esas empresas (Whelan et. alt, 378:2009). Este nuevo escenario provocó que en 1998 el Secretario General de la ONU (SGNU), Kofi Annan, establezca un "Pacto Global" como "una iniciativa voluntaria donde se invitaba a participar a las empresas, la sociedad civil y demás actores involucrados para reforzar la promoción de los principios de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, normas laborales y protección del medio ambiente" (Ruggie, 820:2007, Jerbi, 304:2009).

Como consecuencia, desde el año 2000, se resucitaron las negociaciones para elaborar un instrumento internacional sobre las responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales (Ruggie 820:2007), pero con un giro importante que lo diferenciaba de los procesos de negociación anteriores: el instrumento solo se concentraría en los derechos humanos. Por esta razón, el marco institucional para llevar a cabo esta negociación fue la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los Derechos Humanos (Subcomisión), un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos (sustituido en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos), compuesto por 26 expertos independientes que tenían la tarea de conformar un

Grupo de Trabajo para redactar las normas que debían contener los estudios y recomendaciones para que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU los apruebe (Ruggie 820:2007, Jerbi 305:2009).

Tras un infructuoso trabajo presentado por la Subcomisión, en 2005 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas propuso al SGNU nombrar a un representante especial, “con el mandato de identificar y aclarar normas y políticas internacionales en relación con los negocios corporativos y los derechos humanos, así como elaborar conceptos clave incluyendo “complicidad corporativa” y “esferas de influencia” y presentar “las opiniones y recomendaciones de la Comisión” (Ruggie 821:2007).

Dentro de este contexto, a continuación, se analiza esta nueva serie de negociaciones que comenzó en 2000 y especialmente en la Sub-comisión de negociaciones y las actividades del representante especial del SGNU como mediador, abordando sus componentes para reconocer: los hechos más relevantes: las posiciones y los intereses de los diferentes actores; y el papel de la intervención de terceros en las negociaciones.

1. LA RELEVANCIA DEL TEMA A FIN DE QUE SEA PARTE DE LAS NEGOCIACIONES A NIVEL INTERNACIONAL

En el año 2000 se dio paso a una serie de negociaciones en las cuales fue muy activa la sociedad civil. Gracias a las acciones de las ONG y los medios de comunicación, se recogió y difundió una amplia evidencia de abusos de TNC en los países de acogida. Del mismo modo, el crecimiento exacerbado de TNC's en un mundo globalizado y su poder de influencia en el escenario internacional obligó a que estos actores requieran de más control¹⁰⁹.

109 El número de empresas transnacionales con sede en los países desarrollados aumentó desde por lo menos 7000 a finales de la década de 1960, a 24.000 en 1990 y a más de 70.000 al final de 2010. Además al menos 30.000 empresas transnacionales con sede en mercados emergentes necesitan ser añadidos. Estos más de 100.000 empresas transnacionales controlan más de un millón de filiales extranjeras a finales de 2010. Por otra parte, la IED es más intrusiva que el comercio, ya que las empresas transnacionales, en virtud de establecer filiales en el extranjero, participan directamente en el proceso de producción y el tejido social de sus países de acogida, aumentando (en comparación con el comercio) de esta manera no sólo el potencial para contribuir al desarrollo de sus países de acogida, sino también a crear un potencial conflicto (Sauvant 65:2015).

Como se observa, una cuestión que puede considerarse de bajo impacto político a nivel de negociación fue elevado a un rango superior en términos de su importancia a nivel de la ONU gracias a los “intereses y la participación de grupos domésticos”¹¹⁰ (Starkey, Boyer, Wilkenfield, 105:2010).

Sin embargo, aun cuando el tema cobró mayor importancia, las negociaciones permanecieron a nivel de diplomáticos, sin la intervención de altas esferas de gobierno.

Pese a que los países desarrollados tomaban en cuenta las preocupaciones que surgían en materia de derechos humanos, en esta nueva fase de negociaciones no fueron muy receptivos, especialmente después de las frustradas negociaciones que tomaron parte en la década de los 80's y 90's. Lo mismo puede decirse de las TNC's quienes continuaban manteniendo una posición de control en un “contexto neoliberal”, por lo que les convenía mantener el statu quo.

Algunos gobiernos de países desarrollados a fin de evitar que las negociaciones continuarán sostenían que “mejorar las normas sociales y ambientales conlleva costes para las empresas, lo que podía socavar el desarrollo empresarial y las estrategias de generación de empleo en muchos países en desarrollo” (Jerbi, 320:2012). Para comprender mejor esta posición de negociación de los países desarrollados y TNC's es necesario analizar su composición y cómo influyeron durante las negociaciones.

Actores

Paralelamente a la negociación para la elaboración de normas relativas a los derechos humanos y las TNC's, otros instrumentos internacionales eran negociados en otros foros, los cuales fueron presentados en las negociaciones de la ONU como un aporte a ser tomado en cuenta. De este modo, a nivel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cuyos miembros son básicamente los países desarrollados, un conjunto de directrices voluntarias sobre las empresas multinacionales se puso en vigor, especialmente en

110 Por ejemplo, los consumidores han demostrado que están dispuestos a prestar atención a las normas y prácticas utilizadas por una empresa que respeta los derechos humanos y pueden incluso boicotear los productos que son producidos en violación de las normas de derechos humanos (Weissbrodt et. Alt. 901:2003).

materia de trato nacional, incentivos y desincentivos de la inversión internacional, y, una sección de derechos humanos (Sauvant 34:2015). Estas directrices fueron acordadas en un plazo relativamente corto y gracias a la interacción que la mayor parte de los países desarrollados tuvieron durante su proceso de negociación permitió tener una posición negociadora común en el plano de los derechos humanos a nivel de la ONU (Sauvant, 43:2015).

Con esto, ellos fueron capaces de compartir una agenda común, y proporcionaron el marco para vincular los resultados de estas negociaciones a los relacionados con los derechos humanos y la elaboración de un instrumento para las TNC's (Sauvant, 37:2015).

Además, dentro de las directrices de la OCDE, los países desarrollados articularon un marco de protección adecuada a sus inversiones (Sauvant, 23:2015), la cual fue complementada con la firma de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's). De este modo, si se presentaba algún problema durante las negociaciones a nivel multilateral en el que vean amenazadas sus inversiones, estos países contaban con esos instrumentos como la mejor alternativa a un acuerdo negociado (BATNA, por sus siglas en inglés), lo cual les daba mayor margen de maniobra para abandonarlas.

Este modelo *monolítico* de los países desarrollados y las empresas multinacionales contrastaba con el modelo *heterogéneo* de los países en desarrollo¹¹¹.

Si bien algunos países en desarrollo buscaban contar con un instrumento vinculante para el control de las empresas transnacionales en sus territorios, otros, por su lado, preferían no entrometerse demasiado en contra de las TNC's para persuadirlas de atraer nuevas inversiones para sus países. Un tercer grupo de países en desarrollo emergentes, al haber cambiado su posición de ser anfitriones de TNC's a ser países de origen de esas empresas, conllevó a que su posición en la negociación se incline a proteger a esas nuevas empresas.

111 En negociación los diferentes actores pueden asumir posiciones monolíticas o heterogéneas. El modelo monolítico asume que todos los miembros en un equipo de negociación han logrado acordar una posición común antes de sentarse oficialmente a la mesa de negociación. Por otro lado, los actores heterogéneos son aquellos que pese a presumir de que se encuentran en un mismo equipo para una negociación no se han preparado previamente para asumir una posición común al momento de empezar las negociaciones (Starkey, Boyer, Wilkenfield 45-46:2010).

Por último, las ONG's y miembros de la sociedad civil, demostraron tener un modelo monolítico dentro de las negociaciones. Así, por ejemplo, durante la elaboración de las normas para las TNC's y los derechos humanos que fueron impulsadas por el Sub-grupo de trabajo de la Comisión, antes de sentarse a la mesa de negociación, organizaron seminarios internos en los que se elaboraron puntos de consenso a fin de tener una posición común de sus intereses (Weissbrodt et. alt 905:2003).

2. LOS RESULTADOS DE LA SUBCOMISIÓN DE 2003: EL MANDATO DEL GRUPO DE TRABAJO

Teniendo en cuenta las lecciones extraídas del proceso de negociación que tuvo lugar en los años 70's y 80's, en el año 2000 se decidió nombrar a un Sub-grupo de trabajo de la comisión de expertos como el principal actor para elaborar "normas sobre las responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos" con el fin de evitar la participación directa de los Estados en las negociaciones ya que estos habían demostrado ser más competitivos que cooperativos para llegar a un acuerdo. Adicionalmente, se estimó que la participación de la Sub-comisión, en su calidad de tercero, ayudaría a recopilar información de todos los interesados permitiéndole actuar como mediador en el plano multilateral.

Este proceso de negociaciones se caracterizó por un monólogo de los expertos que conformaron el grupo de trabajo cuya función era tener reuniones internas y coordinar las posiciones de los diferentes actores.

Durante esta fase solo se "organizó un seminario en marzo de 2001, en el cual participaron los miembros del grupo de trabajo; los representantes de organizaciones no gubernamentales interesadas en la responsabilidad corporativa, derechos humanos, desarrollo y medio ambiente; los representantes de empresas y sindicatos; y varios estudiosos" (Weissbrodt, 904:2003). Posteriormente, el Grupo de Trabajo redactó un documento revisado a la luz de los comentarios recibidos durante ese seminario.¹¹²

112 Los actores en la Conferencia sugirieron muchos cambios de formato sustantivo de las normas, tales como la adición de un preámbulo, radicalmente acortar el texto principal en sus disposiciones y añadir un comentario tras cada principio para tratar las cuestiones fundamentales de los derechos humanos. (Weissbrodt 904:2003).

Los cinco expertos elaboraron un proyecto que “constaba de 18 principios de derechos fundamentales con respecto a las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, incluidas las disposiciones relativas a su aplicación” (Weissbrodt, 905:2003). De acuerdo con las instrucciones de la Comisión de Derechos Humanos el proyecto fue difundido a todas las partes incluidos los Estados Miembros con el mandato de que el grupo de trabajo recoja todas sus sugerencias y observaciones. En el 2003, el producto final fue entregado y aprobado por la Sub-comisión: sin embargo, los interesados reaccionaron en forma totalmente divergente a sus resultados. Las ONG’s apoyaban el documento, mientras que las asociaciones empresariales lo criticaron duramente (Jerbi, 305:2009)¹¹³.

Una de las principales críticas fue que las normas, “no establecían el verdadero papel del Estado como el principal responsable de velar por los derechos humanos, sino que se trató de transferir este tema como responsabilidades corporativas de las empresas” (Jerbi, 2009). Otras cuestiones que causaron controversia fue la falta de definición de las llamadas “esferas de influencia” de las TNC’s y que no estaba claro si otro tipo de empresas y negocios iban a ser incluidos. A su vez no quedaba clara la situación jurídica y alcance de las normas” (Weissbrodt, 905:2003). En ese contexto y debido a la fuerte oposición de la industria y los sindicatos, y la falta de apoyo y de participación de los Estados miembros en su elaboración, la Comisión de Derechos Humanos decidió no aceptar la iniciativa (Jerbi, 306:2009).

3. LA FUNCIÓN DEL MEDIADOR

La presión a nivel doméstico y el alto interés de las ONG’s por conseguir un instrumento sobre transnacionales y derechos humanos, logró que, pese a los reveses del proceso de 2003, se busquen nuevas alternativas para llevar adelante estas negociaciones. En este contexto, el SGNU nombró a John Ruggie como su representante especial (RESG) con el mandato de incluir en las discusiones al más amplio grupo de actores interesados (Buhman, 90:2014).

113 Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales (ONG) apoyaron el proyecto de normas, y comenzaron a referirse a ellos como “las normas de la ONU”, mientras que la comunidad empresarial, representado por la Cámara de Comercio Internacional y la Organización internacional de trabajadores se opusieron firmemente (Ruggie 821:2007).

Contrariamente a lo que los expertos del Grupo de Trabajo hicieron en las negociaciones anteriores, durante el período 2005-2008 el Representante Especial se reunió con una serie de partes interesadas, incluidas las ONG's de derechos humanos, empresas, académicos y otros especialistas en derechos humanos, con quienes realizó más de 15 consultas y solicitó su activa participación (Buhman, 91:2014).

Como resultado, en 2008, el RESG presentó un marco normativo para que los Estados sean los protectores de los derechos humanos frente a violaciones proferidas por parte de las empresas; para que las empresas respeten los derechos humanos; y, para que tanto los Estados y las empresas respeten los remedios judiciales y no judiciales que amparen a las víctimas o presuntas víctimas de violaciones de los derechos humanos". Lo que es importante subrayar es que gracias a las estrategias que fueron adoptados por el proceso de negociación el RESG pasó de un enfoque de negociación posicional a un enfoque basado en intereses.

De las lecciones aprendidas de la anterior fase de negociación, el señor Ruggie encontró que uno de los principales temas de conflictivo fue la percepción de que la intención de las normas fue para desplazar las obligaciones internacionales de los derechos humanos de los Estados hacia las corporaciones.

Con un discurso donde se hacía alusión a la doctrina del derecho internacional, el RESG convenció a las TNC's de participar en la negociación indicando que las obligaciones internacionales atañen exclusivamente a los Estados y no a actores privados como las empresas y que el derecho internacional se ha desarrollado para brindar una mayor protección de los derechos de las empresas transnacionales (especialmente mediante el derecho mercantil internacional), lo que les permite convertirse en participantes importantes para el "establecimiento de normas internacionales" (Buhman ,96:2014).

Por consiguiente, habiendo establecido que las empresas se han beneficiado como principales actores en el sistema internacional, el RESG los animó a volver a sentarse como actor parte de la negociación en curso, ya que, de lo contrario, correrían el riesgo de quedar fuera. Con esta estrategia se dio a conocer uno de los principales intereses de TNC's, que era su deseo de tener un papel relevante en las negociaciones internacionales.

Por otro lado, el mediador reconoció el hecho de que las TNC's toman como base instrumentos multilaterales importantes tales como las directrices de la OCDE mismos que les sirven de soporte para elaborar sus propias normas internas de responsabilidad social, y que todos estos esfuerzos están en consonancia con la responsabilidad que tienen de respetar los derechos humanos.

Al mismo tiempo, el RESG se fijó en los propios intereses de las TNC's, recordándoles que cualquier violación de los derechos humanos que está bajo el escrutinio de la sociedad civil, puede jugar contra su reputación, afectando a sus intereses económicos (Buhman 97:2014).

En lo que respecta a los Estados, el RESG, tomando referencias de orden legal, les recordó que "así como otros actores demandan que los Estados cumplan con sus obligaciones, sea hace necesario que esa responsabilidad sea institucionalizada a fin de que las empresas también la compartan para velar por el respecto de los derechos humanos".

Con este argumento convenció a los Estados sobre la necesidad de contar con una amplia normativa sobre TNC's y derecho humanos, bajo el entendido de que si no se tiene al menos un conjunto de normas para establecer mecanismos para que las empresas asuman sus responsabilidades, al final del día los Estados serán el único actor para sobrellevar la carga de las violaciones de los derechos humanos debido a su mandato para protegerlos.

Por último, el RESG, convenció a las ONG's para desempeñar un papel protagónico que ponga en vigor un instrumento para abordar las acciones de las TNC's y los derechos humanos, reconociendo su interés principal, que es hacer que tanto las empresas como los Estados asuman su responsabilidad respecto a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Esta cuestión fue abordada precisamente en el tercer pilar del marco legal que fue presentado por el RESG.

El resultado del proceso de negociación, con el liderazgo y la mediación de la RESG, fue que en 2011 el Consejo de Recursos Humanos de la ONU aprobó por unanimidad las "Directrices sobre negocios y derechos humanos" que fueron elaborados en el marco de tres pilares, siendo la única vez en que un organismo de la ONU aprobaba un texto normativo sobre un tema que los Estados no negociaron directamente (Ruggie, 5:2014).

4. HACIA EL INSTRUMENTO VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Estas directrices fueron el preámbulo que sentó los principios para tratar el tema de transnacionales y derechos humanos: 1) la responsabilidad del Estado como principal protector de los derechos humanos; 2) la responsabilidad de las empresas de no violar los derechos humanos en sus actividades y; 3) el justo acceso a medios judiciales y no judiciales para que las víctimas de violaciones de derechos humanos sean reparadas.

No obstante, algunos temas de negociación quedaron pendientes: el real alcance jurídico de las directrices, el cual, al no ser vinculante, pierde mucha fuerza; el todavía existente control e influencia de las transnacionales quienes cuentan, en muchos casos, con TBI's, los cuales son utilizados como escudos para sus intereses; y, la falta de casos empíricos que demuestren que las víctimas de abusos tengan un acceso justo a sus reclamos. Por este motivo, se forjó la iniciativa, auspiciada por Ecuador, Sudáfrica y otros países, de definir reglas comunes y generales para las empresas transnacionales, especialmente para casos en que incurran en violaciones a los derechos humanos y que las mismas sean de carácter vinculante (Iñiguez, 2016).

Además, este nuevo hito dentro de las negociaciones busca precisamente “que se equilibre en alguna medida la protección legal con la que cuenta el sector corporativo a través de convenios de inversión o de comercio, frente a las pocas obligaciones que tienen, entre las cuales se ha soslayado tradicionalmente el cumplimiento de los derechos humanos” (Iñiguez, 2016). Si bien es cierto este proceso recién empieza, en las tres primeras sesiones que se han mantenido, las negociaciones han demostrado ser inclusivas y ganar fuerza política, además de que nuevos estados se han unido al proceso pese a su escepticismo al inicio de las mismas.

5. CONCLUSIONES

Luego del análisis de los procesos de negociación sobre normativas que rijan a empresas transnacionales y derechos humanos se pueden obtener algunas conclusiones que a su vez pueden ayudar para que el Ecuador las utilice como estrategias de negociación en esta nueva etapa donde se busca consolidar un instrumento que tenga el carácter de vinculante:

Los actores no estatales definitivamente tienen una influencia importante para establecer un alto grado de “la importancia de la cuestión” para llamar a las negociaciones a nivel internacional.

Como consecuencia de una mayor participación de las ONG’s y los medios de comunicación y sus denuncias contra transnacionales en cuestiones de derechos humanos lograron que una negociación que fue concluida infructuosamente en los 90’s vuelva a ser insertada en la agenda multilateral con un resultado que ha permitido tener directrices aprobadas en el Consejo de Recursos Humanos y que ha dado paso a que se debata sobre la importancia del carácter vinculante de las mismas.

Ecuador debe identificar y aliarse a aquellos actores que prueben las violaciones de derechos humanos de las transnacionales, además de los medios que las difundan y creen presión mediática. Esta estrategia mantendrá la relevancia de este asunto para las negociaciones multilaterales en marcha, especialmente para evidenciar que directrices únicamente voluntarias no son suficientes para solucionar el problema.

Cuando se enfrenta a una negociación entre múltiples interesados la mejor estrategia es incluir activamente a todos y cada uno de ellos en el proceso de negociación y fomentar su participación activa y el intercambio de información, de lo contrario será difícil develar los intereses detrás de sus posiciones.

Esta estrategia se puede aplicar mejor en un ambiente multilateral institucionalizado donde las normas y reglas de procedimiento ya están establecidos para facilitar el proceso. En este sentido, se alienta a que el Ecuador como Presidente del Grupo de Trabajo en esta nueva etapa de negociación mantenga las consultas, reuniones, eventos y talleres, en diferentes partes del mundo (Iñiguez, 2016).

No obstante, estas reuniones no se deben solo circunscribir a panelistas o el apoyo de académicos, mas también deben participar diferentes actores, como ONG’s, sociedad civil e incluso representantes de las propias transnacionales y empresas afectadas.

Además, deben participar activamente y poner en la mesa de negociación sus intereses, lo cual ayudará a buscar consensos. Como se observó, cuando solo participan los Estados, como en las negociaciones de los años 70’s y 80’s, el proceso puede fracasar. De igual forma si esto se deja solo en manos de expertos como en el caso de las negociaciones

del 2003, las presiones de actores externos que no participaron pueden frenar los resultados de las negociaciones. Las negociaciones del 2008-2011 donde hubo procesos más inclusivos al menos concluyeron con directrices aprobadas, por lo que ésta se puede considerar como la mejor estrategia a seguir dentro de las negociaciones de la "propuesta cero".

Es muy importante analizar la composición de actores (monolíticos o heterogéneos) durante la negociación lo que permite conocer si todos comparten posiciones comunes y por lo tanto se puede identificar si existe la posibilidad de formar coaliciones.

En el caso analizado, mientras que los países desarrollados y las transnacionales compartían una posición común, de conformidad con las directrices de la OCDE, los países en desarrollo y las ONG's tenían sus propios programas en el proceso de negociación.

Debido a este hecho, durante la fase de negociación de 2003 las ONG's perdieron la oportunidad de identificar a los Estados que compartían una opinión común a fin de poder conseguir una coalición que probablemente podría haber ayudado a tener una voz en la Comisión de RRHH y obtener apoyo para la aprobación de aquel proyecto de normas.

Dentro de estas negociaciones Ecuador debe saber identificar las ONG's interesadas y que apoyan la adopción de un instrumento vinculante y procurar generar espacios donde se pueda establecer una posición común en las negociaciones que den mayor fuerza a los argumentos.

Por otro lado, se podría identificar empresas o transnacionales cuya posición sea más moderada a fin de buscar su apoyo para que ellas influyan de mejor forma a sus gobiernos y sus pares.

La función de un tercero o mediador puede resultar importante para desentrañar el proceso de negociación, especialmente si tiene un conocimiento sobresaliente del tema en cuestión y demuestre buenas habilidades de comunicación.

En este caso, la acción de la representante especial del Secretario General de la ONU en las negociaciones del 2008-2011 fue crucial para desplegar y abordar los intereses de las partes que le permitieron cambiar de un enfoque competitivo a uno cooperativo lo que tuvo como resultado un consenso que permitió un acuerdo para la aprobación de directrices para TNC's y los derechos humanos. Si se percibe

que las actuales negociaciones no avanzan o son obstaculizadas por posiciones en vez de intereses, posiblemente el Ecuador pueda considerar la intervención de un tercero como mediador que permita vincular a todos los actores en búsqueda de consensos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Buhmann K. (2012), las empresas y los derechos humanos: el análisis discursivo de la articulación de los intereses de los actores relevantes para explicar la construcción basado en el Consenso de “proteger, respetar, remediar del marco de la ONU”. *Investigación en Derecho Internacional, Vol 1, N° 1.*

Jerbi S. (2009) Negocios y Derechos Humanos de la ONU: lo que va a suceder? *Trimestral: Derechos Humanos, Vol. 31, N° 2.*

Ruggie J.G (2007), Las empresas y los Derechos Humanos: La evolución de la agenda Internacional, *Sociedad Americana de Derecho Internacional, vol. 101, N° 4.*

Ruggie J.G (2014) La gobernanza global y la “nueva” teoría de gobernanza: Lecciones del mundo de los negocios y los Derechos Humanos. *Gobernanza Global: una revisión del multilateralismo y las organizaciones internacionales, Vol. 20, N° 1.*

Sauvant K.P (2015) La negociación del Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales la experiencia y las lecciones aprendidas. *Diario de Comercio e Inversiones Mundiales, n° 16.*

Starkey, B., A. A. Boyer, y J. Wilkenfield (2010): *La negociación internacional en un mundo complejo, 3ª edición.* Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.

Weissbrodt y Kruger D. M. (2003) Normas sobre las responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en materia de derechos. *El Diario Americano de Derecho Internacional, Vol 97, N° 4.*

Whelan G., Moon J. & Orlitzky M. (2009) Derechos Humanos, Corporaciones Transnacionales y Liberalismo: ¿Qué oportunidad hay para un consenso? *Diario de Etica en los Negocios, No. 87.*

Posorja, ¿Legitimidad sin Legalidad?: Vinculación con la Historia del Derecho Penal

Posorja, Legitimacy Without Legality? Linking with the History of Criminal Law

Felipe Andrés Rodríguez Moreno

Docente PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el 16 de abril de 2018 en Posorja, una parroquia rural de Guayaquil, ubicada entre el Morro y el cantón General Villamil (sí, exactamente ahí, donde usted no ha estado y se sentiría inseguro), tres personas detenidas por la Policía (fuerzas de seguridad del Estado) por robo, fueron acusadas, en el trajín del día a día del pueblo, de ser secuestradores de infantes, lo cuál provocó la ira colectiva, una enfermedad psicogénica masiva, tras la cual la población liberó su odio y desconfianza en el sistema, usurpando del reten policial a los detenidos, golpeándolos salvajemente en el cráneo y cuerpo e, inclusive, quemando un patrullero de Policía, para finalmente gritar esa vieja y enternecedora frase de los enclenques: “*El pueblo, unido, jamás será vencido*”¹¹⁴. Lo que no sabían es que estaban recreando siglos de historia de Derecho Penal, estaban rememorando la pasión por los suplicios. Entonces se podría asegurar que: ¿Fue legítimo y legal la institucionalización del Derecho en el Estado?.

PALABRAS CLAVE: legitimación, vindicta, justicia, sanción, legalidad.

ABSTRACT: on April 16, 2018 in Posorja, a rural parish of Guayaquil, located between el Morro and the canton General Villamil (yes, exactly where you have not been and would feel unsafe), tree people detained by the police (forces of State security) for robbery, were accused,

114 Frase que en la ignorancia que provoca el olvido de quienes la cantan desconocen que Jorge Eliécer Gaitán, el líder político colombiano, la pronunció por primera vez en un discurso en la década de 1940 y que luego se hizo famosa por convertirse en una canción protesta chilena, compuesta por Sergio Ortega Alvarado.

in the day-to-day activity of the town, of being kidnappers of infants, which provoked the collective anger, a massive psychogenic disease, after which the population released their hatred and mistrust in the system, usurping police detainees, striking them savagely in the skull and body, and even burning a police patrol car, to finally scream that old and touching sentence of the puny: "The people, united, will never be defeated." What they did not know was that they were recreating centuries of Criminal Law history, they were remembering the passion for torture. Then it could be assured that: Was the institutionalization of Law in the State legitimate and legal?.

KEY WORDS: legitimation, vindict, Justice, sanction, legality.

INTRODUCCIÓN

¿Si ya estaban detenidos, en manos de la Justicia, por qué tuvieron la necesidad de ejercer una vindicta privada? Seguramente porque tras varios años de abandono y pobreza, donde la palabra Justicia es de tal virtualidad que se ve tan lejana, el clamor popular los llamó a hacer lo necesario: administrar una Justicia olvidada, imperceptible, que hace tanto ya no transita por sus calles.

Pero ya no podrán decir que fue Fuente Ovejuna quien los asesinó, pues en la época de Lope de Vega no existían los *smartphones* y el ECU-911 y hoy, al estilo castigo ejemplificador, han sido capturados varios de los identificados en la simulación de un castigo Babilónico, al más puro estilo de Hammurabi o de unas ordalías nunca estudiadas.

¿Pero es justo que sancionemos a quienes administraron Justicia, a su modo, en un lugar que consideran que la Justicia no ha llegado, ni de visita? ¿Es ilegal, pero legítimo, reaccionar ante quienes atentan contra el sistema si el propio sistema está charlando con el poder, lejos del pueblo? Entonces es momento de preguntarnos, si no será lo mismo entonces, la orden del malhechor y la orden del Juez. Veamos, jurídicamente, si lo que sucedió en Posorja fue legítimo o si, por el contrario, careció de toda legitimidad.

Lectores, partamos de Beccaria: *"Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de su libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defien-*

dan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”¹¹⁵.

El ius puniendi es el principio rector que permite al Estado, como ente-
lequia jurídica, tener la atribución de sancionar, utilizando violencia
legitimada legislativa y democráticamente, para coaccionar a aquellos
individuos que amenazan a la estabilidad del Estado y, por lo mismo, a
la armonía comunitaria. Entonces, el derecho a castigar se manifiesta
normativamente con una rama del Derecho, conocida por todos, como
Derecho Penal. ¿Pero será que esta Justicia debe operar como Hitler
defendía?: “La Justicia no es un fin por sí sola. Su función es la de mante-
ner el orden social, sin el cual no puede haber ni civilización, ni progreso.
Todos los medios que se empleen para llegar a este fin, están justificados.
La Justicia no tiene que ser dura ni suave. Su única misión es adaptarse a
los fines para los cuales existe.” Pongámonos históricos y un tanto filo-
sóficos para enfrentar este problema.

En la Edad media, aquella época de oscurantismo donde los feudos re-
gían las almas y los reinos el porvenir de los pueblos, era el cuerpo del
procesado el blanco de la Justicia, la tortura y la masacre las herramien-
tas, por lo tanto, el castigo jugaba el rol ejemplificador social perfecto.

El suplicio es ese antecedente del Derecho Penal Ejecutivo que recor-
damos con mayor claridad. La horca, la guillotina, el patíbulo, el tor-
mento, el espectáculo público. Durante muchos años se lo utilizó con
un doble propósito: sancionar y prevenir.

Que no nos sorprenda que el reo haya sido arrastrado desnudo, mien-
tras era vilipendiado por sus vecinos, para subir al cadalso, ser que-
mado con azufre, vertido con plomo derretido para, por último, ser
desmembrado de sus cuatro extremidades halado por caballos¹¹⁶, y que
el pueblo en lugar de escandalizarse se hubiere divertido.

115 Ver, Beccaria, Cesare, (2006). *De los delitos y de las penas*, 3ra edición, Editoria Temis, S.A, Bogotá, p. 11.

116 Pièces originales et procédures du procès fait a Robert-François Damiens, Tomo III Francia, 1757. pp. 372 – 274.

1. SUPPLICIO COMO SISTEMA JUDICIAL Y POLÍTICO

Todo lo relativo al suplicio estaba secundado por la Iglesia Católica, quienes hasta muy entrado el Siglo XX demostraron ser los amos absolutos de la crueldad, la tortura, y los mayores centinelas de la muerte, provocando desde hace más de mil quinientos años cientos de holocaustos, mucho más atroces que aquel que hoy el marketing y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, nos recuerda.

El suplicio no era sólo un sistema judicial, sino un sistema político, porque en su ejecución se realizaba un ejercicio de poder, demostrando al pueblo, subliminalmente, el puño de acero que recaería sobre ellos al tener a un monarca todopoderoso. Era el modo de restituir la soberanía ultrajada por el delito.

El tormento requería de su principal personaje, no el procesado, sino el pueblo.¹¹⁷ Y para ser <<suplicio>> debía responder a tres criterios principales: 1) Producir una cantidad de sufrimiento que, si bien no es medible, pueda ser apreciado, comparado y jerarquizado; 2) Estar sometido a reglas, tales como calidad, intensidad, duración; y, 3) Es un arte de retener la vida en el dolor dividiéndola en “mil muertes”.

Con el tiempo, por considerarse poco eficaz el suplicio y por haberse demostrado que su nivel de crueldad hacía que los monarcas tambaleen en sus tronos, se lo reemplazó con procesos secretos, donde la incertidumbre del destino de los acusados reemplazó al efecto ejemplificador de la muerte pública.

En estos procesos aun se utilizaba la tortura para poder llegar a una verdad histórica o, en su defecto, a una verdad construida por quienes manejaban las tenazas del poder. Pero si la tortura aún seguía siendo una pena, ¿cómo podía empleársela como medio? Por eso Foucault pregunta “¿Cómo se puede hacer valer como castigo lo que debería ser un procedimiento de demostración?”; a partir del Siglo XVI se modifica el blanco del sistema de ejecución penal, el cual Mably muy bien lo resume con la siguiente frase: “Que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo”.¹¹⁸

117 Ver. Foucault, M. (2010). *Vigilar y Castiga, Nacimiento de la Prisión*, 2da edición, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, p. 69.

118 Ver. G. de Marby, *De la Législation, Ouvres Complètes*, Tomo IX, Francia, 1789. p. 325.

Llegado el momento, aparece la prisión como sistema idóneo de pena, teniendo inicialmente reglamentos que regulaban la actividad de los reos juveniles (los adultos aún no tenían "derecho" a ser privados de la libertad) para conseguir un sistema perfecto de orden, vigilancia y jerarquización¹¹⁹, haciendo de la privación de la libertad el mayor suplicio.

Los suplicios empiezan a desaparecer en los Códigos Penales modernos que se revelaban contra aquella tradicional forma de utilizar el poder punitivo. Aparece una nueva teoría de la ley y el delito, nueva justificación política del *ius puniendi*, abolición de viejas ordenanzas y atenuación de costumbres.¹²⁰ Todo esto se incorpora en los códigos modernos de Rusia de 1769¹²¹; de Prusia de 1780; de Pensilvania y Toscana de 1786; de Austria de 1788; y, de Francia de 1791, 1808 y 1810.¹²²

El transcurso de la historia del Derecho Penal Ejecutivo demostraría a los pocos civilizados que pensaban en pro de la eficacia algo que parecería ser que hoy en día muy pocos quieren entender: el Derecho Penal es un sistema represivo, no preventivo. Es una locura pensar que el Derecho Penal, con su norma, procedimiento y sanción, pueda efectivamente intimidar a la sociedad y prevenir de forma absoluta el cometimiento de nuevos delitos. Esto no lo digo yo, lo dicen tres mil quinientos años de historia de las civilizaciones urbanas. Tal efecto preventivo no es un mito, es una realidad de un efecto comprobado inexistente.

Aparecería BENTHAM para crear su famoso panóptico, estructura arquitectónica que se utiliza en todo el mundo, incluso en el Ecuador. Con esta estructura se logró conseguir un sistema de vigilancia, castigo

119 Ver. Faucher, *De la réforme des prisons*, 1838, pp. 274-282.

120 Ver. Foucault, M. (2010). *Vigilar y Castiga. Nacimiento de la Prisión*, 2da edición, op. cit. p. 16.

121 Sin embargo los zares y hombres como Stalin harían lo mismo que en Roma: su comportamiento sanguinario no coincidiría con la civilización de sus normas. En 1936 Stalin publicitaría su nueva Constitución, la cual es probablemente una de las más garantistas que se hubieren visto, sin embargo, ésta únicamente estaba realizada para ojos extranjeros y fines meramente publicitarios. Cuando Andréi Vishinski era Fiscal General, existían la prerrogativa de que la confesión mediante tortura era la reina de las pruebas judiciales.

122 Ver. Foucault, M. (2010). *Vigilar y Castiga. Nacimiento de la Prisión*, 2da edición, op. cit. p. 16.

y poder absoluto sobre los presos, demostrando que la arquitectura de una prisión representa el elemento más importante en un sistema penitenciario. El efecto psicológico de la arquitectura de un panóptico refleja el objetivo ejecutivo penal de los gobiernos, pudiendo ser éstos (conjunta o indistintamente): a) excluir; b) separar; c) observar; d) aprender; e) reprimir; f) reclutar; g) extinguir; h) rehabilitar; o, i) reinsertar.

El derecho a castigar y las leyes que lo regulan surgen en palabras de BECCARIA- porque: *Las leyes son las condiciones bajo las cuales los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas.*¹²³

2. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO

En el proceso de civilización moderno y aproximación a principios rectores que establecen los márgenes del Derecho, la sociedad se comportó contraria a tanto “progreso”. ¿Qué mejor ejemplo que la Segunda Guerra Mundial¹²⁴? Y no me refiero a los hechos sucedidos y supuestamente sucedidos en la guerra, sino en el lugar que ocupó el Derecho en esta fase de nuestra historia.

En la postguerra, una vez que los países que conformaban el Eje se rindieron, se iniciaron miles de procesos y ejecuciones sumarias contra los “colaboradores” del Eje.¹²⁵ La época inmediata a la postguerra estuvo abarrotada de venganzas y discriminaciones contra los alemanes que el marketing del holocausto por pura conveniencia comercial ha decidido

123 Ver, Beccaria, Cesare, *De los Delitos y las Penas*, 3ra Edición, op. cit. p. 10.

124 Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial se instauraron los famosos Juicios de Núremberg, donde, de hecho, se juzgó a Karl Dönitz, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hans Fritzsche, Walther Funk, Hermann Göring, Rudolf Hess, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Constantin von Neurath, Franz von Papen, Joachim von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Hjalmar Schacht, Baldur von Schirach, Albert Speer y Julius Streicher.

125 Ver, Judt, T. (2011). *Postguerra, Una Historia de Europa Desde 1945*, Editorial Taurus, México, pp. 75 – 81.

omitir. Es decir, el mundo se continuaba dividiendo entre ciudadanos y enemigos, al menos hasta conseguir derribar un famoso muro.

¿Entonces? Pues debemos pasar a entender la legitimidad del Derecho, es decir, verificar cuál es la diferencia entre la orden de un Juez y la de un vil malhechor, esto con el fin de hablar, con probidad y conocimiento, de la <<legitimidad>>.

Partiendo de la postura de Kelsen, podemos entender el sentido que el Derecho le da a la conducta humana, puesto que, fíjense bien, matar a alguien es un fenómeno externo constatable, pero su sentido puede ser legal o ilegal, pues en una ocasión concreta puede llamarse *asesinato* y en otra *pena de muerte* y, como se ve, lo uno y lo otro si bien son un fenómeno biológico exacto, socialmente significan algo diametralmente opuesto.

Los detractores del Derecho Positivo son quienes se escudan en que, la orden de matar del maleante es exactamente igual a la orden del Estado que a través de sus jueces dispone matar (ejemplo para los países que admiten la pena de muerte).

En resumidas cuentas, ¿si el Derecho es sólo fuerza, en qué se diferencia una norma jurídica de la orden de un ladrón?²⁶ ¿Cómo puede distinguirse la poco amable carta del SRI, reclamando el pago de un impuesto con la amenaza de multas e intereses y hasta de ejercer el poder coactivo secuestrando bienes y reteniendo cuentas bancarias, de la orden de un bandido, que nos exige <<la bolsa o la vida>>? ¿Qué diferencia existe entre la pena privativa de libertad, en la que te encierran en una celda y, un secuestro extorsivo? Finalmente, ¿cómo distinguir la pena de muerte legalmente ejecutada, de un vulgar homicidio o asesinato?

Si nos fijamos en los ejemplos dados a modo de preguntas, los casos son fácticamente iguales (o pueden serlo). La orden que me da una norma de cumplimiento es, fácticamente, igual de intimidante que la orden que me da un ladrón; el efecto de recibir una comunicación de la Hacienda Pública es igual de intimidante que la orden de un bandido de entregar <<la bolsa o la vida>>, puesto que, si congelan todas mis cuentas y me prohíben enajenar todos mis bienes, me habrán dejado <<en la calle>>, arruinado mi proyecto de vida y, nos preguntamos

126 Ver, Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 9na edición, op. cit., p. 18.

¿aunque el Estado no tenga razón, cuánto cuesta siquiera intentar ganarlo por vía judicial? Por eso, la mayoría prefiere entregar al fisco la bolsa, antes que la vida.

Cuando estoy tras las rejas, sentenciado, cumpliendo prisión preventiva o incluso por apremio personal por no haber pagado una pensión alimenticia, estoy privado de la libertad ¿o no? Exactamente igual que cuando estoy atado de manos y pies, en un cuarto sucio, en medio de la selva, custodiado por guerrilleros, esperando a que alguien pague mi rescate o que al menos resulte lo suficiente importante para la prensa para que no se olviden de mí.

Finalmente, en cuanto a la pena de muerte (ya ejecutada) y el asesinato, el acto de fuerza, el verbo, es idéntico, es matar a una persona y, científicamente, se puede constatar que en ambos casos una persona ejecutó a otra, pues una sigue viva (el verdugo) y la otra sufrió un paro cardiorrespiratorio.

3. EL ARGUMENTO DE LA JUSTICIA Y EL ARGUMENTO DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

¿Entonces dónde está la diferencia? La respuesta, la adelanto, es: en la legitimidad + legalidad del acto. Así, existen dos caminos para responder a los que apoyan los que sucedió en Posorja: el argumento de la Justicia y el argumento de la institucionalización.

El argumento de la Justicia es el más sencillo y atractivo: lo que diferencia a la fuerza ilegítima de la fuerza legítima, esto es, a la orden del malhechor de la del Derecho, es que la segunda es la única que está al servicio de la Justicia. Pero este argumento aún no tiene la solidez necesaria, pues bastaría con replicarlo con la interrogante de San Agustín: "*¿Qué son los reinos sino grandes piraterías? Y las mismas piraterías, ¿Qué son sino pequeños reinos?*"¹²⁷

Intentémoslo ahora con el argumento de la institucionalización: una de las características principales del Derecho es que se hallan institucionalizadas, lo que significa, que en todo sistema, junto a las normas que imponen obligaciones o que confieren derechos a los ciudadanos (normas primarias), existe un conjunto complejo de normas secunda-

127 Ver. Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teoría del Derecho*, 9na edición, op. cit., p. 18.

rias que desempeñan las siguientes funciones: proporcionar criterios para poder identificar las normas primarias pertenecientes al sistema; designar y organizar a los sujetos competentes para producir normas; instituir órganos encargados de aplicar esas normas a situaciones concretas; diseñar procedimientos para que las normas sean efectivas, incluso mediante la fuerza; etc.¹²⁸

Cabe decir, entonces, que un sistema jurídico es un sistema en el que, además de normas, hay instituciones como el legislativo, judicial, policial, etc., esto es, un entramado del que carece la banda de malhechores¹²⁹. Se ve, en este sentido, que en la consecuencia fáctica del Derecho existieron reglas claras, previas previsibles y, por ende, procedimientos específicos que generen que el efecto X tenga por causa Y.

Así, por ejemplo, si sabemos que al violar a una persona deberemos cumplir una pena privativa de libertad y, pese a eso violamos, no seremos sin embargo encarcelados ipso facto, sino que también sabremos por anticipado que, ejerciendo el Derecho a la defensa, en un proceso penal cuyas etapas previamente estaban previstas en la norma, solo en caso de ser hallados culpables conforme a las reglas probatorias establecidas y únicamente si nuestro Juez natural y competente así lo determina, podremos ser efectivamente privados de la libertad; privación de libertad que además tiene sus propias reglas administrativas, en cuanto a tiempos, condiciones, lugares, beneficios, derechos y obligaciones, también previamente establecidas. Me pregunto: ¿sucederá institucionalmente lo mismo cuando un guerrillero asentado en la Amazonía decide que yo seré un blanco ideal por cuanto conoce que mi familia puede pagar un cuantioso rescate? ¿Cuáles son las reglas previamente establecidas en la decisión y procedimiento que tome el secuestrador? Ninguna, pues su actividad carece en absoluto de institucionalidad.

Ahondando más en la relación con las sanciones y el uso de la fuerza, la institucionalización supone que la fuerza no se aplica de forma espontánea, irregular e indiscriminada, sino que aparecen tasados los casos o situaciones en que procede hacer uso de la fuerza, así como la cantidad y calidad de la fuerza que procede aplicar; además, se determina, de forma expresa, quién debe aplicarla y a través de qué procedimientos puede ordenar y ejecutar el empleo de la fuerza. Con ello, como dice Bobbio, se promueve la certeza, la proporcionalidad y la im-

128 Ver, Prieto Sanchis, L. *Apuntes de teoría del Derecho*, 9na edición, op. cit., p. 19.

129 Ver, Prieto Sanchis, L. *Apuntes de teoría del Derecho*, 9na edición, op. cit., p. 19.

parcialidad: sabemos cuándo se aplicará la fuerza, en qué medida y por quién¹³⁰. ¿Queda clara, entonces, la diferencia entre esa orden de pago de la Hacienda Pública y la orden de pago del ladronzuelo de esquina?

En este sentido, también KELSEN concluye aquello: *“En el supuesto de que una organización secreta, con la intención de librar de elementos subversivos a la patria, condenará a uno por traidor y la que tuviera subjetivamente por una condena a muerte fuera ejecutada por un hombre de confianza, se estaría objetivamente _ o sea en el marco del sistema de derecho objetivo _ ante un asesinato y no ante una ejecución de pena capital; y esto es así aunque el hecho puramente externo en que consiste un asesinato no pueda diferenciarse en absoluto de una ejecución de la pena de muerte.”*¹³¹ Y continúa Kelsen: *“Que un hecho sea la ejecución de una pena capital, y no un asesinato, no es una cualidad perceptible a través de los sentidos sino que es el resultado de un proceso intelectual, que deriva de la confrontación del evento acaecido con el código penal y la ley de enjuiciamiento criminal [...]”*¹³²

4. CONCLUSIONES

Lo de Posorja no es más que un regreso al pasado, donde la institucionalización del Derecho era un ejercicio de entretenimiento en un Estado transpersonalista, donde el ser humano estaba al servicio del Estado y no el Estado al servicio del ser humano. Por ello no fue legítimo, mucho menos legal. Posorja es el ejemplo de la putrefacción de un sistema de Justicia y de cómo éste arrastra con su lodazal a los de siempre, a los más pobres, los que deben cometer delitos para reprimirlos, porque quienes deben reprimirlos, con legalidad y legitimidad, ven hacia otro lado, pues la pobreza es fea e incómoda para el poder.

130 Ver. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 9na edición, op. cit., p. 20.

131 Ver, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 43.

132 Ver. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 44.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. 3ra edición. Editorial Temis. S.A. Bogotá.

De Mably, G. (1789). *De la Législation, Ouvres Complètes*, Tomo IX, Francia.

Foucault, M. (2010). *Nacimiento de la Prisión. Vigilar y Castigar*. 2da edición, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Faucher, (1838). *De la réforme des prisons*.

De Mably, G. (1789). *De la Législation, Ouvres Complètes*, Tomo IX, Francia.

Judt, T. (2011). *Postguerra, Una Historia de Europa Desde 1945*, Editorial Taurus, México.

Kelsen, H. (1934). *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Teoría Pura del Derecho.

Prieto Sanchís, L. (2015). *Apuntes de teoría del Derecho*. 9na edición, Editorial Trotta.

Límites al Derecho de Autor: La Regla de los Tres Pasos en la Legislación Ecuatoriana

Limits to copyright: the rule of the tree steps in the Ecuadorian law

Abg. Geovanna Carolina Puente Alarcón

Investigadora Jurídica. Puente & Asociados Cia. Ltda.

Artículo Original (Investigación)

Ruptura, No. 1, 2018

RESUMEN: el presente trabajo consiste en un análisis de la regla de los tres pasos, desde su creación y adopción en el Convenio de Berna, para comprender la aplicación acumulada de sus pasos a la hora de crear límites y valorar el uso de obras a la luz de jurisprudencia internacional. Este artículo hace un breve análisis de los límites contemplados en la legislación ecuatoriana que vulneran esta regla, así como la injustificada inclusión del uso justo como criterio de valoración. La regla de los tres pasos, antes de ser una herramienta armonizadora, establece criterios básicos en la creación e interpretación de límites al derecho de autor.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual, derechos de autor, límites y excepciones al derecho de autor, regla de los tres pasos, valoración.

ABSTRACT: this paper analyzes of the three steps rule, from its creation and inclusion in the Berne Convention, to understand the cumulative application of its steps when creating limits and valuating the use of works in the light of international jurisprudence. This article makes a brief analysis of the limits contemplated in the Ecuadorian legislation that would be in opposition to this rule and the unjustified inclusion of fair use as an evaluation criterion. The rule of the three steps before being a harmonizing tool establishes basic criteria in the creation and interpretation of limits to copyright.

KEY WORDS: intellectual property, copyright, limits and exceptions to copyright, three steps rule, assessment.

INTRODUCCIÓN

Para hablar de derecho de autor, es indispensable remontarnos al pasado para conocer su origen y saber por qué ha sido y sigue siendo tan cuestionado. La expresión más remota, clara y sencilla para identificar el derecho de autor, es a partir del derecho de paternidad, ya que con este se crea un vínculo entre el autor y la obra, es decir, se genera una relación exclusiva frente a terceros, en la que el autor marca su creación, ya sea con su nombre, iniciales o cualquier signo que le permita identificarse como creador de la obra¹³³ en una relación exclusiva da origen a sus derechos morales y patrimoniales. Por su parte, el Estatuto de la Reina Ana (1710) que constituye el primer antecedente normativo en la materia (aplicable exclusivamente a los libros), reconoció el derecho del autor de conceder licencias para imprimir sus libros rompiendo así el monopolio que tenían los impresores en aquella época.

Podría pensarse entonces, que la parte fuerte del derecho de autor son los derechos patrimoniales, y que su ejercicio detiene o dificulta el proceso creativo y la difusión del conocimiento. Una afirmación que rechazo, ya que el autor ha invertido su tiempo y esfuerzo en la creación de su obra, y por tanto, debería ser el único facultado a controlar y permitir la difusión de esta, salvo contadas excepciones, que precisamente garantizan el acceso al conocimiento y limitan el aspecto económico del derecho de autor.

El presente artículo analizará brevemente los límites al derecho de autor previstos en la legislación ecuatoriana en aplicación de la regla de los tres pasos, como una herramienta que protege a los titulares de derechos para que no se vean afectados por usos injustificados.

La regla de los tres pasos comprende: 1) todo límite al derecho de autor debe aplicarse en determinados casos especiales; 2) el límite no puede atentar a la normal explotación de la obra; 3) el límite no puede causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Por lo tanto, este artículo pretende servir como un breve análisis de la regla de los tres pasos y su incorporación, un tanto fallida, a la legislación ecuatoriana.

133 Es importante puntualizar que, según la época histórica, la marca de autoría de una obra podía no identificar a su creador como la persona individual quien concebía y ejecutaba su obra, sino más bien a quien ordenaba y pagada por ésta, el tutor y maestro del autor, la escuela artística, u otros involucrados en el proceso creativo.

1. ORIGEN DE LOS LIMITES AL DERECHO DE AUTOR

Los derechos de autor se formalizan y consolidan internacionalmente a partir de la adopción del Convenio de Berna en 1886, el cual determina las obras que son susceptibles de protección, así como los derechos de los autores de las mismas.

Resulta interesante que desde que se concede un derecho exclusivo a los autores también se prevén posibles excepciones y usos autorizados de sus obras, pero no se define cuáles, sino más bien, se deja la puerta abierta para que las legislaciones de los Estados miembros desarrollen los límites al derecho de autor, siempre y cuando comprendan *“determinados casos especiales, con tal que ese uso no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*¹³⁴.

Por lo expuesto, los límites y excepciones al derecho de autor no están homologados, y cada Estado ha desarrollado su propia normativa, la cual en ciertas ocasiones, establece un uso libre para difundir el conocimiento¹³⁵, usos dentro de un ámbito controlado y privado¹³⁶, para propagar la cultura¹³⁷, e incluso para facilitar el acceso de personas con discapacidad¹³⁸.

Cabe señalar que, con el paso del tiempo, la regla de los tres pasos se ha hecho extensiva a la limitación de otros derechos patrimoniales y obras, siendo incorporada en el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio ADPIC (1994), en el Tratado OMPI sobre el derecho de autor TODA (1996) y, en el Tratado OMPI sobre interpretaciones o ejecutantes y fonogramas TOIEF (1996).

134 Estas condiciones constituyen la regla de los tres pasos. El artículo 9 del Convenio de Berna que se refiere al derecho de reproducción de obras artísticas y literarias faculta a los estados a crear posibles excepciones a este derecho.

135 Usos que se permiten a nivel académico como la reproducción de textos literarios, o prestamos bibliotecarios.

136 Reproducción de obras siempre y cuando se trate de una copia para uso privado. Este derecho incluso prevé que, por la potencial afectación al derecho de autor, quien no puede controlar la reproducción de sus obras, se recaude un valor en razón de compensación.

137 La ejecución y comunicación pública de obras en el marco de una presentación estudiantil o de beneficencia.

138 Adaptación de obras a formatos accesibles para uso exclusivo de personas con discapacidad.

Ahora bien, pese a que parecería que la regla de los tres pasos es una herramienta durante la creación de límites, también se la utiliza al momento de catalogar si el uso de una obra está dentro de este, o en su defecto, atenta contra el derecho de autor. Actualmente, con el desarrollo de la tecnología y la conectividad, han aparecido nuevas modalidades de explotación que no estaban previstas en la ley, pero que con la regla de los tres pasos los jueces pueden calificar como infractoras del derecho de autor.

Por mencionar un ejemplo: si la copia privada comprende la reproducción de una obra para fines personales, una persona podría alegar que al escanear un libro y subir el archivo a su cuenta personal se mantiene en el ámbito privado. Pero, ¿qué pasa si a su cuenta se accede desde diferentes dispositivos electrónicos a la vez? Precisamente, ese uso no estaría dentro del límite de copia privada, ya que el alcance dejaría de ser personal, salvo que todos estos usuarios tengan una clave de acceso personal y estén reservados para ella. Siendo extremistas, en el mismo supuesto: ¿qué pasaría si los dispositivos que contienen el libro escaneado son de acceso de sus clientes en una cafetería?. Pues bien, en este caso la afectación al autor sería evidente e innegable ya que se estaría efectuando un acto de comunicación al público sin contar con la necesaria autorización del titular de derecho, de modo que el juzgador podría aplicar la regla de los tres pasos para valorar el límite y condenar el uso no autorizado.

Cuando hablamos de la aplicación de la regla de los tres pasos posterior a la creación del límite, nos enfrentamos a sentencias de carácter proteccionista a los derechos de autor como la emitida el 16 de marzo de 2018, por la Corte de Apelación de Versalles en el caso N° 15/06029 (Alix Malka vs. Peter Klasen) mediante la cual, se declara la existencia de infracción a los derechos de autor respecto a la inclusión de varias fotografías en una serie de pinturas sin autorización del fotógrafo y, por lo tanto, autor de dichas obras. El pintor Klasen, en calidad de demandado, alegó que se encontraba dentro del límite de parodia y que el uso no implicaba una confusión con el fotógrafo Malkas.

La Corte de Apelación de Versalles determinó que la ley francesa en su artículo 122-5 establece el límite restringido para la parodia, y que tampoco se trata de una transformación suficiente para considerarse una obra nueva. De hecho, al valorar el justo equilibrio entre el derecho de autor del fotógrafo y la libertad artística del pintor Klasen, se consideró que el pintor usó las fotografías de manera deliberada, sabiendo

que pertenecía a otro, y que además, estas no eran indispensables para transmitir su mensaje artístico ni un contenido particularmente importante que contribuya a un debate de interés general, concluyendo que el aspecto humorístico y crítico de la parodia no debe implicar un esfuerzo significativo para entender el uso e inclusión de la fotografía ajena.

Otra línea más flexible en la valoración de los límites del derecho de autor la vienen marcando las sentencias de Estados Unidos de América, que siendo un país de tradición jurisprudencial y que utiliza el *fair use*, choca en cierta medida con las sentencias de tradición continental, que como ya vimos es más restrictiva, toda vez que el sistema de tradicional de derecho de autor, o continental, se basa en la protección de los titulares originarios de derechos, esto es, los autores, mientras que el sistema de copyright tiene una orientación más tendente al desarrollo del comercio y facilitar la explotación de contenidos.

El *fair use* se centra en el caso dado y la real afectación al derecho de autor para modular los límites, esta figura está contemplada en la sección 107 del *Copyright Act* de Estados Unidos y exige el análisis de: 1) la finalidad de la utilización de la obra; 2) la naturaleza de la obra utilizada; 3) la cantidad y sustantividad utilizada; 4) el efecto de dicha utilización en el mercado potencial de la obra utilizada o en el valor de la obra.

El 14 de noviembre de 2013, la Corte del Distrito de Nueva York emitió su pronunciamiento en el caso seguido por la Asociación de Editores Americanos y el Gremio de Autores, quienes alegaban que el gigante tecnológico *Google* había escaneado (reproducido) y comunicado públicamente (en línea) el contenido de sus libros sin autorización alguna al desarrollar su plataforma *GoogleBooks*. En su defensa, *Google* alegaba que el uso era necesario al crear un buscador de libros, con el cual se da acceso a un fragmento de la obra, sin afectar el derecho de autor, y que lo hacía para difundir el conocimiento. Al respecto, y en aplicación del *fair use*, la Corte declaró que no existía infracción a los derechos de autor de los titulares, toda vez que la calidad y cantidad de la obra que se pone a disposición de los usuarios es insignificante y no afecta al valor de la obra en sí, sino que, más bien permite dar más visibilidad a los autores y rescata obras que, de no ser utilizadas, podían haberse perdido en el tiempo¹³⁹.

139 Varios autores, Revista Latinoamericana de Comunicación N.º 133, *El caso Google Books: ¿usos justos y/o privilegios de copia?* diciembre 2016 - marzo 2017 (Sección Monográfico, p. 113-128).

Este mismo caso, años atrás (2009) en Francia, tuvo otro resultado, ya que se declaró que Google Inc había infringido los derechos de autor, y se le ordenó pagar en concepto de indemnización 300.000 € a las tres editoras que demandaron al pago de costas procesales y gastos de las actoras, además de difundir públicamente la sentencia, so pena de una sanción económica diaria por seguir infringiendo el derecho de autor. Un fallo jurisprudencial que fue logrado al verificarse que en la ley francesa los límites son tasados y no cabe la aplicación de la doctrina del *fair use*.

Con los ejemplos dados, vemos cómo un mismo caso puede tener un desenlace distinto si aplicamos la regla de los tres pasos o el *fair use*, en el control posterior de uso de obras.

2. LA REGLA DE LOS TRES PASOS

La regla de los tres pasos, por cómo ha sido concebida (para su aplicación en la formación de límites, así como en la valoración del uso de obras), se ha convertido en una herramienta orientadora mas no armonizadora de la propiedad intelectual. Por lo tanto, resulta necesario analizar si sus “pasos” deben considerarse cumulativamente, en orden estricto y tasado, o bien será el juez quien vuelva a aplicar la regla en cada caso para modular el alcance del límite.

Para comprender la regla de los tres pasos, habrá que revisar las actas de los trabajos preparativos de la Conferencia de Estocolmo (1967. El texto logrado en ellas, se incorporó en el Convenio de Berna), en las cuales se aprecia que los Estados buscaban una forma de limitar el derecho de reproducción tomando en cuenta que cada Estado ya había desarrollado sus propios límites y necesitaban una fórmula que cobije a las excepciones existentes, pero que impida el desarrollo de nuevos límites contradictorios. En estas reuniones preparatorias, participaron estados de tradición continental como jurisprudencial, por tanto, sabían de los posibles problemas que una regla cerrada podría representar. Por todo lo anterior, queda evidenciado que el parecido entre la regla de los tres pasos y el *fair use* no es casualidad.

La discusión fue ardua, incluso, al tratar el límite que permite la cita de obras literarias, ya que había quienes apelaban por incluir la condición del uso honrado al estar enmarcado en el ámbito académico, otros el uso justo en función de los destinatarios y la finalidad de uso,

y, a partir de estas valoraciones, se creó la regla de los tres pasos en los términos que hoy consta en el Convenio de Berna¹⁴⁰.

Cuando se evaluaba qué comprende un “perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, había quienes proponían que, en función del uso, se debía pagar una compensación económica al autor por lo que dejaba de percibir, mientras que, otros evaluaban que si la finalidad perseguida constituía una competencia económica directa para la obra entonces se debía reconocer la compensación, ya que se estaba afectando a la “normal explotación de la obra”¹⁴¹.

Por lo expuesto, resultaría desatinado decir que la concepción actual de la regla de los tres pasos coincide plenamente a la del año 1967, más aún cuando estamos frente a nuevas modalidades de explotación de las obras y con el avance de la tecnología seguramente vendrán otras. Por ello, lo mejor será referirnos a los pronunciamientos que se han dado respecto a cada paso.

2.1. PASO UNO: Los límites se aplican a casos especiales

Para los países que aplican la doctrina del *fair use*, los límites previstos en su legislación son meramente orientativos, a tal punto que cada caso irá modulando y afinando dicho límite, la *Copy Right Act* de Estados Unidos de Norteamérica hace precisamente esta puntualización:

140 “el concepto del uso honrado está íntimamente ligado con la teoría del *fair use*, teoría de construcción eminentemente anglosajona y propia del *common law*. Sin embargo, en estricto sentido, ambos conceptos apuntan a determinar si una cita en particular es hecha sin atentar contra la explotación normal de la obra y no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Es decir, que de manera general con la cita no se viole la regla de los tres pasos (*three steps rule*). RIOS, W., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*, Editorial TEMIS, 1 Edición, Colombia, 2009.

141 “cuando los intereses de terceros justifiquen la introducción de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos, la Regla de los Tres Pasos no debería excluir el pago de compensaciones (...). La compensación es intrínsecamente adecuada en tanto suponga suficiente incentivo para la continua creación y diseminación de obras”. Xalabarde, R., *Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor*, 2008, p. 4. Disponible en: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf

107. Limitaciones a los derechos exclusivos: uso justo

No obstante lo dispuesto en los artículos 106 y 106A, el uso razonable de un trabajo protegido por derechos de autor, incluido dicho uso mediante la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para fines tales como críticas, comentarios, informes de noticias, enseñanza (incluido copias múltiples para uso en el aula), becas o investigación, no es una infracción de los derechos de autor. Para determinar si el uso que se hace de un trabajo en un caso particular¹⁴² es un uso justo, los factores a considerar deben incluir:

(1) el propósito y el carácter del uso, incluso si dicho uso es de naturaleza comercial o con fines educativos sin fines de lucro;

(2) la naturaleza de la obra con derechos de autor;

(3) la cantidad y la sustancialidad de la parte utilizada en relación con el trabajo protegido por derechos de autor en su conjunto; y

(4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida por derechos de autor.

*El hecho de que una obra no esté publicada, no impedirá en sí mismo un hallazgo de uso justo si dicho hallazgo se realiza considerando todos los factores anteriores.*¹⁴³

Puesto que en los países continentales los límites son un *numerus clausus*, con motivo de la reforma del *Copy Right Act*, denominada *fairness in Music Licensing Act*, la Unión Europea pidió a la Organización Mundial del Comercio OMC que se pronuncie respecto a si dicha reforma cumplía la regla de los tres pasos que establece el artículo 13 del ADPIC.

La propuesta de reforma permitía la comunicación pública de fonogramas sin pedir autorización ni obtener la licencia respectiva para ciertos establecimientos y en caso de usar equipos no profesionales.

142 Es decir, no se establecen casos específicos cerrados, sino más bien se deberá evaluar las características del uso para determinar si existe o no infracción al derecho de propiedad intelectual.

143 Traducción propia del idioma inglés.

El Grupo Especial de la OMC hizo una precisión inicial al indicar que este paso comprende dos requisitos: que las excepciones a más de ser **determinadas** debían corresponder a casos **especiales**, términos que variaban en otros tratados internacionales y que debían acordar su interpretación:

Por un lado, en lo que atañe a **determinados** casos, es indispensable que el legislador establezca supuestos de hecho individualizados, lo cual no significa que deba ser exhaustivo en los usos permitidos, pero al menos, que cubra un abanico general que oriente al juzgador en su aplicación. Como indica Xalabarder, esto no implica que queden expresamente identificados todas y cada una de las posibles situaciones en las que el límite pueda aplicarse¹⁴⁴.

Por su parte, la calidad de **casos especiales** estará dada por el objeto y finalidad del uso de la obra, respetando siempre el espíritu del límite, que como dijimos en un inicio, puede ser académico, o de inclusión a personas con discapacidad, entre otros, siempre dependiendo de cuál fue su motivación para incluirlo en la legislación.

2.2. SEGUNDO PASO: Que no atente a la normal explotación de la obra

El Comité de la OMC, al desarrollar el segundo paso, parte del hecho de que, según el tipo de uso de obra, este puede ser considerado prohibido absolutamente por ser contrario a la normal explotación, o, en su defecto, ser matizado según el caso y verificar que no se perjudique los intereses del autor. De allí que, por mantener un orden lógico, se analiza primero el aspecto económico de la normal explotación de la obra.

“Un ejemplo práctico podría ser fotocopiar con diferentes finalidades. Si consiste en una reproducción de un gran número de copias, no estaría permitido, dado que iría contra la normal explotación de la obra. Si implica un número bastante grande de copias para uso en empresas industriales, puede que no cause un perjuicio irrazonable a los intereses del actor, si, de acuerdo a la legislación nacional, se paga una remune-

144 Xalabarder, R., *Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet*, Revista de Propiedad Intelectual. Núm. 29, p. 97, 2008. Disponible en: http://in3.uoc.edu/opencms_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTER-DRET/Xalabarder_2008_LosLímitesalDerechosdePropiedad.pdf

*ración equitativa. Si se realiza pequeño número de copias, estas serían permitidas sin pago, porque se realiza particularmente para uso individual o científico*¹⁴⁵.

Conforme se explican los pasos, vamos a ratificar que el análisis del límite necesariamente debe incluir la valoración de los tres pasos ya que todos están estrechamente relacionados.

En este paso, quiero referirme a la posibilidad de compensar al autor por los usos de su obra, según los cuales, cuando terceros incursionen en la normal explotación de su obra sin requerir permiso, deben cancelar a su favor una compensación equitativa. Así lo prevé el Código De Propiedad Intelectual de España:

Artículo 32. Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica

2. La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.

Ahora bien, he de anticipar que la inclusión de esta limitación implicó la salida de Google News del territorio español.

145 Traducción propia del idioma inglés. Informe del Grupo Especial de la OMC (WTO Panel – 2000) asunto “Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

2.3. TERCER PASO: Que no cause in perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Es indispensable volver al estudio de las consideraciones del Grupo Especial de la OMC para dilucidar que comprenden estos intereses:

¿En este paso también se considerarán los derechos morales o mantenemos el análisis solo en los derechos patrimoniales?, ¿Sólo estará legitimado el autor o también se considerarán afectados los titulares de derechos conexos?

Pues bien, al tratar este último paso, el Informe utiliza la definición genérica de **intereses legítimos** como aquellos que están protegidos por la ley, tomando en cuenta que el Convenio ADPIC es de carácter netamente económico y comercial, con lo cual, se descarta la posibilidad de que este tercer paso sea dirigido únicamente para derechos morales o trate de ellos, porque de ser así, ciertos estados como Estados Unidos, estarían asumiendo una obligación respecto a unos derechos -los morales-, que no son reconocidos en su legislación.

Otro requisito de este último paso que será determinante de cara a los pronunciamientos en cada caso es el **perjuicio injustificado**, porque si nos apegamos a la literalidad de las palabras, podría entenderse que hay perjuicios que sí están justificados y afectan a los intereses legítimos del autor extralimitándose, como podría ser un supuesto de uso con fines de investigación libre en centros educativos, de obras digitalizadas, que, si bien busca un equilibrio con los intereses generales de la sociedad, en caso de no reconocérsele una remuneración¹⁴⁶ al autor podría causarle un perjuicio sustancial al perder el control de la explotación de su obra bajo una modalidad específica.

146 Aun cuando ni el Convenio de Berna, ni los convenios internacionales posteriores enlazan expresamente la necesidad de que todo límite esté acompañado de una remuneración o compensación al autor, esto no significa que el legislador no esté en libertad de incluir estas alternativas al momento de desarrollar los límites.

3. INCORPORACIÓN DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1. La confusa mención al uso justo -fair use-

Con todo lo analizado previamente, llama la atención que Ecuador, siendo un país de costumbre continental, haya incluido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación COESC la regla de los tres pasos en su artículo 211, titulado como “uso justo”, alegando que en la valoración de los límites se debe incluir los filtros propios del fair use como sigue:

Artículo 211.- Uso justo.- No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, (...) Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores:

- 1. Los objetivos y la naturaleza del uso;*
- 2. La naturaleza de la obra;*
- 3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;*
- 4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y,*
- 5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales*

Es evidente que la intención está en que en el control posterior del límite se concluya si existe o no uso justo, pero desconozco la justificación para incluir el numeral 5 respecto al goce y ejercicio efectivo de otros derechos de fundamentales: ¿Cuáles son estos?, Los del autor o titular (derecho al trabajo y recibir una remuneración de sus obras) o los del usuario (justificando el uso en el acceso a la educación y al conocimiento, por ejemplo.). En fin, de momento no existe pronunciamiento judicial ni administrativo que pueda aclarar este punto.

3.2. Límites conflictivos en el COESC

También consideramos necesario referirnos al contenido del artículo 212 del COESC ya que hay límites, que a priori podrían ser contrarios a la regla de los tres pasos tal y como sigue:

3. La exhibición, ejecución, interpretación y comunicación pública de obras en actos oficiales organizados por las instituciones del Estado, con fines conmemorativos, culturales, científicos o educativos, siempre que la asistencia sea gratuita y que los participantes no perciban una remuneración específica por su intervención en el acto. Se entenderá por actos oficiales aquellos que se organizan con la presencia de varias autoridades (civiles, eclesiásticas o militares) y que tienen un protocolo determinado para su desarrollo; (Subrayado fuera de texto)

Este límite al referirse a la comunicación pública de manera tan amplia podría dar paso al caso hipotético de exhibir una película de estreno sin pago de remuneración alguna, ni autorización, justificando el hecho en un acto de difusión cultural para estudiantes de escuelas públicas.

En principio, la intención es justificable, pero si esta exhibición se replica a nivel nacional y los espectadores son los estudiantes, padres y profesores, considero que si se perjudican los legítimos intereses de autores y titulares de derechos de autor.

8. La reproducción y comunicación pública con fines informativos de obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública de forma alámbrica o inalámbrica;

Este límite requiere una aclaración respecto a que el fin informativo justifique la calidad y cantidad del uso de las obras. No será lo mismo hacer un reportaje porque un pintor famoso a fallecido y se hable de sus obras, a que por motivo de su fallecimiento se grabe toda su colección y además se imprima un artículo sin la autorización de sus herederos. En conclusión, este límite puede ir en contra de la normal explotación de la obra y nuevamente, afectar los derechos legítimos del titular.

Y así, sucesivamente, nos encontramos con una serie de epígrafes que, dentro del artículo 212 del COESC, contienen límites que, por afectar a la normal explotación de la obra y causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos, vul-

neran la regla de los tres pasos. A título enunciativo, añadimos los también los numerales 10,12, 15, 22, 26, 27, 28, 29, 30 del artículo 212 del COESC al contener explotaciones que pueden resultar abusivas.

4. CONCLUSIONES

La regla de los tres pasos es una herramienta indispensable a la hora de crear límites al derecho de autor. El legislador está obligado a que los límites que cree respeten, cada paso, pero además, que en las actas de formación de la ley se exprese claramente el objeto y finalidad del que persigue la excepción al derecho de autor. De esta manera, el juez o autoridad administrativa cuando valore si un uso está comprendido en el límite, tendrá más elementos sobre los cuales pronunciarse.

Los límites del COESC requieren una reformulación para cerrar aquellas ventanas que darían paso a usos extralimitados, o bien contemplar la posibilidad de que los autores y titulares de derechos reciban una compensación por el uso de sus obras.

La inclusión del uso justo en el artículo 211 del COESC genera una fórmula indeterminada y confusa, en la cual se desconoce qué derechos fundamentales deben ponderarse en virtud del numeral 5, de allí que, insisto, las actas de formulación del límite serán de gran utilidad para valorar los usos posteriores.

Utilizar la regla de los tres pasos de manera flexible no es contraria a los sistemas de derecho de tradición continental (romano), toda vez que el criterio del juez necesariamente debe basarse en el espíritu de la ley y la intención del uso dado (primer paso de la regla). Si partimos de una interpretación equilibrada, no haría falta utilizar herramientas foráneas como el fair use ya que en cada caso se debe evaluar los intereses en juego. El hecho que un uso pueda perjudicar los intereses legítimos del titular del derecho de autor pero resulte necesario para cumplir con un objetivo de política pública, no impide al juzgador imponer una remuneración equitativa para garantizar así los intereses de éste.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anyequera, R., (2005). *Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*, XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2, Asunción, Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf.

Barberán, P., (2010). *Manual práctico de propiedad intelectual*, Editorial Tecnos (Grupo ANAYA S.A.), Madrid, 2010.

Braga de Siqueira, R., (2015). *La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual.*, Tesis doctoral inédita, utilizada con autorización de la autora.

Informe del Grupo Especial de la OMC (2000). asunto “Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos

RIOS, W., (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*, Editorial TEMIS, 1 Edición, Colombia.

Varios autores, (2017). *Revista Latinoamericana de Comunicación N.º 133, El caso Google Books: ¿usos justos y/o privilegios de copia?* Sección Monográfico.

Xalabarder R., (2008). *Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor*. Disponible en: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf.

Xalabarder, R., (2008). Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet, *Revista de Propiedad Intelectual*. Núm. 29, Disponible en: http://in3.uoc.edu/opencms_portalin3/export/sites/default/galleries/docs/INTERDRET/Xalabarder_2008_LosLimitesalosDerechosdePropiedad.pdf.

La Relación entre el Sistema Penitenciario y el Aumento de la Delincuencia

The Relationship Between the Prison System and Increases in Crime

Frank Sosa Gangotena
Legal Researcher

Artículo Original (Miscelánea)
Ruptura, No. 1, 2018

ABSTRACT: people who are in the prison system not only have their freedom compromised; at times their rights and guarantees are violated, as well. While some of those subjected to the system try to rebuild their lives, others end up destroying it, believing all to be lost. Using this as a starting point, the fieldwork of certain Ecuadorian authors, such as Zambrano Pasquel and Argüello, will be used to carry out a critical contextual analysis of those incarcerated in our country. There is a relationship between various behaviors, corruption, drugs and mafias, and the success or decline of the prison system, which claims to seek reintegration. On the other hand, there is a precarious and inefficient educational system, a lack of psychological support, and the consequences of prison work, which condemns the those who practice it to life-long conditions of manual labor and aggravates the phenomenon's root problems through a confrontation with authority.

KEY WORDS: deprivation of liberty, prison, penitentiary system, crimes, reintegration.

ABSTRACT: the transformation undergone by people who are part of a prison system is from freedom to illegality; it is a system that not only compromises freedom but ignores rights and guarantees thanks to the prevailing corruption in a society that rebuilds life behind bars. Second chances are sought and reality is accepted through the friendly route, or one finishes destroying one's life, thinking that everything is already lost. There is a fear of repression, or one toys with the illusion of leaving early and doing things well. The relationship that behavior, corruption, drugs and mafias share in the success or decline of a prison

system which seeks to reintegrate people into society who do not feel prepared or perhaps do not want to reintegrate is observed. All this is linked to a precarious and inefficient education system, lack of psychological support, and prison work that condemns whoever learns it to be a lifelong laborer. This thus aggravates one of the phenomenon's primary problems: a view of authority figures, or to those who apparently remain at a higher hierarchical level, with rancor and enmity.

KEY WORDS: persons deprived of liberty, prison system, prison, criminal activities, extortion, reintegration.

INTRODUCTION

The penitentiary system involves several elements for its composition. These can reflexively show similarity with the state structure itself, since they consist of a human element (guards, authorities and prison population), a territorial element (all social rehabilitation centers are located in a physical space), and a respect and recognition for internal decisions--which in a State is expressed through sovereignty.

An interesting reflection would thus allow for prisons to be analyzed as sub-countries: as sub states that handle their own rules and obey their own authorities. They have a type of exit-only visa, which is not always sufficient to reenter a society which has continued its course during the time that the inmate remained socially immobilized. This at times, little by little takes away the inmate's desire to act in favor of the same society and leads to involvement in drugs and problems.

The basis for the reflective work presented comes from various legal works that contain field contributions in the form of interviews and surveys of Ecuadorian prison inmates. Although similar bibliography has also been consulted in other countries, such as Spain and Argentina, the basis for the critical review is several studies by Santiago R. Argüello, a researcher on prison policy from the human rights perspective who also has an important professional career in the Prosecutor's Office. Also used were investigations by the renowned Guayaquil criminal lawyer Alfonso Zambrano Pasquel, who has directed several studies on prisons in Ecuador, with data obtained from interviews and direct personal contact. The opinions of the inmates and the climate of the penitentiary centers that underlie the criminal

policy analysis provided herein will not be cited in detail, but rather abstracted from these opinions.

1. FROM FREEDOM TO INCARCERATION: FACTORS THAT PUT AN END TO FREEDOM

It is easy to think of current activities and situations that limit people's freedom. The democratic constitutional State does not usually tolerate any public intervention on that freedom, other than those corresponding to transgressions of existing penal code norms. To complete this statement, we must remember that actions classified as criminal, although they have immediate consequences, do not *per se* imply a sentence or a direct deprivation of the person's freedom. Neither is it the case that those who pay are always guilty or responsible of the infraction. Some are only in the wrong place and at the wrong time. It should also be noted that, within Ecuadorian social rehabilitation centers, there are still those sentenced by the so-called "Court 4": drug addicts, recidivists of minor crimes, and even mentally ill. These are people who, for one reason or another, are unable to reintegrate into society, either by choice or by condition.

All of these behaviors are associated with need: that is, with inequitable access to wealth and a lack of employment, which in turn lead to an illicit way of acquiring income. One may even think that a criminal is a victim of a system that leaves them disaffected and disadvantaged, "but the disproportion in wealth distribution is a criminogenic factor, which must be ascertained to understand if, in countries that increase their economic prosperity, social justice also increases" (Zambrano, 2009). This is not always the case: if economic prosperity does not go hand in hand with education and a culture of values, the society condemns itself to continue suffering injustices and tolerating social inequalities.

Professor Luis Rodríguez Manzanera reminds us that the environment alone is not capable of producing crime. Rather, he qualifies the environment as an accomplice and the criminal as the microbe that will develop and evolve in the breeding ground. He also states that the environment includes: work, police, vagrancy, begging and urban planning (Zambrano, 2009)

To these two elements, on which we are going to reflect next, two more must be added: the lack of education and the free consumption of drugs.

All the cited elements form a seed of evil that complements itself. Work must be started from an early age, and this has a terrible impact on the children, who must engage in activities that are restricted for others, such as street cigarette sales, whose purchase by minors is prohibited. For adults, the increase in underemployment as a measure to combat unemployment is ineffective. Those who carry out this type of activity risk the dangers of the street, hostility from those who already involved in crime, the disinterest of many and the desperation of seeing their need to maintain and feed a family go unmet.

This desperation leads projects to be undertaken in places that are prohibited and without permission, thus invoking the intervention of the second element: the police. The police, in this role, perform a job directly dependent on the instructions received from the authorities, to comply and enforce laws (at least in theory). But the effect is that social resentment is created or aggravated. Later this will strengthen and worsen, and authority and its agents are generally viewed as an enemy acting abusively and unfairly against those who seek to harm no one. This could be classified as an important criminogenic element that will later make up the criminal's psychological profile.

For Rodríguez Zambrano, vagrancy and begging go hand in hand, and while they may be determined by genetic or even psychopathological factors, they begin as parasocial or asocial activities and end up turning into antisocial practices (Zambrano, 2009). This element -authority- undergoes an unfortunate evolution. Begging involves asking for money from passersby, various acts at traffic light stops, such as windshield-cleaning service, or the displaying of handicaps to cause pity. These activities are thus integrated by various young people, which sometimes culminates in the formation of criminal gangs.

Obviously, the formation of gangs is not bad in and of itself. The problem is triggered when the feeling of belonging to the group overrides any other social norm. In some cases, gangs become another person to defend, even on a coast of other lives. In Ecuador, the "Latin Kings" and the "Vatos Locos" are rivals who clash violently and cause numerous deaths. If analyzed, these struggles are not only due to identity and certain more or less patriotic feelings. Rather, in their world, whoever is positioned over the other gangs gains fame and res-

pect: and, still more pernicious, gains the interest of drug traffickers and organized crime to be hired as a militia--granting them power, weapons and money. This, in turn, causes young people who are not aware of where they are getting into to be seduced. Such was the case of the Nicaraguan gang MC13.

The third element which we use as a starting point is space. At this point we must consider that urbanism can be defined as consisting of two parts: migration and precariousness, as understood by the author who guides us, Rodríguez Manzanero (Zambrano, 2009). Migration implies an imbalance, because those who move in search of better opportunities contribute to overpopulation in the destination territory and leave a demographic gap in the territory from which they come. These actions have serious consequences: such as overcrowding in shelters, debts with the so-called chicks, invasions of constructions and indigence. In the case of Ecuador, since the border was opened, the migration of Colombians and Venezuelans has increased the crime problem. This is in large part because criminal records are not reviewed and because it is a large group in a situation of extreme precariousness, fleeing from hunger, poverty and, in the Venezuelan case, from political repression. In Ecuador, this causes mixed feelings of fear and social rejection.

Along with these three elements, the lack of education--which limits opportunities for progress-- should not be ignored. Children and young people who are not in school will be in the streets. In this scenario there exists a greater risk of falling into criminal networks and ending up devoured by the prison system. Children are easy targets for such activities. This is at times even conscientiously: as in the case of drug traffickers who began their criminal life in childhood when, in search of a better life, they saw that life outside the law apparently paid very well.

Drug intake does not correspond solely to the consumption of marijuana or cocaine. The sale of alcohol and cigarettes to minors lacking a stable home or recreational activities facilitates their early introduction to these practices. This element is related to property-related crimes, whether to consume or to sell or exchange. Changes then gradually occur in the type of drugs consumed, and in the type of crimes that are committed to obtain resources to get hold of those drugs. This is an important factor preventing a prisoner's reinsertion, unless it is by their own will.

Another factor that causes the rules of coexistence to be broken are the alterations suffered by people with mental illnesses. Technically their acts cannot be qualified as crimes, because the authors are imputable due to their mental condition. Their condition poses problems that society does not always know how to resolve. Foucault studied the institutions in which those suffering from illnesses and causing problems were kept. In Ecuador, psychiatric centers have assumed this task, such as the "Lorenzo Ponce" hospital in Guayaquil and the mental asylum located in Quito.

Tragically, however, there are many cases of criminals in which inimputability created situations with great social impact. This happened with Pedro Alonso López, "The Monster of the Andes," who was extradited from the penitentiary to a psychiatric center, only to go free after four years based on his presumed recovery. He went on to continue committing crimes until he was once again imprisoned. Social rehabilitation starts from the idea that a person who has broken the laws of social coexistence must comply with a time of separation and be able to return to society renewed and with new horizons. The social problem is serious when there are inmates who know no life other beyond prison; to the point that, while they could regain their freedom, it is no longer of interest to them.

While theoretically, only the courts, following a procedure, can legally incarcerate someone, there are several factors, such as those that we have already seen, that are not only criminogenic, but create an apparent awareness of uprooting. This seems to encourage dangerous feelings of abandonment, of having nothing to lose and much to gain; or of social resentment. While it is understood that people deprived of liberty (PDL) begin said condition at the moment they enter prison, they often have a self-understanding of not having enjoyed freedom even beforehand.

2. PRISON: AN ISOLATED REALITY

We must situate the prison in the formation of this surveillance society. The modern penitentiary system no longer claims that it punishes crimes: it seeks to readjust delinquents ... Under the knowledge of men and under the humanity of punishments lies a certain disciplinary domination of bodies, a mixed form of submission and objectification, a "power-knowledge." (Foucault, 1975)

A little more than a century and a half ago, the first Ecuadorian social rehabilitation center for men was founded in Quito. It was named "García Moreno" Prison in honor of its founder, who established as part of the modernizing policies he undertook during his presidency. From then until 2014, its cells lodged thousands of people. But at last, the precarious situation led to a state of emergency that forced its doors to be definitively closed. As a replacement, a new project was designed with the largest social rehabilitation center in the country, located on the outskirts of the city of Latacunga; a maximum-security prison that was established in Guayaquil; and, territorially distinct, the Southern District Center located in Turi. This was done with the idea of redistributing the prisoners and rebuilding a system that until a decade ago remained rotten.

The relocation of the prison population was significant for several reasons: among others, the abandonment inmates experience when it becomes difficult for their relatives to access the new prisons, far from towns and cities. This represents an additional expense, in addition to the psychological impact on the convict: who is thus left with hardly any contacts other than with fellow inmates in the center, and the violence experienced there. The psychological consequences for the inmate are that he begins to believe that he is losing what little he had left, that the struggle to leave is useless, and that he has nowhere to go. A former convict confessed that this situation leads to bad decisions and diminishes the desire for repentance and to do things right.

Along with abandonment, there is another problem of a more social nature. This is that the inmate becomes isolated from reality. In other words, moving the inmates to the city outskirts - in the cases of Turi, Latacunga, Guayaquil and many others - to avoid tragedies in case that the system fails is achieved at a very high cost. This cost is related to reintegration, due to the difficulty implied by spending time disconnected from reality. What the inmate finds, once they have completed their sentence, is a reality hostilely foreign to their memory, their knowledge and consciousness, which creates frustration and even fear.

The purpose of the construction and operation of these new prisons is to restructure the precarious penitentiary system, as well as to eliminate corruption. Certainly, this is a difficult task without proper guidance. In addition, we must not forget that this system is maintained on the basis of a discipline regime: necessary, in principle; but, in

practice, this system often fuels a sense of rejection of authority and order. This situation is propitiated by coercive methods, mediated by fear and conditioning, to which the prison guards are no strangers. Prohibited acts thus occur, as evidenced in audiovisual materials and testimonies from prisoners in the Turi Prison.

Prisons are thought of and conceived as power structures that traditionally surpass or ignore the existence of human rights. To remedy this reality, education and work have been proposed in order to distract the prisoner from their confinement while learning a useful trade or completing studies for personal satisfaction and fulfillment. Thanks to these voluntary recreational activities offered to the inmates, the prisoner feels motivated to regenerate, so as to escape the violence and corruption inside the rehabilitation centers. In the following, we'll see what these activities consist of and consider whether their operation is correct; or if opportunities must still be earned through corruption and abuse of authority by guards

2.1. Work and Education in the Prison

Although work has been assigned to inmates since the penitentiary paradigm changed from punishment to confinement, Santiago Argüello Mejía (1992) notes that work is organized with a correctional focus. However, in penitentiary centers economic purpose was added to the aspiration for reform. In our country, this practice has undergone several changes over time. However, between evolutions and involutions, the concept of work seems to be related to corruption. This can be assumed when analyzing the life of inmates in the old García Moreno Prison. From their testimonies, it follows that there was preferential treatment, in connection with bribes and quotas facilitated the inmates' profitable activities, among other things.

All work carried out was affected, even if they were illicit activities. The guards, according to these testimonies, tolerated or prevented prisoners' actions by means of payments. These activities ranged from the sale of handicrafts and groceries to hired killers, drug trafficking and extortion. Every effort could be compensated. There were even those who relied on the economic activities carried out inside prison for subsistence. For example, the store manager at the old prison stated that with what he sold, he was able to support his family and educate his children. Some sold fabric-covered pens for a dollar.

Prisoners received twenty-five cents of this and had to pay ten cents more for items such as taxes: the rest went to the prison. The same happened with paintings and any other craft sold.

With respect to illicit activities, bribery of authorities was essential in order to bring in the prohibited objects. Inmates could thus carry out smuggling and micro trafficking in a system whose lack of authority and great operating corruption prevented the effective control of illicit activities. Therefore, until 2014 it was the mafias that effectively controlled the prisons. According to the inmates consulted, it was these criminal groups who placed the custodians and guards. The so-called caporals were prisoners who received support from the mafias to keep the established order, collect money from the different quotas, and even recruit individuals to boost the ranks of criminal organizations.

Thus, it might seem that doing time within a prison was a job in itself. The prison society, which includes the inmates, also has educational regimes. These are academic, for those who wish to complete their basic or high school studies; and trade-focused, for those who wish to learn something that not only helps them to pass time within the center, but also to earn money, feel useful, and give something back to the society of which they had taken advantage. For inmates to feel accepted in the existing spheres of power, there are even some who collaborate with haircuts for their companions.

The trades taught in Ecuadorian prisons—including carpentry, hair-dressing, baking, painting, music, and theater—usually require materials that do not exist within the center. According to an inmate, each person must obtain them from close friends or relatives. And this not only for work, but also for donations to the center. The case of the prisoner who offered his testimony referred specifically to painting. He was asked to bring a box of oil paintings, a canvas, a set of brushes, an easel, and a liter of oil. In addition, he was asked for an additional set of each tool for prison use; in the event that his works found a buyer, they would be sold in the name of the prison. The author would receive nothing more than twenty percent, while the center would be left with eighty. In this way, the authorship of these imprisoned artists is hidden; they were not allowed to sign their works behind bars.

With regard to higher education, inmates who have the academic conditions and the resources to pursue a university degree, can choo-

se to do so by distance. It is the duty of the center to offer facilities for those who wish to excel in this or other ways.

2.2. Circulation inside the Prison

Obviously, the discipline that should be maintained within prison centers means that certain objects of ordinary legal use outside are strictly prohibited within. However, if there is one thing that persists as a serious criminal activity, it is contraband: this is the motor and basis for all other internal criminal activities, such as drug trafficking and extortion. Contraband is well known, and even promoted at times by the prison guards, who receive certain fees for bringing in and delivering prohibited objects to inmates. Without any control and in open contradiction with regulation, these guards are the primary and worst smugglers. They are not unaware of their actions' effects; which, beyond formal illegality, cause fights and deaths. However, in their mindset, they consider it appropriate to receive the illegitimate money as payback for their dangerous work.

What objects are usually smuggled?

Drugs, in a broad or generic sense, which include alcohol, tobacco, cocaine, heroin and other hard drugs. A case taken at random among a series of interviews with ex-offenders is surprising: on one occasion (not especially strange) he bought a 30-dollar bottle of whiskey from a guard for 160. This was to culminate a celebration that had lasted five days, smoking marijuana, acquired from "sorcerers," and drinking cane liquor obtained from the prison shopkeeper, plus the tobacco bought in the same store. The drug dealers, according to the testimony, coordinated with the guards to pass the substances and sell them inside the prison. This rotund business was also used to entangle minor offenders in large crimes, such as murder, in punishment for failure to pay debts.

Drugs are easy to obtain. For 1 or 2 dollars or higher prices, depending on the type of narcotic, it is possible to get hold of small amounts of marijuana, cocaine, base, bazuco, heroin, and even H. The circulation of these substances within the centers is crucial, since the uncontrollable dependence created by consumption renders inmates unable to protect themselves from manipulation. There is no system to distinguish addicts from non-addicts. It could be considered that

the initial error consists of trying to solve a problem of sociological origin with a legal and punitive action. This aggravates the condition of prisoner, who sees an illusion of freedom in the indiscriminate consumption of psychotropic substances--however fleeting this may be.

Cellphones. There are no outlets or switches in the new penitentiary centers. since electronic devices such as televisions, computers and cell phones for personal use are prohibited. This is not a rule that is followed, however. One way or another, inmates get cellphones, to talk to their relatives and their lawyers; or, frequently, to organize and direct criminal activities, such as hired killers and drug trafficking. The price of a 200 or 250-dollar cellphone, can be 10 times more or even up to \$5,000 inside the prison. These objects thus become precious goods among inmates. Most strikingly, they make it possible to communicate with inmates in other social rehabilitation centers.

There is frequent communication between prisoners from different prisons. When a new prisoner enters the center, the rest of the prison population is already aware, thus demonstrating the powerful network of corruption and crime that transcends the bars. This includes all the consequences, positive or negative: whoever was protected from certain inmates or groups, will be safe in jail to which he is transferred. On the other hand, inmates who bring problems will have their days numbered no matter how often they change location. All this is handled through phone communication.

Another virtuality of the cellular is the possibility of planning escapes. The prohibition of cellphones in the hands of inmates results from the latter. As we have seen, however, smuggling (protected or encouraged by certain guards) circumvents these prohibitions.

Weapons are likewise smuggled. Drugs are a motive, cell phones are the means by which everything is planned, and weapons are the tool to consummate illegal acts. These tools are varied and unique. They range from forks stolen from dining rooms or shaving razors, to actual knives and revolvers hidden in coves behind the walls or in cell floors. This depends on the pavilion type or the class of the inmate. The quality and type of weapons existing in a pavilion was thus very different. In the areas housing the most privileged prisoners were housed, some came to have not only weapons, but also a "guard service," provided by the prison hitmen. Other inmates had barely the means to obtain anything beyond commonly used utensils, which were adapted as weapons.

3. POST PRISON

Immersed in solitude –cites FOUCAULT– the prisoner reflects. Only in the presence of his crime does he learn to hate it. If his soul is not yet ravaged by evil, remorse will come to assault him while in isolation. The criminals re adaptation is not requested under exercise of a common law; but rather, by the individual's relationship with his own conscience and with that which can illuminate him from within (Argüello, 1992).

A sentence of fifteen or twenty-five years is a great blow to a person. If not able to focus correctly, the person can be drawn to damaging decisions. Among these, drug consumption stands out for its frequency and its deplorable consequences--in many cases the product of a feeling of uprootness and the lack of psychological support. In their testimonies, inmates have recognized that good therapy is the first thing they needed. The first help that someone condemned to prison should receive is that which would allow them to best accept their reality, in order to strengthen their personal structure and remember that all is not lost. Although the years may seem endless, productive activities, visits from loved ones and constant psychological support can help to reform the prisoner's personality in the way constantly emphasized by modern criminal law: achieving reintegration, rather than an ongoing sense of resentment and revenge.

3.1. Rehabilitation or Reaffirmation?

Although in criminal policy the foundation of the existence of prisons is social rehabilitation, their success cannot always be affirmed. Inside prison, corruption and violence discourage prisoners and creates a situation of constant mistrust, which causes an almost warlike living environment. At times, inmates cannot even relax for fear of the acts of revenge, paybacks and murders often committed within the prison. These occur in sight of and sometimes with the impassivity of the authorities; who, for a small sum, are often willing to look the other way. The actions and decisions taken by prison authorities at times force us to reflect if they are qualified for this task; or if it is perhaps necessary to restructure the system with a new, more qualified, staff who are honest and aware of the social and personal gravity of their duties.

The ability of ex-inmates to return and adapt to society depends entirely on the prisoner and on the reasons that they find as motivations to get out. Many of them wind up convinced of their abandonment and, in the end, have no interest in leaving these four walls. They do not feel that they lost their freedom. In fact, they have no interest that category of rights and liberties, as they have nowhere to go. They do not know anyone, nor do they know how things are on the outside. They thus prefer life in this hostile environment: the only environment they know and, apparently, the only one in which they can survive. There are testimonies from inmates who say that their family vanishes when they go into prison. Their wives, if they stay with them, are unable to deal with more than three years of separation.

This progressive abandonment leads the inmate to become entangled with drug trafficking networks, and other connected crimes, such as extortion and contraband. This allows him to once again feel useful. The money obtained also allows for the consumption of drugs that provide an escape from reality. A vicious circle thus begins that leads young people who make a mistake into a true debacle. The path towards disaster begins with simple jobs: alert services, small scale theft, and, finally, murders and extortion. This may end up in a true school of crime. Making a name for the inmates who will then be recruited by the mafias, drug traffickers and caporales for different purposes; none of which are lawful. These activities end up placing people in a world from which it is very difficult to leave without the express will to do so, and without true opportunities that allow for another way of life.

Reaffirmation and reinsertion lie in the inmate's will, self-esteem and habits. While the claim that the prison is a true school of crime is not far from reality--since, in effect, it brings together all types of infractors in a single space, allowing for a dangerous symbiosis--it is the inmate who decides which path to take and which destiny to forge. Inside, whoever offers an opportunity may also be the one to vanish whenever the utility or benefit ceases to exist. On the other hand, the prisoner who learns to perform a trade, abstains from drug use, and strives--without moving away from or resenting society--to assume his wrongs, while aware of his dependence on a rotten system, can overcome the violence he confronts every day and leave with hope.

3.2. Reintegration of Prisoners in Society

In order to motivate reintegration into society, and as a way to alleviate the shortcomings of prison authorities and guards, a few filtering and evaluation mechanisms were instituted. One was the so-called "House of Trust". This was a kind of antechamber to society, in which the prisoner about to complete his sentence had a controlled approach to that closest to the external reality. The aim was for the individual to do work and make purchases. Behaviors were evaluated to understand the inmate's degree of adaptation. The usefulness was only as statistical data, however. Regardless of the prisoner's response, he was nonetheless released.

Those who cannot adapt to social life end up becoming repeat offenders, since they do not find the interest or desire to leave the penitentiary. They feel unable to rehabilitate themselves. They think that they no longer have opportunities in a society that has moved on, so that they prefer to remain ignorant of it. Lacking friends and family, home, and employment opportunities, they come to see their only exit as committing crime to stay in the only environment they know: prison.

The social isolation experienced by inmates impacts them in such way that we can say that the true punishment for a person deprived of liberty is not only to fulfill their sentence behind bars; rather, it begins at the moment re-entering society after so much time away. Only the consolation of religion remains. In fact, it is rapists who most seek out God. But among them, there are also desperate situations; many convicted of rape are not in fact guilty. The criminal and judicial structure itself is that which operated against these offenders of crimes they did not commit: a fight with a partner who, opportunely advised by others, initiated a process from which it was impossible to retract. The State's threat of prosecuting to the reporter of rape, for mocking justice, ends in a long sentence, embittered by injustice.

4. CONCLUSIONS

There is an atmosphere of violence in detention centers. It is caused by both inmates and custodians. There are also certain environments of camaraderie, however.

However, the existence of drug trafficking inside the prison negatively conditions the social reintegration of those who are addicted to drugs. They do not receive adequate treatment and thus continue to move deeper into criminal activities: they can rob, kill and prostitute themselves to obtain drugs; which is their only means of forgetting their reality and, in cases of addiction, combating withdrawal syndromes.

Until the new penitentiary plan, there was no distinction between the crimes, behavior or aggressiveness of the prisoners. In this way, the entire center's security was affected. Cells for all types of crimes are shared, whether against the Public Treasury, against life or against private property.

The lack of education reduces opportunities for people to perform lawful activities when they leave prison, or at least, to opt for self-improvement. This motivates criminal activities. In addition, it prevents them from visualizing the real impact of their actions, and an environment conducive to crime is formed. This offered as a response to coercion and the consequent perspective of authority as an enemy.

Violence is daily inside prisons. It is part of the center's common culture, although it allows for a gradation. Violence by guards is especially serious, because they rely on their authority, exercise control over everything and, even in the opinion of former convicts, they present themselves above everyone else and violate inmates' rights. The caporales, the most respected inmates and representatives of the prison community, exercise repressive violence to maintain their power over inmates. Finally, among the common criminals, there are continuous fights over the most varied issues, killing for hire and the extortion requested by the other groups mentioned.

Drug trafficking and extortion exist and operate within prison centers. However, they occur differently in each space. For example, in pretrial detention centers, extortion is the most desirable business, since there is money there. For a loan of 1 or 2 dollars between inmates, a quota of up to 50 to 70 dollars can be charged. Drug trafficking

occurs more easily inside the jails, since that is where it is possible to draw in the inmate so that, unable to pay his debts, he “works” at the creditor’s orders, carrying out murders or robberies.

At the moment of reinsertion, the house of trust is instituted, to ease into life on the outside. At least tendentially, the teaching received in workshops and the opportunities to pursue a university career are also facilitated. Without a doubt, this opens various doors. Today, inmates can even carry out entrepreneurship projects inside the center and continue these as a serious and remunerated job once they are freed. Together with the social participation involved in prison work, this is a good opportunity to find new meaning in society and a dignified way of living, away from crime, drugs and penitentiary centers.

5. BIBLIOGRAPHY

Alós de Moner, R., Martín Artiles, A., Miguélez Lobo, F., & Gibert Badía, F. (2009). *¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña*. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS), 127(1).

Argüello Mejía, S. (1992). *Trabajo de prisioneros*. Quito: DNS Editorial.

Baratta, A. (2006). *Criminología y sistema penal*. (Compilación in memoriam)

Cabrera Forneiro, J. (2005). Nuevas drogas, juventud y prisión. *Revista de estudios de juventud*, (69).

Castillo, M. (2017). *Miedo, control social y política criminal*. Madrid: Dykinson S. L.

Cuesta Arzamendi, J. L. de la (1982). *El trabajo penitenciario resocializador*. Caja de Ahorros y Provincial de Guipúzcoa.

Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar*. Paris: Editions Gallimard.

Giacomello, C. (2013). *Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*. Tirant Lo Blanch.

Hulsman, L., Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.

Rincón Moreno, S., Vera Remartínez, E., García Guerrero, J., & Planelles Ramos, M. V. (2008). Consumo de drogas al ingreso en prisión: comparación entre población española y extranjera. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 10(2).

Vives Antón, T. (1996). *Fundamentos del sistema penal*. Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. (2015). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. En G. Bardazano, A. Corti, N. Duffau y N. Trajtenberg (Comp.) *Discutir la cárcel, pensar la sociedad. Contra el sentido común punitivo*.

Zambrano Pasquel A. (1994). *Cárcel y drogas*. Guayaquil: Edino.

Zambrano Pasquel, A. (2009). *Política Criminal*. Lima: Jurista Editores.

DESCRIPCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Responsabilidad Principal (1)

BERMEO, Mishelle

Título

La Franquicia: un Contrato Innominado Rentable

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

BERMEO, Mishelle.

La Franquicia: un Contrato Innominado Rentable. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Bermeo, M. (2018). La Franquicia: un Contrato Innominado Rentable. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (1)

BERMEO, Mishelle

Title

The Franchise: a Contract Unnamed: Profitable

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote**ACS 2016**

BERMEO, Mishelle. The Franchise: a Contract Unnamed: Profitable. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Bermeo, M. (2018). The Franchise: a Contract Unnamed: Profitable. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (2)

CARRILLO, Pedro Gabriel

Título

Límites y redefinición del principio iura novit curia en materia procesal civil. Fundamento constitucional, histórico civil y procesal.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

CARRILLO, Pedro. Límites y redefinición del principio iura novit curia en materia procesal civil. Fundamento constitucional, histórico civil y procesal. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Carrillo, P. (2018). Límites y redefinición del principio iura novit curia en materia procesal civil. Fundamento constitucional, histórico civil y procesal. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (2)

CARRILLO, Pedro Gabriel

Title

Limits and redefinition of the iura novit curia principle in civil procedural matters. Constitutional, historical civil and procedural basis.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote**ACS 2016**

CARRILLO, Pedro. Limits and redefinition of the iura novit curia principle in civil procedural matters. Constitutional, historical civil and procedural basis. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Carrillo, P. (2018). Limits and redefinition of the iura novit curia principle in civil procedural matters. Constitutional, historical civil and procedural basis. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (3)

VILLACÍS, Farid

Título

Vulneración al Principio de Unidad Jurisdiccional por la Superintendencia de Bancos.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018. No. 1. pp.

Cómo Citar**ACS 2016**

VILLACÍS, Farid. Vulneración al Principio de Unidad Jurisdiccional por la Superintendencia de Bancos. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Villacís, F. (2018). Vulneración al Principio de Unidad Jurisdiccional por la Superintendencia de Bancos. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (3)

VILLACÍS, Farid

Title

Violation of the Principle of Jurisdictional Unity by the Superintendency of Banks.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

VILLACÍS, Farid. Violation of the Principle of Jurisdictional Unity by the Superintendence of Banks. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Villacís, F. (2018). Violation of the Principle of Jurisdictional Unity by the Superintendence of Banks. Ruptura Magazine, No. 1.

Responsabilidad Principal (4)

PALACIOS, Xavier

Título

Los Efectos Jurídicos de Choque de trenes en el Ecuador ¿Un Vacío Constitucional?

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

PALACIOS, Xavier. Los Efectos Jurídicos de Choque de trenes en el Ecuador ¿Un Vacío Constitucional? Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Palacios, X. (2018). Los Efectos Jurídicos de Choque de trenes en el Ecuador ¿Un Vacío Constitucional? Revista Ruptura. No. 1.

Main responsibility (4)

PALACIOS, Xavier

Title

The Legal Effects of Train Crashes in Ecuador A Constitutional Void?

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

PALACIOS, Xavier. The Legal Effects of Train Crashes in Ecuador A Constitutional Void? Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Carrasco, E. (2018). The Legal Effects of Train Crashes in Ecuador A Constitutional Void? Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (5)

POLO, Esteban

Título

La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuentes del derecho.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

POLO, Esteban. La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuentes del derecho. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp. 335-351.

APA 2016

Polo, E. (2018). La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuentes del derecho. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (5)

POLO, Esteban

Title

The Selection and Review of the Constitutional Court: The Jurisprudential Precedents as sources of law.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

POLO, Esteban. The Selection and Review of the Constitutional Court: The Jurisprudential Precedents as sources of law. Ruptura Journal, 2018, No. 1, pp. 335-351.

APA 2016

Polo, E. (2018). The Selection and Review of the Constitutional Court: The Jurisprudential Precedents as sources of law. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (6)

QEUZADA, Paola

Título

El cuidado de los hijos desde la perspectiva de género: análisis y posibles soluciones.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

QUEZADA, Paola. El cuidado de los hijos desde la perspectiva de género: análisis y posibles soluciones. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp. 399-120.

APA 2016

Quezada, P. (2018). El cuidado de los hijos desde la perspectiva de género: análisis y posibles soluciones. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (6)

QEUZADA, Paola

Title

Caring for children from a gender perspective: analysis and possible solutions.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote**ACS 2016**

QUEZADA, Paola. Caring for children from a gender perspective: analysis and possible solutions. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp. 399-120.

APA 2016

Quezada, P. (2018). Caring for children from a gender perspective: analysis and possible solutions. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (7)

CASTAÑEDA, Christian

VELASCO, María Consuelo

Título

Cinco críticas a la sentencia vinculante “el Estado como salvador externo” emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

CASTAÑEDA, Christian y VELASCO, María Consuelo. Cinco críticas a la sentencia vinculante “el Estado como salvador externo” emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Castañeda, C. y Velasco, M. (2018). Cinco críticas a la sentencia vinculante “el Estado como salvador externo” emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (7)

CASTAÑEDA, Christian

VELASCO, María Consuelo

Title

Five criticisms of the binding sentence “the State as an external savior” issued by the Constitutional Court of Ecuador.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

CASTAÑEDA, Christian and VELASCO, María Consuelo. Five criticisms of the binding sentence “the State as an external savior” issued by the Constitutional Court of Ecuador. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Castañeda, C. and Velasco, M. (2018). Five criticisms of the binding sentence “the State as an external savior” issued by the Constitutional Court of Ecuador. Ruptura Magazine, No. 1

Responsabilidad Principal (8)

VACA, Fernanda

VALENZUELA, José

Título

Viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar**ACS 2016**

VACA, Fernanda y VALENZUELA, José. Viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador. *Revista Ruptura*. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Vaca, F. y Valenzuela, J. (2018). Viabilidad de la tipificación de la desaparición involuntaria en el Ecuador. *Revista Ruptura*. *Revista Ruptura*, No. 1.

Main responsibility (8)

VACA, Fernanda

VALENZUELA, José

Title

Feasibility of the typing of involuntary disappearance in Ecuador.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

VACA, Fernanda and VALENZUELA, José. Feasibility of the typing of involuntary disappearance in Ecuador. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Vaca, F. and Valenzuela, J. (2018). Feasibility of the typing of involuntary disappearance in Ecuador. Ruptura Journal. Ruptura Magazine, No. 1.

Responsabilidad Principal (9)

CHIRIBOGA, Jorge

Titulo

La Criminología en la Historia: Aspectos que el Derecho Penal debe Considerar.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

CHIRIBOGA, Jorge. La Criminología en la Historia: Aspectos que el Derecho Penal debe Considerar. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Chiriboga, J. (2018). La Criminología en la Historia: Aspectos que el Derecho Penal debe Considerar. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (9)

CHIRIBOGA, Jorge

Title

Criminology in History: Aspects that Criminal Law should consider.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

CHIRIBOGA, Jorge. Criminology in History: Aspects that Criminal Law should consider. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Chiriboga, J. (2018). Criminology in History: Aspects that Criminal Law should consider. *Ruptura Journal*, No. 1.

Responsabilidad Principal (10)

CASTILLO, Andrés

Título

La buena administración: ¿Un derecho fundamental, un deber de la administración o un principio rector?

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

CASTILLO, Andrés. La buena administración: ¿Un derecho fundamental, un deber de la administración o un principio rector? *Revista Ruptura*. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Castillo, A. (2018). La buena administración: ¿Un derecho fundamental, un deber de la administración o un principio rector? *Revista Ruptura*, No. 1.

Main responsibility (10)

CASTILLO, Andrés

Title

Good administration: A fundamental right, a duty of the administration or a guiding principle?

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

CASTILLO, Andrés. Good administration: A fundamental right, a duty of the administration or a guiding principle ?. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Castillo, A. (2018). Good administration: A fundamental right, a duty of the administration or a guiding principle? Ruptura Journal, No. 1

Responsabilidad Principal (11)

SALGADO, Francisco

Título

Hacia un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar**ACS 2016**

SALGADO, Francisco. Hacia un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. Revista Ruptura. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Salgado, F. (2018). Hacia un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (11)

SALGADO, Francisco

Title

Towards an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Human Rights.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

SALGADO, Francisco. Towards an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Human Rights. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Salgado, F. (2018). Towards an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Human Rights. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (12)

RODRÍGUEZ, Felipe

Título

Posorja ¿Legitimidad sin Legalidad?: Vinculación con la Historia del Derecho Penal.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

RODRÍGUEZ, Felipe. Posorja ¿Legitimidad sin Legalidad?: Vinculación con la Historia del Derecho Penal. Revista Ruptura, 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Rodríguez, F. (2018). Posorja ¿Legitimidad sin Legalidad?: Vinculación con la Historia del Derecho Penal. Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (12)

RODRÍGUEZ, Felipe

Title

Posorja Legitimacy without Legality? Link with the History of Criminal Law.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

RODRÍGUEZ, Felipe. Posorja Legitimacy without Legality? Link with the History of Criminal Law. Ruptura Journal. 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Rodríguez, F. (2018). Posorja Legitimacy without Legality? Link with the History of Criminal Law. Ruptura Journal, No. 1.

Responsabilidad Principal (13)

PUENTE, Geovanna

Título

Límites al Derecho de Autor: La Regla de los Tres Pasos en la Legislación Ecuatoriana.

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

PUENTE, Geovanna. Límites al Derecho de Autor: La Regla de los Tres Pasos en la Legislación Ecuatoriana. *Revista Ruptura*. 2018. No. 1. pp.

APA 2016

Puente, G. (2018). Límites al Derecho de Autor: La Regla de los Tres Pasos en la Legislación Ecuatoriana. *Revista Ruptura*. No. 1.

Main responsibility (13)

PUENTE, Geovanna

Title

Limits to Copyright: The Rule of Three Steps in Ecuadorian Legislation.

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote

ACS 2016

PUENTE, Geovanna. Limits to Copyright: The Rule of Three Steps in Ecuadorian Legislation. *Ruptura Journal*. 2018. No. 1. pp.

APA 2016

Puente, G. (2018). Limits to Copyright: The Rule of Three Steps in Ecuadorian Legislation. Ruptura Magazine, No. 1.

Responsabilidad Principal (14)

SOSA, Frank

Título

La relación entre el sistema penitenciario y el aumento de la delincuencia

Título de la Revista

Revista Ruptura

Localización

2018, No. 1, pp.

Cómo Citar

ACS 2016

SOSA, Frank, La relación entre el sistema penitenciario y el aumento de la delincuencia, Revista Ruptura, 2018, No. 1, pp.

APA 2016

Sosa, F. (2018). La relación entre el sistema penitenciario y el aumento de la delincuencia, Revista Ruptura, No. 1.

Main responsibility (14)

SOSA, Frank

Title

The Relationship Between the Prison System and Increases in Crime

Title of the Magazine

Ruptura Journal

Location

2018, No. 1, pp.

How to quote**ACS 2016**

SOSA, Frank. The Relationship Between the Prison System and Increases in Crime. Ruptura Journal. 2018. No. 1, pp.

APA 2016

Sosa, F. (2018). The Relationship Between the Prison System and Increases in Crime. Ruptura Journal. No. 1.

NORMAS EDITORIALES REVISTA RUPTURA

Los autores que deseen remitir artículos para análisis y aprobación de publicación por parte del Comité Editorial de la revista deben:

1. Remitir el artículo a través de la plataforma de la Revista o en su defecto, enviar un correo electrónico con el documento y/o sus consultas a:

a) **Director y Editor Jefe:** Renata Yunda López: revistarupturafj@gmail.com.

b) **Sub-Director y Sub-Editor Jefe:** revistarupturafj@gmail.com.

IMPORTANTE: En el transcurso de los procesos (recepción, revisión, evaluación, publicación, otros) de la Revista Ruptura se garantizará la total anonimidad de los autores frente a los pares revisores y/o terceros.

2. La revista acepta documentos elaborados en: castellano, inglés, francés, portugués e italiano.

3. El artículo debe cumplir con una de las categorías propuestas para artículos científicos. Al momento de subir a la plataforma y/o en el asunto del correo indicarse el tipo de artículo.

4. Las tipologías aceptadas son:

a) **Artículos Originales (Investigación):** se seleccionarán artículos que deberán ser publicados únicamente en la Revista Ruptura. En ese sentido, la revista es la única autorizada para editar formatos (más no información) y la única revista que publicará el artículo. Los artículos deben presentar de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación e indicar su origen (proyecto desarrollado a partir de fondos concursables, proyecto independiente, otros). Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. La extensión mínima será de 4.000 palabras.

La estructura puede contener las siguientes secciones:

- 1) Introducción
- 2) Metodología
- 3) Resultados
- 4) Discusión
- 5) Conclusiones
- 6) Referencias Bibliográficas (incluye bibliografía citada en el texto)

IMPORTANTE: Los resultados deben provenir de una investigación con una perspectiva teórico-conceptual, analítica, interpretativa o crítica.

- b) Críticas y/o Recensiones de libros:** Breves ensayos estructurados que analizan críticamente y contextualizan una novedad editorial de interés académico para las temáticas de la revista. La extensión mínima será de 3.000 palabras. Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.
- c) Artículos Originales (Misceláneas):** Artículos relacionados con las grandes áreas temáticas (dentro de la ciencia jurídica) que de manera general aborda la Revista Ruptura. Es decir, se aceptarán documentos originales que versen sobre investigaciones de diversos tipos donde el derecho posea una trascendencia significativa. La extensión mínima será de 4.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.
- d) Artículos Originales (Revisión y Notas de Investigación):** Son artículos con trascendencia a nivel jurídico caracterizados por estar basados en trabajos preliminares (insertados dentro de un proyecto de investigación o una investigación matriz en curso) que, sin

perjuicio del método y rigor científicos, presentan aspectos metodológicos innovadores o resultados que, por su carácter novedoso, el autor considera de interés publicar antes de finalizar su investigación. La extensión mínima será de 3.000 palabras. (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

e) Resumen y/o Informe de Investigación: La Revista Ruptura acepta dos modalidades de informe de investigación jurídico-científico: El informe técnico y el Informe divulgativo. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

- El primero enfatiza en la metodología y técnicas empleadas, validez y confiabilidad de los resultados, marco teórico de la investigación y empleo de terminología especializada.
- El segundo incluye el procedimiento de investigación, ilustraciones sencillas y expresivas de los resultados y hace énfasis en las conclusiones y recomendaciones.

La extensión mínima será de 3.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

5. Características generales de los documentos:

Deben tener formato Word, de igual forma debe incluir: título, autor o autores y dirección del contacto (correo electrónico y dirección postal). Es indispensable indicar cuál autor (autor corresponsal) se encargará de recibir y enviar la correspondencia o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función. El texto debe estar digitado a espacio y simple, letra Garamond, tamaño 12.

Al interior del documento se debe especificar los datos centrales del autor o autores, lo cual debe incluir: escolaridad máxima, la filiación institucional, ciudad, Estado o departamento, país, el correo electrónico (institucional), Google Scholar y ORCID.

6. La remisión del artículo debe ir acompañada de la hoja de vida de cada uno de los autores y de la carta de cesión de derechos firmada (descargar y/ solicitar por correo electrónico).
7. Redactar el documento con una extensión acorde a la tipología seleccionada. Este debe ir precedido de un breve resumen del trabajo en castellano y en inglés ("abstract") que no sobrepase las 150 palabras. En ambos se debe indicar: a) objetivo; b) metodología; c) resultados; y d) conclusiones. Después del resumen y del "abstract", deben incluirse de cuatro a seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas (castellano e inglés respectivamente), estas deben buscarse en el Tesoro de la UNESCO.
8. Las críticas y reseñas de libros deben ir precedida de los nombres, apellidos y profesión de quienes la realizan/ la crítica o reseña, así como de los elementos bibliográficos completos (nombres y apellidos del autor, título completo del libro, número de edición, ciudad de publicación, editorial, año de publicación).
9. Las traducciones de obras anteriormente publicadas no son consideradas como documentos inéditos. Sino como documentos de divulgación. Sin embargo, pasarán por el mismo proceso de selección de los artículos. Deben indicar con claridad las fuentes y procedencia del texto original, así como los respectivos permisos para la publicación.
10. Enviar los gráficos, mapas y fotografías en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al documento, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábica e indicar con claridad la(s) fuente(s) correspondiente(s). En las tablas se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo a las normas APA sexta edición.
11. Citar las fuentes bibliográficas, menores a 40 palabras, dentro del texto del siguiente modo: (autor, año, página). Ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tienen más de 40 palabras se escriben

aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita debe colocarse el punto antes de los datos recuerde que en las citas con menos de 40 palabras el punto se pone después.

12. Las notas al pie de página numeradas en orden consecutivo se utilizarán solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

IMPORTANTE: A partir del cuarto número de la revista, las referencias bibliográficas se harán indefectiblemente con base en las normas APA sexta edición. Los defectos de forma darán lugar a negación automática. Recuerde que todas las referencias deben de llevar sangría francesa. A continuación, se detallan ejemplos de los requerimientos:

Libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del libro. Lugar de publicación: Editorial.

Libro con editor:

Apellido, Iniciales nombre del autor (Ed.). (Año). Título. Ciudad, País: Editorial.

Capítulo de libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del capítulo. En Iniciales nombre del editor o compilador. Apellido. (Ed.) o (Comp.), Título del libro. Lugar de publicación: Editorial.

Artículo revista:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título artículo. Nombre de la revista, volumen(número).

Artículo con DOI:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número). Doi: xx.xxxxxxx.

Artículo de periódico:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título artículo. Nombre del periódico.

Tesis de grado o posgrado:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título de la tesis (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, lugar.

En línea:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título del artículo. Recuperado de (URL).

Observación para los Autores

- a. Es necesario que aparezcan los apellidos (separados por un guion) y los nombres de todos los autores. Además, para cada uno de ellos mediante nota al pie de página, debe colocarse el título académico máximo alcanzado, la filiación institucional, la ciudad (estado o departamento), el país, la dirección de correo electrónico institucional, el código ORCID y el link del perfil de Google Scholar.
- b. Se debe considerar que el primer autor será quien quedará registrado en las bases de datos de los diferentes servicios de indexación y resumen.
- c. Es indispensable indicar cuál autor se encargará de recibir y enviar la correspondencia, o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función.

PROCESO DE REVISIÓN POR PARES Y OTROS RELACIONADOS

La Revista Ruptura de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Revista Ruptura) es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la Revista Ruptura se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido “prima facie” en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de “especiales temáticos” en cualquiera de sus convocatorias.

La Revista orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de LATINDEX, SCIELO (Ecuador) y SCOPUS. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENESCYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales sobre publicaciones e investigación científica regidas por la Facultad de Jurisprudencia, la Dirección de Investigación y el Centro de Publicaciones.

1. Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección. La duración de este proceso es variable y puede oscilar entre tres y dieciocho meses.
2. El estudio y la selección inicial de los escritos están a cargo del Equipo de Gestión Editorial el cual acepta o rechaza los originales atendiendo a la calidad científica, la concordancia con las temáticas propias de la revista y la vigencia temporal de los resultados.
3. El Comité Editorial de la Revista Ruptura se encuentra integrado por los miembros de: a) el Consejo Editorial y b) el Equipo de Gestión Editorial.
4. Los miembros del Consejo Editorial y el equipo de Gestión Editorial tienen por obligación dar el soporte respectivo a los procesos de la Revista.
5. El cien por ciento de los miembros del Consejo Editorial está integrado por connotados juristas nacionales e internacionales ex-

ternos a la PUCE, quienes, respetando la más estricta anonimidad, exigida por el sistema de doble ciego, pueden oficiar como evaluadores en materias afines y proporcionar opiniones informadas y vinculantes para el proceso de evaluación de un documento remitido para publicación. Sin embargo, en caso de oficiar como revisores ciegos de un artículo, no podrán participar de otros procesos vinculados a la publicación de ese documento (Ej.: votación para la inclusión dentro de un número específico de la Revista, otros).

6. Además, la revista cuenta con el soporte de un Comité de Asesoría Editorial. Este comité está integrado por profesores de la PUCE quienes ofician como consultores generales (sin opinión vinculante) y en ningún caso como evaluadores y/o pares ciegos. Este comité no conforma parte del Comité Editorial de la Revista Ruptura.
7. El Equipo de Gestión Editorial en representación del Comité Editorial de la Revista Ruptura puede solicitar modificaciones y hacer las recomendaciones que se estimen necesarias para ajustar el documento a las indicaciones de la revista (a partir de los resultados remitidos por los pares ciegos y otras consideraciones generales tales como formato, otros).
8. Luego de esta revisión, el manuscrito es sometida a evaluación tipo <<doble ciego>> por parte de dos pares académicos externos (nacionales y/o internacionales).
9. Estos académicos emiten a través del formato de evaluación establecido por la Revista (ver formato evaluación de artículo) un informe (opinión) concepto que puede ser:
 - a) Aprobado sin cambios.
 - b) Aprobado sujeto a cambios menores (no requiere nueva evaluación).
 - c) Aprobado sujeto a cambios mayores (requiere nueva evaluación).
 - d) Rechazado (no publicable en la Revista Ruptura).
10. En el caso que la decisión de los evaluadores derive en controversias, estas serán resueltas inicialmente por el Editor Jefe y/o el Sub-Editor o de ser necesario se solicitará una segunda o tercera evaluación por pares académicos externos.

11. Durante todos los procesos mencionados se garantiza la anonimidad de autores y pares revisores (evaluadores).
12. De igual manera, el resultado de la evaluación será informada al autor (y/o autor corresponsal) del documento remitido vía correo electrónico. Esto con la finalidad que realice los ajustes necesarios que hayan solicitado los evaluadores.
13. Confirmada la recepción del documento con las correcciones realizadas, se verificará el acatamiento de las sugerencias de los evaluadores y analizará las justificaciones de aquellas que no se hayan tenido en cuenta.
14. Una vez aprobada esta fase, el artículo será enviado de nuevo de ser necesario al autor para realizar los ajustes a que hubiere lugar.
15. El proceso de revisión y evaluación del material entregado puede tardar en promedio un mínimo de tres meses.

16. IMPORTANTE:

- a) La recepción de un documento no implica la aprobación y/o publicación inmediata del mismo.
- b) Todos los documentos contarán con una revisión de similitud documental ("antiplagio" a través de la plataforma URKUND).
- c) El tiempo promedio de publicación de un artículo oscila entre seis y dieciocho meses.
- d) La verificación posterior de plagio (por denuncia de los lectores) dará lugar al retiro inmediato de la publicación. Toda denuncia de plagio deberá ir acompañada de los respectivos medios probatorios.
- e) La Revista acepta comentarios y opiniones generales e informadas por parte de sus lectores y las considera como aportes a las revisiones externas (documentales) y de sus procesos de gestión.
- f) La Revista constituye una publicación de distribución gratuita (de libre acceso y con libre descarga parcial y/o total) .

g) La Revista no solicita pagos, colaboración económica y/o donación a los autores. Ninguno de sus miembros se encuentra habilitado para solicitar algún tipo de ayuda económica a cambio de facilitar la publicación dentro de la revista. Ninguno de sus miembros se encuentra capacitado para incidir en el proceso de evaluación y decidir unilateralmente la publicación o rechazo de un documento sometido a revisión de doble ciego. Este tipo de conductas se encuentra sancionadas con la expulsión y la remisión del caso al Comité de Ética de la PUCE.

DURINI & GUERRERO

ABOGADOS

Nuestra firma está capacitada para brindar una asesoría legal, con énfasis en las siguientes especialidades:

- Derecho Constitucional y Garantías
- Derecho Administrativo y Contratación Pública
- Derecho Tributario
- Derecho Migratorio
- Derecho Civil
- Derecho Comercial y Societario
- Derecho Laboral
- Propiedad Intelectual



BEDÓN & CÍA.
ESTUDIO JURÍDICO

DESDE 1997

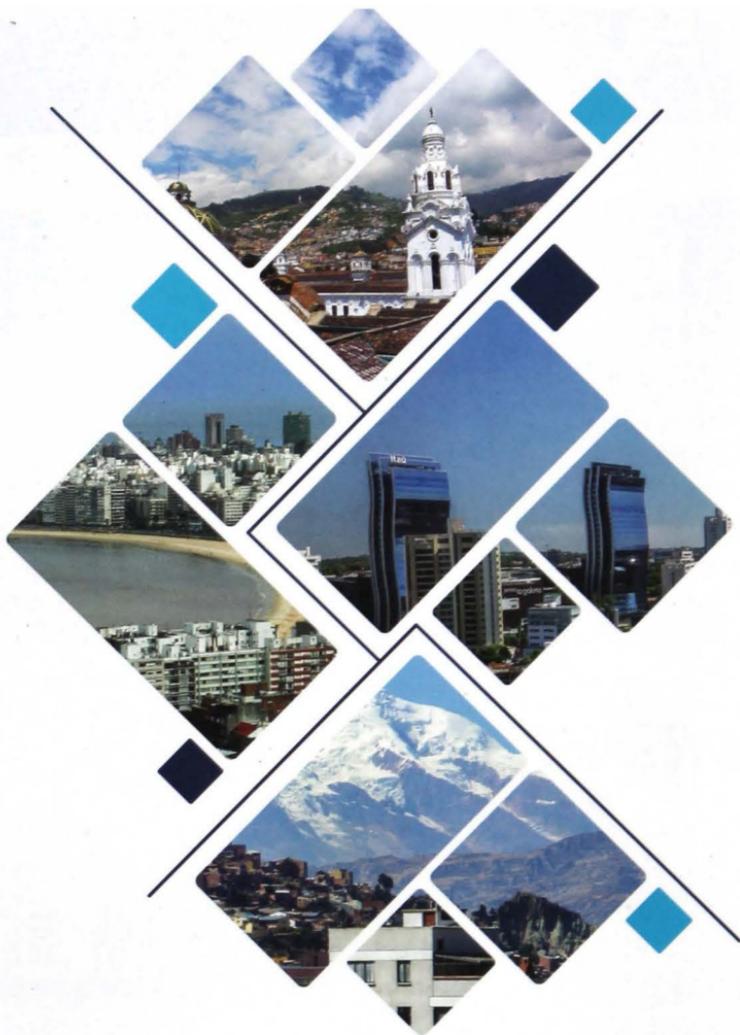
DR. RENÉ BEDÓN GARZÓN
ABG. GABRIELA BEDÓN GARZÓN

ABG. CAMILO CASTRO CASTRO
DRA. MÓNICA FLOR PAZMIÑO

www.bedonabogados.com

Av. Atahualpa E1-131 y República. Edificio Centro Corporativo Atahualpa

Tel: 59325120216 • Email: info@bedonabogados.com



FERRERE

4 países | **1000** personas | **1** firma líder

BOLIVIA | ECUADOR | PARAGUAY | URUGUAY

www.ferrere.com

PROCESO EDITORIAL

Revista Ruptura acusa la recepción de las contribuciones remitidas por email y a través de su plataforma, gestionará el estado del proceso documental (aceptación y rechazo). En caso de aceptación, se notificarán los aspectos relacionados al proceso de edición. También mediante el portal de la revista, en la sección Propuestas podrá encontrarse las Directrices para Autores/Autoras y la sección Proceso de Revisión por Pares y Otros Relacionados con mayores detalles de gestión. Además, la Revista Ruptura cuenta con la sección Documentos Importantes donde se ubican: 1) la Declaración de Compromiso de los Autores; 2) el modelo físico del Informe de Evaluación de Textos en Revisión por Pares; y 3) la Cesión de Derechos.

Se informa que las contribuciones remitidas cumplirán un doble proceso:

- a) Primer proceso: efectuado con la finalidad de determinar pertinencia y solvencia científica del artículo. En un máximo de 45 días desde la recepción del texto, se emitirá una notificación indicando si procede la evaluación por parte del Consejo Editorial y de Evaluadores Externos. En caso de deficiencias esenciales, es decir, insubsanables se comunicará la no admisión (sin opción a apelación). En caso contrario si existen deficiencias subsanables (forma, incoherencias leves en el sistema de citas, otros), se devolverá al remitente para su corrección en un plazo máximo de 10 días. En caso de no recibir respuesta por parte del remitente dentro del plazo establecido se desestimaré la propuesta.
- b) Segundo proceso: consiste en la revisión de pares (sistema doble ciego). Las contribuciones serán evaluadas científicamente por dos o más expertos (externos) en el ámbito propuesto. Los informes indicaran las siguientes recomendaciones: aceptar (publicable) sin cambios, aceptar con revisiones menores (publicable con cambios), aceptar con revisiones mayores (publicable con cambios drásticos), no publicable (rechazado). En base a los informes se efectuará la decisión final de aceptación o rechazo. En caso de discrepancia entre informes se remitirá el texto a revisiones adicionales (tercer dictamen).

Los autores recibirán los informes de evaluación científica de forma anónima. Asimismo, los aportes evaluados de manera positiva y que

requieran revisiones menores o mayores deberán ser devueltos con un plazo máximo de 7 días calendario. La Revista Ruptura se reserva el derecho de efectuar correcciones de estilo y cambios editoriales que considere pertinentes y necesarios con la finalidad de mejorar el texto.

Diagramados los aportes, estos serán remitidos a los autores para su verificación y corrección (tipografía y ortografía) en un plazo máximo de 10 días. El acceso a la versión definitiva será posible on-line.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A (POLÍTICAS DE ACCESO Y REUSO)

Aquellos autores/as que tengan publicaciones la Revista Ruptura, aceptan los términos siguientes:

- 1) Los autores/as ceden sus derechos de autor de carácter patrimonial (conservando los morales). En ese sentido, ceden a la Revista Ruptura el derecho de (primera) publicación de su obra.
- 2) Se permitirá a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en la Revista Ruptura. Sin embargo, para republicación o traducción total o parcial del aporte, será necesario contactar con la revista y recabar la respectiva autorización expresa.
- 3) Los autores/as podrán colaborar/participar de la distribución de su aporte indicando la publicación inicial en la Revista Ruptura.
- 4) Se autoriza a los autores/as difundir su obra a través de internet (ej. Pagina web personal y/o institucional) de manera posterior al proceso de evaluación y publicación con la finalidad de incentivar los intercambios intelectuales y/o de opinión e incidir favorablemente en las citas de la obra publicada.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS ÉTICOS (CODIGO DE ÉTICA)

Además de los lineamientos éticos propios de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (ver Código de Ética y Código de Ética de la Investigación y el Aprendizaje disponibles <https://www.puce.edu.ec/intranet/normativainstitucional>) y recomendaciones y

lineamientos del Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación (disponibles en <https://www.puce.edu.ec>) la Revista Ruptura acoge como fundamentación ética y de buenas practicas editoriales los protocolos establecidos por el Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

POLÍTICAS Y DETECCIÓN DE PLAGIO

Las contribuciones remitidas a la Revista Ruptura serán sometidas a análisis del programa automático URKUND (que permite la revisión de trabajos escritos con la intención de revisar su grado de semejanza con otras fuentes bibliográficas). Para mayores alcances visitar: <https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/>.

Asimismo, se aplicarán los lineamientos y recomendaciones indicados por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE en su página web (ver <https://www.puce.edu.ec>) y las directrices incluidas en el organigrama del Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

En caso comprobado de plagio la Revista Ruptura:

- Informará al editor de la revista en la que fue publicado (total o parcialmente) el documento plagiado.
- Infamará a los autores/as del documento plagiado.
- Publicará una retractación oficial del trabajo.
- No publicará ningún otro trabajo de los autores/as involucrados por un periodo de 5 años.

EDITORIAL STANDARDS, RUPTURA

Authors wishing to submit articles for analysis and approval of publication by the journal's Editorial Committee must:

1. Submit the article using the Journal platform or send an email with the document and/or your questions to:
 - a) Director and Chief Editor: Renata Yunda López. Mails: revistarupturafj@gmail.com.
 - b) Assistant Director and Assistant Editor: revistarupturafj@gmail.com.

IMPORTANT: In the course of the Revista Ruptura Journal processes (reception, review, evaluation, publication, etc.), the complete anonymity of the authors with peer reviewers and/or third parties will be guaranteed.

2. The journal accepts documents prepared in Spanish, English, French, Portuguese and Italian.
3. The article must fulfill one of the categories proposed for scientific articles. When uploading to the platform and/or in the subject of the email, indicate the article type.
4. **The accepted typologies are:**
 - a) **Articles:** original unpublished articles will be selected, which must be published only in the Ruptura Legal Journal. Only the journal is authorized to edit formats (but not information), and it will be the only journal to publish the article. The articles must present, in detail, the original results for the research projects presented and indicate their origin (project carried out using competitive funds, independent project, other). Bibliographical references cited must be included. Articles must be original, and not subject to evaluation processes by any other publication. The minimum extension will be 4,000 words.

The structure can contain the following sections:

- 1) Introduction
- 2) Methodology
- 3) Results
- 4) Discussion
- 5) Conclusions
- 6) Bibliographic references (includes bibliography cited in the text)

IMPORTANT: results must come from research with a theoretical-conceptual, analytical, interpretative or critical perspective.

- b) **Book critiques and/or reviews:** brief structured essays that critically analyze and contextualize an publishing novelty of academic interest to the journal's themes. The minimum extension will be 3,000 words. and the bibliographical references cited must be included. Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. They should contain an introduction, body, and conclusions.
- c) **Miscellaneous:** articles related to the major thematic areas (within legal science) generally addressed by the Ruptura journal. That is to say, original documents dealing with investigations of various types, in which the law has transcendent significance, will be accepted. The minimum extension will be 4,000 words (this count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the published content, texts will be sent by the Revista Ruptura for anonymous (double blind) evaluation. The documents should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.
- d) **Research Notes:** these are articles of legal significance characterized by their basis on preliminary works (within a research project, or within ongoing matrix research); which, scientific method and rigor notwithstanding, present innovative methodological aspects or results that, due to their nature, are considered by the author to be of interest for publication prior to the finalization of research. The

minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of content published, texts will be sent by the Ruptura Journal for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

- e) **Research Summary and/or Report:** the Ruptura Journal accepts two types of legal-scientific research reports: technical reports, and informative reports. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.
- The first emphasizes the methodology and techniques used, the validity and reliability of the results, the theoretical framework of the research and the use of specialized terminology.
 - The second includes research procedure and simple and expressive illustrations of results, and emphasizes conclusions and recommendations.

The minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the content published, texts will be sent by the Ruptura Journal for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

5. General document characteristics:

Documents must be in Word format, and must include: title, author or authors, and contact address (email and postal address). It is essential to indicate which author (corresponding author) will be responsible for receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be in charge of this function. The text must be simple spaced, Garamond font, size 12. Within the document, the main information for the author or authors must be specified, which should include: highest level of education obtained, institutional affiliation, city, State or department, country, email (institutional), Google Scholar and ORCID.

6. The article submission must be accompanied by the resume of each of the authors and the signed transfer of rights letter (download and/or request by email).
7. Write the document with an extension according to the typology selected. It must be preceded by a brief summary of the work in Spanish and English ("abstract") not exceeding 150 words. In both, you must indicate: a) objective; b) methodology; c) results; and d) conclusions. After the summary and the "abstract", four to six key words should be included to identify the main topics addressed (Spanish and English, respectively). These should be searched in the UNESCO Thesaurus.
8. Book reviews and critiques should be preceded by the names, surnames and profession of authors reviewing or critiquing, as well as complete bibliographical details (author's names and surnames, full book title, edition number, city of publication, publisher, year of publication).
9. Translations of previously published works are not considered unpublished documents, but rather as dissemination documents. However, they will go through the same article selection process. They must clearly indicate the sources and origin of the original text, as well as the respective permission for publication.
10. Send graphs, maps and photographs in a minimum resolution of 266 dpi, in jpg or gif format. Together with the tables should be the document annexes, indicating the location where they should be placed within the text. All of these resources must be listed consecutively in Arabic numerals and should clearly indicate the corresponding source(s). Only horizontal lines may be used in the tables, in accordance with the APA norms, sixth edition.
11. Cite bibliographic sources of less than 40 words within the text, as follows: (author, year, page). Example: (Muñoz, 1996, p.30). Quotations of more 40 words are written separately from the text, indented, without quotation marks or italics. At the end of the quotation, a period must be placed before the information remember that in quotations with less than 40 words, the period goes afterwards.

12. Footnotes numbered in consecutive order will be used only for clarifications, comments, discussions and submissions by the author, and should be placed on the corresponding page, in order to facilitate the reader in following the reading of the text.

IMPORTANT: Starting with the journal's fourth issue, bibliographical references will be unfailingly made based on the APA norms, sixth edition. Defects in format will result in automatic rejection.

Remember that all references must use French sangria. Below are examples of the requirements:

Book:

Last name, Initials of author's name (Year). Book Title. Place of publication: Publisher.

Book with editor:

Last name, initials of author's name (Ed.). (Year). Title. City, Country: Publisher.

Book chapter:

Last name, Initials of author's name. (Year). Chapter Title. Initials of name of the editor or compiler. Last name. (Ed.) or (Comp.), Title of the book. Place of publication: Publisher.

Magazine article:

Last name, Initials of author's. (Year). Article title. Name of journal, volume (number).

Article with DOI:

Last name, Initials of author's name. (Year). Article title. Name of journal, volume (number). Doi: xx.xxxxxxx.

Newspaper article:

Last name, Initials of author's name. (Date). Article title. Newspaper name.

Graduate or postgraduate thesis:

Last name, Initials of author's name. (Year). Thesis title (Undergraduate, master's or doctoral thesis). Name of institution, place.

Online:

Last name, Initials of author's name (Date). Article title. Retrieved from (URL).

Observation for Authors

- a. It is necessary that the last names (separated by a hyphen) and the first names of all authors appear. In addition, a footnote should be included for each author, giving the highest academic degree attained, institutional affiliation, city (state or department), country, institutional email address, ORCID code and link to Google Scholar profile.
- b. The first author will be the person considered for registry in the different indexing and summary service databases.
- c. It is essential that it be indicated which author will be in charge of receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be responsible for said function.

PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW BY RELATED PARTIES

The Journal of the Department of Jurisprudence at the Pontifical Catholic University of Ecuador (the Ruptura Journal) is an ongoing, semi-annual scientific publication (January-June) (July-December) published by the University Publications Center under the auspices of the University Office for Research. The call for papers closes on June 30th and December 31st of each year, though the Ruptura Journal is open to receiving articles throughout the year. Its emphasis is on the legal field (understood as “prima facie” in a theoretical sense) and its relationship with other disciplines, knowledge and sciences.

The Journal directs its editorial policies based on harmonization of the general and specific requirements of LATINDEX, SCIELO (Ecuador) and SCOPUS. In addition, it considers current legal and regulatory guidelines, SENESCYT guidelines, the General Regulations for PUCE Publications and the general policies on publications and scientific research governed by the Department of Jurisprudence, the Office of Research, and the Publications Center.

1. Each of the articles received is submitted to a process of review and selection. The duration of this process is variable and can range from three and eighteen months.
2. The Editorial Management Team is in charge of the study and initial selection of the texts and accepts or rejects the originals according to their scientific quality, in concordance with the journal's themes and the temporal validity of the results.
3. The Editorial Committee of the Ruptura Journal is composed of the members of: a) the Editorial Board and b) the Editorial Management Team.
4. Members of the Editorial Board and the Editorial Management Team are obliged to provide the respective support to the Journal's processes.
5. One hundred percent of the Editorial Board's members are renowned national and international jurists external to the PUCE, who, respecting the strictest anonymity as required by the double-blind system, can officiate as evaluators in related matters and provide binding informed opinions in the evaluation process

of a document submitted for publication. However, in the case of officiating as blind reviewers for an article, jurists may not participate in other processes related to the document's publication (eg, voting for inclusion within a specific issue of the Journal, etc.).

6. In addition, the journal has the support of an Editorial Advisory Committee. This committee is composed of PUCE professors who act as general consultants (without binding opinion), but in no case as evaluators and/or blind peers. This committee is not part of the Editorial Committee of the Ruptura Journal.
7. The Editorial Management Team, on behalf of the Ruptura Journal Committee, can request modifications and make recommendations deemed necessary to adjust the document to the journal's indications (based on the results submitted by blind peers and other general considerations, such as format, etc.).
8. After this revision, the manuscript is subjected to "double blind" evaluation by two external academic peers.
9. Using an evaluation format established by the Journal (see article evaluation format) these academics issue a report (opinion), which can be:
 - a) Approved without changes.
 - b) Approved subject to minor changes (does not require new evaluation).
 - c) Approved subject to major changes (requires new evaluation).
 - d) Rejected (not publishable in the Ruptura Journal).
10. In the event that the evaluators' decision results in controversies, said controversies will be initially resolved by the Chief Editor and/or the Assistant Editor or, if necessary, a second or third evaluation by external academic peers will be requested.
11. During all mentioned processes, the anonymity of authors and peer reviewers (evaluators) is guaranteed.
12. Likewise, the author (and/or corresponding author) will be informed of the result of the evaluation via email. This is in order

to make the necessary adjustments as requested by the evaluators.

13. When receipt of the corrected document is confirmed, compliance with the evaluators' suggestions will be verified and the justifications for those not taken into account will be analyzed.
14. Once this phase has been completed, the article will be resent to the author, if necessary, to make the pertinent adjustments.
15. The process for the review and evaluation of material delivered may take an average of at least three months.

16. IMPORTANT:

- a) The reception of a document does not imply the approval and/or immediate publication thereof.
- b) All documents will undergo a documentary similarity review ("anti-plagiarism" through the URKUND platform).
- c) The average publication time for an article ranges from six to eighteen months.
- d) Subsequent verification of plagiarism (due to reader complaint) will lead to immediate withdrawal of the publication. Any complaint of plagiarism must be accompanied by the respective proof.
- e) The Journal accepts general and informed comments and opinions from its readers and considers them contributions to external reviews (documentaries) and management processes.
- f) The Journal is a freely-distributed publication (free access, with partial and/or full free download)
- g) The Journal does not request payments, financial collaboration and/or donations from authors. None of its members is qualified to request any type of economic compensation in exchange for facilitating publication in the journal. None of its members is able to influence the evaluation process and unilaterally decide on the publication or rejection of a document submitted for double-blind review. This type of conduct is sanctioned with expulsion and referral of the case to the PUCE Ethics Committee.

EDITORIAL PROCESS

Ruptura Journal acknowledges the receipt of the contributions sent by email and through its platform, will manage the status of the documentary process (acceptance and rejection). In case of acceptance, the aspects related to the editing process will be notified. Also, through the portal of the magazine, in the Proposals section you can find the Guidelines for Authors / Authors and the Process of Peer Review and Journal Related Processes or details of management. In addition, the Ruptura Journal has the Important Documents section where they are located: 1) the Declaration of Commitment of the Authors; 2) the physical model of the Peer Review Texts Evaluation Report; and 3) the Assignment of Rights.

It is reported that the submitted contributions will comply with a double process:

- a) First process: carried out with the purpose of determining the relevance and scientific solvency of the article. In a maximum of 45 days from the receipt of the text, a notification will be issued indicating whether the evaluation by the Editorial Board and External Evaluators should proceed. In case of essential deficiencies, that is to say, insubstantial, the non-admission will be communicated (without option to appeal). Otherwise, if there are correctable deficiencies (form, slight inconsistencies in the appointment system, others), it will be returned to the sender for correction within a maximum period of 10 days. In case of not receiving a response from the sender within the established deadline, the proposal will be rejected.
- b) Second process: consists of peer review (double blind system). The contributions will be scientifically evaluated by two or more (external) experts in the proposed field. The reports will indicate the following recommendations: accept (publishable) without changes, accept with minor revisions (publishable with changes), accept with major revisions (publishable with drastic changes), not publishable (rejected). Based on the reports, the final decision of acceptance or rejection will be made. In case of discrepancy between reports, the text will be sent to additional revisions (third opinion).

The authors will receive the scientific evaluation reports anonymously. Likewise, the contributions evaluated in a positive manner

and that require minor or major revisions must be returned with a maximum term of 7 calendar days. The Ruptura Journal reserves the right to make style corrections and editorial changes that it considers pertinent and necessary in order to improve the text.

Contributions are structured, these will be sent to the authors for verification and correction (typography and spelling) within a maximum period of 10 days. Access to the final version will be possible on-line.

COPYRIGHT NOTICE (ACCESS AND REUSE POLICIES)

Those authors who have published the Ruptura Journal, accept the following terms:

- 1) The authors grant their copyright of a patrimonial nature (preserving the moral rights). In that sense, they give the Ruptura Journal the right to (first) publish their work.
- 2) Third parties will be allowed to share the work whenever its author is indicated and its first publication in the Ruptura Journal. However, for republication or total or partial translation of the contribution, it will be necessary to contact the journal and obtain the respective express authorization.
- 3) The authors may collaborate/participate in the distribution of their contribution indicating the initial publication in the Ruptura Journal.
- 4) Authors are authorized to disseminate their work through the Internet (eg personal and / or institutional website) after the evaluation and publication process in order to encourage intellectual exchanges and/or opinion and favorably affect the citations of the published work.

DECLARATION OF ETHICAL PRINCIPLES (CODE OF ETHICS)

In addition to the ethical guidelines of the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE (see Code of Ethics and the Code of Ethics of Research and Learning available <https://www.puce.edu>).

ec/intranet/institutional/normativa) and recommendations and guidelines of the Publications Center and the Research Directorate (available at <https://www.puce.edu.ec>) the Ruptura Journal welcomes as ethical foundation and good editorial practices the protocols established by the International Committee of Ethics in Scientific Publication - COPE (available at <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

POLICIES AND PLAGIAR DETECTION

The contributions sent to the Ruptura Journal will be subjected to analysis of the URKUND automatic program (which allows the revision of written works with the intention of revising their degree of similarity with other bibliographic sources). For more information visit: <https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/>.

Likewise, the guidelines and recommendations indicated by the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE will be applied on its website (see <https://www.puce.edu.ec>) and the guidelines included in the organizational chart of the International Committee of Ethics in the Scientific Publication - COPE (available at <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

In case of proven plagiarism, the Ruptura Journal:

- Inform the editor of the journal in which the plagiarized document was published (totally or partially).
- Will inflict the authors of the plagiarized document.
- Publish an official retraction of the work.
- Will not publish any other work of the authors involved for a period of 5 years.

ANEXO 1

REVISTA RUPTURA DECLARACIÓN DE COMPROMISO DE LOS AUTORES

Este formato deberá ser completado y remitido a la Revista Ruptura (revistarupturafj@gmail.com). Si el artículo no es aceptado para publicación, este documento no surtirá efectos y será considerado nulo.

Título del artículo: _____

Se declara que:

- a) El/los autor/es asumen la responsabilidad por todos los conceptos y opiniones emitidas en sus artículos. La Revista Ruptura no se responsabiliza por los juicios y conceptos emitidos en los artículos publicados. También, se garantiza que quienes aparecen como autores son responsables intelectuales del referido artículo. Los derechos de autor se registrarán por la normativa nacional vigente y la reglamentación interna de la PUCE.
- b) El contenido de los artículos no ha sido publicado en otra revista y además no ha sido, ni será enviado para su publicación a otra revista, mientras dure el proceso de evaluación y aceptación en esta.
- c) Se adquiere el compromiso de atender las indicaciones y sugerencias de los pares evaluadores, si persiste la intención de publicar su material en esta revista.
- d) Se adquiere el compromiso de ceder los derechos patrimoniales de comunicación y distribución del texto y material visual del artículo a la Revista Ruptura. Además, se adquiere el compromiso de reconocer los créditos de publicación a la Revista Ruptura al hacer uso posterior del material publicado.
- e) Se tiene completo conocimiento de que el proceso de revisión y aceptación del material entregado puede tardar hasta dieciocho meses, además de que su recepción no implica la aprobación y publicación automática de mismo.

f) Se adquiere el compromiso de diligenciar el formato adjunto de hoja de vida.

Se firma para constancia de lo declarado

Autor1 _____

Firma _____

Autor2 _____

Firma _____

Autor3 _____

Firma _____

ANEXO 2

INFORME DE EVALUACIÓN DE TEXTOS EN REVISIÓN POR PARES (VERSIÓN IMPRESA)

1. El objetivo de este documento es evaluar una obra, y calificar sus fortalezas, debilidades, aporte al conocimiento y oportunidad de publicación.
2. Por ser una revisión de pares ciegos, no se deben incluir referencias que pudieran apuntar al nombre o institución del revisor.
3. Sea lo más conciso y claro posible.
4. Se establecerá el plazo en la carta de solicitud adjunta al presente informe.

A. INFORMACIÓN DEL TEXTO Y EVALUADOR

Título de la obra	
Datos del revisor	
Nombre	
Ciudad	
País:	
Correo Electrónico	
Institución	
Fecha de entrega del formulario al evaluador	

B. EVALUACIÓN

C. Consideraciones generales:

Selección con una X su consideración

Pregunta	Si	No
<p>1. ¿El tema del texto se ajusta a los requerimientos?</p> <p><i>Los textos presentados en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben:</i></p> <p>a. <i>Responder a las exigencias de una formación integral de la persona humana.</i></p> <p>b. <i>Preparar y Enseñar en las dimensiones científica, profesional, humana, social y cristiana.</i></p> <p>c. <i>Generar material académico comprometido con la realización de la justicia, el ejercicio y garantía de los derechos humanos y la transformación social.</i></p> <p>d. <i>Generar conocimiento actualizado que aproveche los recursos metodológicos, pedagógicos y técnicos del mundo moderno.</i></p>		
2. ¿El título del texto es adecuado?		
3. ¿El texto explicita o pone de manifiesto el público objetivo para el cual va dirigido?		
4. ¿El texto sería de interés para el público lector al cual va dirigido el texto?		
5. ¿Es comprensible para el/la lector(a)?		
6. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, & cuadros) y es apropiada su calidad?		

Si considera necesario, por favor, incluir sus valoraciones en el siguiente espacio.

--

D. Consideraciones cuantitativas:

Por favor, califique cada ítem y desarrolle brevemente su respuesta

Pregunta	Responder en escala de 1 a 5 (1:min, 5:máx)	Desarrollo de la respuesta
1. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?		
2. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad materia del texto?		
3. ¿Se incluye una hipótesis y/o problemática coherente que fue probada/descrita en el desarrollo del texto?		
4. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema(s)?		
5. ¿Los resultados/análisis/descripciones del texto son presentados con claridad y fueron procesados de acuerdo a las reglas de la ciencia?		
6. ¿Existe argumentación y originalidad en la presentación de resultados?		
7. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?		

8. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, y cuadros) y es apropiada su calidad?		
9. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?		
10. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas?		
TOTAL		

E. Concepto sobre publicación:

Señala si se considera pertinente publicar o no el texto y, en caso afirmativo, posibles sugerencias al autor.

Guía de decisión:

Puntaje	Calificación
45-50	Acepta el texto tal como está.
45-30	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
30-25	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
25-0	El texto es rechazado

Por favor marque con una x su decisión:

<input type="checkbox"/>	Acepta el texto tal como está.
<input type="checkbox"/>	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
<input type="checkbox"/>	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
<input type="checkbox"/>	El texto es rechazado

En el siguiente espacio proporcionado desarrolle su decisión.

--

Firma:

Datos del Revisor:

ANEXO 3

CESIÓN DE DERECHO - REVISTA RUPTURA

Ciudad, día de mes de año

**Señor. Director de la Revista Ruptura
Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

Ref.: Cesión de Derechos

El motivo de la presente es saludarlo y comunicarle que cedo los derechos patrimoniales del texto: "XXXXXXXXXXXXX" (nombre del autor/nombres de los autores) a la Revista Ruptura. Efectué la presente cesión con la finalidad de facilitar su publicación. Entiendo que la presente cesión no constituye confirmación de publicación ni puede ser usada con tal fin.

Mediante este documento, asimismo, entiendo mi compromiso de no enviar el mismo original para la publicación en otro medio de difusión cualquiera que sea su formato o carácter

En ese sentido, quedo atento/a a cualquier comunicación posterior.

Atentamente,

Nombre y Apellidos

Filiación y/o Actividad (Ej. Investigador/a Jurídico/a)

APPENDIX 1

RUPTURA JOURNAL STATEMENT OF RESPONSIBILITY OF AUTHORS

This form must be completed and returned to the Ruptura Journal (re-
vistarupturafj@gmail.com). If the article is not accepted for publica-
tion, this document will have no effect and will be considered void.

Article title: _____

It is declared that:

- a) The author(s) take responsibility for all ideas and opinions expressed in their articles. The Ruptura Journal is not responsible for the judgments and ideas expressed in articles published. It is likewise guaranteed that those appearing as authors are intellectually responsible for said article. Copyrights will be governed by the national regulations in force and by the internal regulations of the PUCE.
- b) The content of the articles has not been published in any other journal, and it has not been, nor will it be, sent to any other journal for publication for the duration of the evaluation and acceptance process.
- c) A commitment is made to respond to the indications and suggestions of peer reviewers, if the intention to publish material in this journal continues.
- d) There is a responsibility to assign the patrimonial rights of communication and distribution for the article's text and visual material to the Ruptura Journal. In addition, a commitment is made to grant publication credits to the Ruptura Journal when making use of the published material.
- e) It is fully understood that the review and acceptance process for material delivered may take up to eighteen months; furthermore, receipt of material does not imply the approval and automatic publication thereof.

f) A commitment is made to fill out the attached resume form.

Signed as proof of that declared.

Author1 _____
Signature _____

Author2 _____
Signature _____

Author3 _____
Signature _____

APPENDIX 2

EVALUATION REPORT FOR PEER REVIEW OF TEXTS (PRINTED VERSION)

1. The objective of this document is to evaluate a work, and to describe its strengths, weaknesses, contributions to knowledge, and opportunity for publication.
2. Since this is a blind peer review, references that could indicate the reviewer's name or institution should not be included.
3. Be as clear and concise as possible.
4. The deadline will be established in the application letter attached to this report.

A. INFORMATION ON TEXT AND EVALUATOR

Title of the Work	
Peer reviewer Information	
Name :	
City:	
Country:	
Email:	
Institution:	
Delivery date of the form to the evaluator:	

B. EVALUATION

C. General Considerations:

Select your consideration with an X

Question	Yes	No
<p>1. Does the text's theme conform to the requirements?</p> <p><i>The texts presented to the PUCE Department of Jurisprudence must:</i></p> <p>a. <i>Respond to the demands of an integral formation of the human person.</i></p> <p>b. <i>Prepare and Teach in the scientific, professional, human, social and Christian dimensions.</i></p> <p>c. <i>Create academic material committed to the realization of justice, the exercise and guarantee of human rights, and social transformation.</i></p> <p>d. <i>Create updated knowledge that takes advantage of the modern world's methodological, pedagogical and technical resources.</i></p>		
2. Is the title of the text adequate?		
3. Does the text make explicit or demonstrate the target audience for which it is intended?		
4. Would the text be of interest to the reading public to which it is directed?		
5. Is it understandable for the reader?		
6. Is the inclusion of all of its images (tables, illustrations, photos & graphs) justified, and is their quality appropriate?		

If you consider it necessary, please include your evaluations in the following space.

--

D. Quantitative Considerations:

Please rate each item and briefly develop your answer

Question	Answer on a scale of 1 to 5 (1:min, 5:máx)	Development of the Response
1. Does the text contribute to the theory of knowledge regarding the area dealt with?		
2. Is actuality and relevance present in the text's material reality?		
3. Is a coherent hypothesis and/or problem that was tested/described in the text's development included?		
4. Is the literature cited current and in line with the topic(s)?		
5. Are the results/analyses/descriptions of the text clearly presented and processed according to the rules of science?		
6. Is there argumentation and originality in the presentation of results?		
7. Is methodological coherence present throughout the work's structure?		

8. Is the inclusion of all images (tables, illustrations, photos, and pictures) justified and is their quality appropriate?		
9. Is the writing style didactic, well-developed and grammatically correct?		
10. Are the required rules of style met?		
TOTAL		

E. Concept regarding publication:

Indicate whether or not publishing the text is considered relevant and, if so, possible suggestions for the author.

Decision Guide:

Score	Qualification
45-50	Accept text as is.
45-30	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
30-25	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
25-0	The text is rejected

Please mark your decision with an x :

	Accept text as is.
	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
	The text is rejected

Develop your decision in the following section.

--

Signature:

Peer Reviewer Information:

APPENDIX 3

TRANSFER OF RIGHTS RUPTURA JOURNAL

City, day, month

**Director of the Ruptura Journal
Pontifical Catholic University of Ecuador**

Ref.: Transfer Rights

The reason for this letter is to greet you and to inform you that I assign the patrimonial rights for the text: "XXXXXXXXXXXXX" (name of the author/names of the authors) to the Ruptura Journal. This transfer of rights is in order to facilitate publication of the text. I understand that this transfer of rights does not constitute a confirmation of publication, nor may it be used for such purpose.

With this document, I likewise acknowledgement my commitment not to send the same original text for publication in any other media, regardless of its format or character

I remain attentive to any subsequent communication.

Sincerely,

First and Last Names

Affiliation and/or Activity (i.e., Legal Researcher)



La Revista Ruptura, es una publicación científica de carácter bianual de la Asociación Escuela de Derecho (AED) de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Nacida en el año de 1949 bajo el nombre de "Revista de la Asociación Escuela de Derecho" constituye además la primera publicación de la PUCE (en su Número 18 cambio a su actual denominación). Este número se inserta dentro de la Tercera Época de la revista, que utilizará la plataforma digital como su medio principal difusión y distribución. Cuenta con el aval investigativo, académico e instruccional del Comité Editorial (Publicaciones) de la Facultad, el Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE. Asimismo, la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras del más alto prestigio y miembros de los mejores estudios jurídicos del país que combinan el libre ejercicio con la labor docente. Aborda temas desde una perspectiva exegética, inter y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Se edita en castellano, inglés, italiano, francés y portugués. Incluye artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y recensiones de libros. La selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado.



Andorra & Escobar
ABOGADOS



LEXVALOR
Abogadas

DURINI & GUERRERO
ABOGADOS

ABOGACIA



PUENTE &
ASOCIADOS
ESTUDIO JURÍDICO

FERRERE



BEDÓN & CÍA.
ESTUDIO JURÍDICO

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP