

RUPTURA

Comité Editorial de la Revista Ruptura 2021, Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (período 2021) y con el apoyo del Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

www.revistaruptura.com

Editado por: Comité Editorial de la Revista Ruptura 2021.

Comité Editorial conformado por: Vanessa Zaldumbide, Verónica Guerra, Nicolás Merizalde, Luis Miguel Rivera, Verónica Terán, Paula Jácome, Ricardo Tomalá, Julia Cañas, Juan Aguirre, Nixon Guamán, Carolina Córdova, Diego Rodríguez, Emilio Zambrano, Nicole Ayala, Pedro Sánchez, Sofía Duque y Efrén Guerrero (aval académico).

ISSN (impreso): 1390-7182

ISSN (digital): 2737-6346

Todos los derechos reservados. El contenido de la obra se encuentra protegido bajo la licencia de Creative Commons – Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional –

Se autoriza su reproducción siempre que se cite su fuente.

Quito- Ecuador 2021

Impreso por: FREdiciones

Diseño de Portada: Martha Vinueza M.

Diagramador: Martha Vinueza M.



Esta obra se encuentra bajo licencia de Creative Commons – Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional –



AED
Asociación Escuela de Derecho

**DIRECTORIO DE LA
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2021**

Luis Miguel Rivera Gallardo
PRESIDENTE

Nicole Carolina Ayala Pérez
VICEPRESIDENTA

CONSEJO DE FACULTAD
David Israel González Pogo
Cinthia Carolina Hernández Piñuela

COMISIÓN ACADÉMICA

Pedro Ariel Sánchez Buenaño
Gustavo Andrés Flores Jurado
Sofía Duque Mesa
María Gracia Suárez Morales
Zarai Victoria Reina Coral
María Emilia Aliaga Guijarro
Josué Camino Arias
Kevin Fernando Correa Ordóñez
Leonardo Gabriel Cáceres Rojas

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN

Ruth Alejandra Ríos Sánchez
Gonzalo Ignacio Sánchez Padilla
Kelly Vanessa Tibán Díaz
Nixon Alexander Guamán Solórzano
Evelyn Nerea Paredes Vera
Nicole Estefanía Vilmonte Lascano
Julieta Cecilia Jiménez Pavón
Dayra Abigail Jara Herrera

COMISIÓN DEPORTIVA

Ernesto Michael Espinosa Cerna
Nicolás Iván Díaz Torres
Helen Valería Flores Díaz
Iván Andrés Cajas Arciniegas
Emilio Esteban Zambrano Rogel
María Sol Silva Rengifo
Daniela Sánchez Pasquel
Patricio Alexander Paz Caicedo
Diego Mauricio Gortaire León

COMISIÓN SOCIAL CULTURAL

Paula Camila Vallejo Reyes
Camila Isabel Gómez Carrión
Mateo Lenin Núñez Villegas
Harold Mateo Carrera Bravo
María Camila Vásquez Ríos
Julián Andrés Cárdenas Monteros
Karen Nicole Calderón Chávez
Daniela Cristina Villacís Zamora

Alex Gabriel Ruiz Reyes
SECRETARIO

Priscila Estefanía Badillo Lascano
TESORERA

Juan Carlos Mejía De los Reyes
DEFENSOR ESTUDIANTIL

PRESENTACIÓN

Hablar de la Asociación Escuela de Derecho es hablar de más de siete décadas de trabajo, entrega y profundo sacrificio. Muestra de aquello es que apenas bastaron nueve meses para que los inaugurados y entusiastas primeros directivos se embarquen en una de las aventuras más desafiantes de la administración: la creación de una revista académica que aborde los principales temas de relevancia jurídica en los contextos nacional e internacional.

Frente a esta ambiciosa empresa, el entonces rector de la Universidad, el padre Aurelio Espinosa Pólit SJ, advertía que publicar una revista es un grave compromiso ante el público, pues requiere el aseguramiento de una publicidad regular y, sobre todo, el mantenimiento del rigor académico que una obra universitaria debe procurar.

De la misma manera, el decano fundador de la Facultad de Jurisprudencia, el Dr. Julio Tobar Donoso, recibía con beneplácito la creación de la primera publicación jurídico-estudiantil del Ecuador y una de las más antiguas de Latinoamérica. Con afecto afirmaba que la revista de la Asociación Escuela de Derecho es parte significativa de la historia de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, ya que en ella se han publicado importantes estudios de los profesores y muchos felices ensayos de los propios estudiantes.

En ese sentido, la Asociación Escuela de Derecho, indiscutiblemente, ha privilegiado a RUPTURA como uno de sus proyectos más emblemáticos, buscando proteger institucionalmente, inclusive, la garantía de su publicación y la revisión meticulosa de los aportes que son entregados por los investigadores jurídicos que, año a año, se suman con fervor a esta iniciativa.

Considerando este importante legado y asumiendo como propios los esfuerzos realizados por quienes nos antecedieron, el Directorio de la Asociación Escuela de Derecho constituyó, con responsabilidad y compromiso, el Comité Editorial de la Revista RUPTURA, en la edición correspondiente al año 2021. Este Comité se encuentra conformado por destacados estudiantes, egresados y directivos, quienes se apoyan en el

invaluable trabajo de un equipo de Revisores Externos que provienen de un cenáculo de académicos, investigadores y profesionales de universidades, estudios jurídicos e instituciones públicas y privadas de gran prestigio nacional y extranjero.

Con este aval, el equipo editorial se propuso el objetivo de trabajar incansablemente por más de seis meses, en labores de revisión, corrección, envío y maquetación de los numerosos artículos que son enviados a nuestra Revista, gracias a la reputación que mercedamente ha logrado a lo largo de estas décadas.

Después de largos meses de trabajo, ponemos a su consideración esta edición, que materializa la entrega y la dedicación de todos quienes hacen posible que RUPTURA vea la luz cada año. Aprovecho la oportunidad, para agradecer enormemente el empeño, la prolijidad y la paciencia de la Srta. Vanessa Zaldumbide Vaca, miembro del Comité Editorial y principal gestora de la publicación de este año. También agradezco a todo el equipo de gestión editorial, pues no es tarea sencilla asumir este reto en medio de la catástrofe mundial.

En igual tenor, extendiendo mi más profundo agradecimiento a los autores de los artículos contenidos en la presente obra, ya que tener la valentía de investigar y escribir sobre temas de relevancia es un desafío que muy pocos asumen; y, menos aún, haciéndolo con prolijidad y destreza. ¡Gracias por haber sido pacientes con un proceso que, ciertamente, fue largo y laborioso, pero que hoy rinde abundantes frutos!

Finalmente, solo me queda exhortar a las nóveles generaciones a continuar con la preservación del mayor patrimonio que posee la Asociación Escuela de Derecho. Esa será la tarea: mantener vivo y fortalecido este espacio de difusión del pensamiento jurídico que es creado, gestionado y dirigido para los estudiantes de la carrera de Derecho que, por autonomía, están ávidos de conocimiento y superación.

Luis Miguel Rivera Gallardo
PRESIDENTE AED 2021

CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL

La Revista Ruptura desde sus inicios en marzo de 1949, se ha convertido en un espacio para el debate jurídico y académico. Que, no siendo de otra manera, busca enriquecer a un foro en continuo desarrollo, entendiendo así mismo la importancia de involucrar en primer plano a los jóvenes. Razón por la cual, los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador administran y dirigen esta publicación de manera anual. Dejando como legado no solo los volúmenes impresos, sino equipos de trabajo comprometidos con uno de los propósitos más grandes que tenemos, trascender a través de la investigación.

Son más de 70 años de vida de Ruptura, que un inicio fue denominada como “Revista de la Asociación Escuela de Derecho”. Posteriormente, en 1966 en su décimo octavo número, cambió a RUPTURA, nombre que ha llevado hasta la actualidad. Más allá de estos cambios, la esencia ha perdurado, tanto profesores como estudiantes contribuyen de manera activa. Y que hoy en día, recibe de una esfera aun mas amplia, potenciales contribuciones. Todos nuestros autores son, en verdad, apasionados por el derecho y su constante desarrollo, que hoy aportan desde nuevas plataformas que la era y las circunstancias nos ofrecen.

La Revista cuenta con un Comité Editorial y un Comité de Revisores Externos conformado por académicos, investigadores y profesionales de distintas universidades, estudios jurídicos e instituciones públicas a nivel nacional e internacional, especializados en diferentes ámbitos. Ruptura orienta sus políticas editoriales a partir de directrices generales y específicas de diversos catálogos de indexación. Todo aporte receptado es sometido a un proceso crítico del Comité Editorial y apoyado por nuestros revisores externos, que garantizan objetividad en las evaluaciones el sistema de “doble ciego”, que evita conflictos de intereses.

Es, al final de todo el proceso editorial, el momento ideal para entender el alcance de esta publicación. Día con día el legislador y nuestra realidad, reinventan todo lo conocido, pero dejamos evidencia de ese desarrollo. Nos permitimos ser críticos de cada decisión tomada por

los diferentes actores sociales. Cada página de esta publicación, y de aquellas que vendrán, son un recordatorio de esta etapa que el mundo va viviendo. Deseamos recalcar que el objetivo de la Revista RUPTURA es contribuir al desarrollo del Derecho, a la dogmática jurídica y a la academia para constituirse en un aporte invaluable y de alta calidad para el quehacer jurídico.

Comité Editorial
REVISTA RUPTURA

AGRADECIMIENTO

El Comité Editorial de la Revista Ruptura desea agradecer en primer lugar a cada uno de los autores quienes confían en el posicionamiento de la revista. Cuyo aporte fue cuidadosamente evaluado y denotada la preparación del mismo. Asimismo, a todos nuestros evaluadores pares, quienes son los encargados de que la rigurosidad, originalidad, pertinencia y relevancia del trabajo se cumplan para que este sea una contribución a la academia a nivel nacional e internacional.

Este proyecto no podría ser posible sin el apoyo incondicional de a nuestros aliados (Lexis, Horizonte Legal, la Librería Jurídica Cevallos, y al Estudio Jurídico Pérez Bustamante y Ponce) por confiar en nuestro trabajo y ayudarnos a transmitirlo en diferentes medios. Por último, pero no menos importante, a nuestro equipo de gestión editorial por el arduo trabajo durante todo el periodo, por su aporte y dedicación en las diferentes etapas para el beneficio de Ruptura.

Gracias al trabajo en conjunto y al aporte y colaboración de cada una de las personas mencionadas anteriormente, es que hoy la Revista Ruptura edición 2021 ve la luz y llega a todos ustedes una vez más, para así promover la discusión crítica de temas jurídicos de relevancia con altos estándares de calidad.

Comité Editorial de la Revista Ruptura

Vanessa Zaldumbide, Verónica Guerra, Nicolás Merizalde,
Luis Miguel Rivera, Verónica Terán, Paula Jácome, Ricardo Tomalá,
Julia Cañas, Juan Aguirre, Nixon Guamán, Carolina Córdova,
Diego Rodríguez, Emilio Zambrano, Nicole Ayala, Pedro Sánchez,
Sofía Duque y Efrén Guerrero (aval académico).

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	VII
CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL	IX
AGRADECIMIENTO	XI
ARTÍCULOS	19
La revocatoria de medidas cautelares en las coactivas: desproporcional e irracional <i>Farid Villacís De La Cueva</i>	21
Environmental liability: thoughts on juridical aspects of environmental impact assessment <i>Rubén Méndez Reátegui y Lissangee Mendoza García</i>	45
Los impactos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador <i>Lucía Belén Salazar Gómez</i>	77
La migración desde los derechos de la naturaleza <i>Felipe Castro León</i>	101

Reformas al Código de la Democracia: las cuotas de género y la participación política de la mujer en Ecuador en busca de la igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer <i>Rafaella Romo-Leroux Chacón, Manuela Antonia Borja Serrano y Miguel Ángel Villegas Pérez</i>	125
Principios de la justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador: una revisión crítica <i>Pablo Coloma Villacís</i>	149
Breve aproximación a la ciberdelincuencia desde una perspectiva criminológica <i>Pablo D. Punín Tandazo</i>	191
Comparación de sistemas penitenciarios internacionales basada en teorías de la pena desde una perspectiva filosófica: Cómo el sistema carcelario ecuatoriano podría restaurarse para evitar la violencia carcelaria <i>Verónica Alexandra Sigcho Espinoza</i>	231
¿Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos? <i>Andrés Sebastián Cevallos Altamirano, Patricia Lissette Martínez Vaca y Erick A. Panchi De Jesús</i>	291
El futuro de los servicios jurídicos desde la perspectiva del cliente <i>Pablo Suárez Rosero y José Andrés Tinajero Mullo</i>	337

Las reglas de interpretación del negocio jurídico aplicadas a la cláusula arbitral como mecanismo de distinción entre una cláusula suficiente o patológica

Carlos Villacreses Valencia y Martín Urbano Esparza

357

La Corte Constitucional del Ecuador: El “levantamiento del velo societario” como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado en aplicación a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales

Salomé Dávalos Sánchez

389

El Contrato de factoring: una herramienta financiera subestimada en el Ecuador

Emilie Idrovo Gallardo y Karla Barona Villalva

411

ARTÍCULOS

La revocatoria de medidas cautelares en las coactivas: desproporcional e irracional

The revocation of precautionary measures in coercive measures: disproportionate and irrational

Farid Villacís De La Cueva*

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 1 de noviembre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 31 de diciembre de 2021

Citación

Villacís, F. (2021). *La revocatoria de medidas cautelares en las coactivas: desproporcional e irracional*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (21-43)

DOI: 10.26807/rr.v3i03.92

Resumen: En el presente artículo se analizará las características esenciales de la coactiva, esta facultad de autotutela que mantiene la administración pública en el marco de su ejercicio de cobro de deudas que tengan las personas naturales o jurídicas frente a esta. Es así que, podrá el Estado adoptar medidas preventivas para precautelar que los bienes o activos del deudor no los enajene, done, destruya u otras acciones. La naturaleza de las medidas cautelares serán temporales y preventivas con el objetivo exclusivamente de garantizar al Estado recuperar lo adeudado.

Al tener características temporales y preventivas estas medidas cautelares contarán con la opción de pedir su revocatoria, sin embargo, hoy en día el Código Orgánico Administrativo, norma relativamente nueva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vuelve esta revocatoria una situación

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: faridv.08@hotmail.com

realmente compleja e incluso desproporcional, por ende, se genera una situación irracional que deja en indefensión a las personas, que podría incluso llegar a ser inconstitucional esta disposición. Por ende, este trabajo permite desarrollar con detenimiento la esencia de estas medidas preventivas y su correspondiente revocatoria en el marco de lo racional y proporcional para que no afecte a los derechos de las personas y al interés general de la administración pública.

Palabras claves: administración pública, facultad de autotutela, coactiva, medidas cautelares, revocatoria, proporcionalidad.

Abstract: *This article will analyze the essential characteristics of the coercive, this power of self-protection maintained by the public administration in the framework of its exercise of debt collection that people have against it. Thus, it may adopt preventive measures to prevent the debtor's property or assets from being sold, donated, destroyed or other actions. The nature of the precautionary measures will be temporary and preventive with the sole purpose of guaranteeing the State to recover what is owed.*

However, nowadays the Organic Administrative Code, a relatively new rule in the Ecuadorian legal system, makes this revocation a really complex and even disproportionate situation, therefore, it generates an irrational situation that leaves people defenseless, which could even become unconstitutional this provision. Therefore, this work allows to develop in detail the essence of these preventive measures and their corresponding revocation within the framework of what is rational and proportional so that it does not affect the rights of individuals and the general interest of public administration.

Keywords: *public administration, power of self-restraint, coercive, precautionary measures, revocation, proportionality.*

Introducción

La coactiva, es una facultad extraordinaria que posee de forma exclusiva el Estado a través de sus organismos y dependencias que se encuentren previamente permitidas mediante ley. Esta facultad no solo permite el

declarar e imponer un valor económico pendiente de pago a una persona natural o jurídica, o incluso otra entidad estatal, sino que, da la posibilidad a que esta deuda sea cobrada forzosamente sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional que permita adoptar medidas para el cobro de estos valores, como ocurriría en las relaciones jurídicas entre particulares.

La adopción de medidas para el cobro de lo adeudado al Estado proviene también del mandato legal, es decir, la ley prevee las medidas que se adoptarán en el ejercicio de la coactiva e incluso establece el procedimiento que deberá seguir el órgano público para ejercer esta facultad. En el presente artículo se analizará sobre el procedimiento de coactiva regulado en el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) sus particularidades, forma de suspensión de esta facultad tanto en vía administrativa como en judicial al amparo de lo previsto por el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).

Adicionalmente, se desarrolla un estudio sobre las finalidades que persiguen las medidas cautelares en las coactivas y su desproporcionalidad innecesaria con respecto a la regulación del artículo 281 cuarto inciso del COA, que prevee la forma de revocar o levantar dichas medidas, que permitirá llegar a una conclusión sobre su necesaria declaratoria de inconstitucionalidad.

I. Breve explicación del procedimiento de coactiva en el COA

Con la expedición del Código Orgánico Administrativo se buscó una unificación de varios aspectos esenciales de la administración pública y en general del Derecho Administrativo, que no contó el Ecuador con una norma de rango legal que regule aspectos esenciales de esta rama jurídica, como son los principios generales, las formas de manifestación de su voluntad, el procedimiento administrativo desde su inicio hasta su fin, la responsabilidad extracontractual del Estado, el procedimiento coactivo, entre otros temas. Con respecto a la coactiva, antes de la expedición de esta normativa se encontraba regulado en el Código de Procedimiento

Civil (CPC)¹ “El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento” (CPC, 2005, art. 941), es decir, no se contaba ni siquiera con una norma especial que regulaba este procedimiento administrativo. Ya que, la misma ex Corte Suprema de Justicia determinó en su momento, de modo general que la coactiva era un procedimiento de cobro de créditos públicos sujeto a las normas del Código Civil y Código de Procedimiento Civil (Ex-CSJ EC, 2004).

Incluso al encontrarse anteriormente en la norma adjetiva que regulaba todos los procesos no penales, constitucionales y electorales como era el CPC se pensaba que la coactiva era en sí mismo un juicio, un proceso en el que se ejercía jurisdicción y los funcionarios públicos que llevaban a cabo este procedimiento se los llamaba (erróneamente se les sigue llamando) “jueces”.²

El ex Tribunal Constitucional del Ecuador ya manifestó que, la coactiva mantiene un carácter administrativo “cuyos actos no se enmarcan en el concepto de decisiones jurisdiccionales” (Ex-TCE, Resolución No. 052-2005-RA), en esa misma línea argumentativa la Corte Constitucional del Ecuador de manera acertada en 2016 señaló que el procedimiento coactivo no es una potestad jurisdiccional y la contempló como: “una atribución que el ordenamiento jurídico otorga a ciertos servidores públicos pertenecientes a la administración pública para cobrar créditos o deudas públicas mediante el procedimiento establecido en la ley, principalmente en el Código de Procedimiento Civil.” (CCE, Sentencia No. 097-16-SEP-CC, pág. 9).

Por ende, la coactiva será una potestad de autotutela administrativa, y bajo ningún criterio jurisdiccional. Ahora bien, como se tiene claro que la coactiva es una facultad de carácter netamente administrativa, la clasi-

-
- 1 Cabe mencionar que se hace referencia a la coactiva en procedimientos administrativos y no tributarios que nuestra legislación ha cambiado esta diferencia.
 - 2 Hoy en día el Código Orgánico General de Procesos (2015) mantiene en sus Disposiciones Transitorias en la segunda lo siguiente: “Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.”

ficación de la autotutela es declarativa y ejecutiva. La autotutela ejecutiva significa:

La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad comporta que la Administración puede ejecutar por sí misma, coactivamente, sus propios actos administrativos, sin necesidad de recurrir, al menos como regla general, a la autoridad judicial. Como ya se ha señalado, la ejecutividad de los actos administrativos es consecuencia de la presunción *iuris tantum* da validez que gozan los actos administrativos. (Bermejo, 1998, págs. 287-288).

Mientras que, la autotutela declarativa señala Jorge Zavala Egas (2011) “básicamente se trata de la facultad de la Administración, a través del órgano competente, de expedir actos que gozan de una presunción legal de validez, esto es, de juridicidad, de haberse dictado conforme a la normativa vigente (Derecho)”. (pág. 384).

En ese orden de ideas, la coactiva se entenderá como la posibilidad que otorga la ley a órganos y entidades públicas para proteger por sí misma sus intereses, sin acudir ante los jueces para hacerlos valer (Aguirre, 2012, pág. 183), siendo un mecanismo que el legislador lo contemplo con el objetivo que se ejecute determinados actos administrativos, amparados en las presunciones de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad, prescindiendo de la actuación del juez (CCE, Sentencia No. 105-10-JP/21, párr. 25).

Para que se ejerza esta potestad deberá considerarse lo que disponga la Constitución y los requisitos legales establecidos, como lo contempla el COA (2017):

Art. 262.- (...) El procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito, que se respaldará en títulos ejecutivos; catastros y cartas de pago legalmente emitidos; asientos de libros de contabilidad, registros contables; y, en general, en cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación.

La o el empleado recaudador no podrá iniciar el procedimiento coactivo sino fundado en la orden de cobro, general o especial, legalmente transmitida por la autoridad correspondiente. Esta orden de cobro lleva implícita para la o el empleado recaudador, la facultad de proceder al ejercicio de la coactiva. (...)

Si las rentas o impuestos se han cedido a otro, por contrato, la coactiva se ejercerá a petición de la o del contratista por la o el respectivo funcionario, quien no podrá excusarse sino por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con la o el contratista o la o el deudor. (COA).

Del artículo transcrito se hace notar que se encuentran las palabras: empleado recaudador, rentas, impuestos, denominaciones utilizadas exclusivamente en el ámbito tributario, y si bien el Código Tributario regula específicamente el procedimiento coactivo para esta materia, han existido críticas al existir dos normas de rango legal que regulen este procedimiento especial, e incluso en su momento se puede considerar que el COA si busco regular tanto la coactiva administrativa como la tributaria (Moreta, 2021), incluso si se observa la Disposición General Tercera³ del COA hace referencia a la derogatoria del artículo 185⁴ del Código Tributario y que se aplicará lo que dispone el COA referente a los efectos de la base para las posturas del remate en la ejecución de la coactiva, y pese a lo referido, se mantiene a la coactiva en dos cuerpos normativos diferentes que regulan lo mismo.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sido bastante clara en manifestar que se podrá ejercer la facultad coactiva siempre y cuando exista un instrumento público el cual demuestre la obligación de la persona con la administración pública, enfatizando que este documento:

(...) cumpla con las solemnidades legales, cuyas partes esenciales se encuentran determinadas en el artículo 206 del Código Orgánico General de Procesos con la particularidad que la cosa, cantidad o materia de la obligación sea una prestación dineraria a favor de la entidad pública y la misma sea exigible al momento en el que se notifica al deudor o sus garantes con la orden de pago inmediato. (CCE, Sentencia No. 105-10-JP/21, párr.32).

3 Código Orgánico Administrativo: TERCERA. - En el ámbito tributario, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario y demás normativa vigente, no obstante, de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria, con excepción de lo previsto en el artículo 185 del Código Orgánico Tributario que se deroga, debiendo a efectos de la base para las posturas del remate observarse lo previsto en el Código Orgánico Administrativo.

4 Código Tributario: Art. 185.- “Base para las posturas. - La base para las posturas será del 75% del avalúo de los bienes a rematarse en el primer señalamiento; y del 50% en el segundo señalamiento.”

Al existir por parte de una institución pública la autotutela ejecutiva, esta entidad podrá seguir por las deudas económicas que tengan los ciudadanos, personas naturales o jurídicas, incluso otras entidades públicas un procedimiento de cobro en sede administrativa, sin necesidad de acudir ante un juez y poder incluso tomar medidas coercitivas para que se cumpla de manera forzosa el pago de lo adeudado. En palabras de la Corte Constitucional se ha mencionado que:

El Estado tiene la obligación de cobrar deudas. Esta actividad tiene importancia para poder contar con recursos públicos y que estos puedan ser utilizados de forma efectiva para el cabal funcionamiento de un servicio. La falta de cobro de estas obligaciones podría provocar el desfinanciamiento del servicio, que conllevaría a una deficiente prestación del servicio público. Para cobrar las deudas, entre otros mecanismos, se encuentra el proceso de coactiva. (CCE, Sentencia No. 889-20-JP/21, párr.95).

Al emitirse el título de crédito que es el instrumento público que demuestra la obligación pendiente o la deuda por cobrar y que no ha sido cancelada y que contará con requisitos sustanciales para su plena validez (art. 268, COA), la entidad pública expedirá un requerimiento de pago voluntario en el que esencialmente contendrá un pedido al deudor que cancele voluntariamente la obligación que se encuentra pendiente de pago, y este contará con el término de diez días que se contabilizarán desde el día siguiente a la notificación del requerimiento de pago voluntario (art. 271, COA).

En este momento, el deudor tiene cuatro opciones claramente visibles: i) generar el pago de lo que la administración pública le está disponiendo en el título de crédito y orden de pago, ii) solicitar facilidades de pago iii) presentar un reclamo frente al título de crédito expedido, y iv) guardar silencio o no realizar ningún pago, petición de facilidades de pago, o reclamo alguno.

Con respecto a las facilidades de pago, esto significa que la persona elevará una petición a la administración pública con el objetivo de que suspenda la ejecución forzosa y le permita ir cancelando la deuda de forma periódica en un lapso no mayor a 24 meses, salvo disposición específica en la ley que permita un tiempo mayor (art. 277 COA), incluso estas

facilidades de pago se podrán solicitar en la fase de ejecución, previo a la etapa de remate de los bienes embargados, para no afectar a terceros acorde lo dispone el artículo 274 del COA.

Esta petición contendrá requisitos que deberá cumplir el interesado para acceder a esta opción de pago tal como dispone el artículo 277 del COA. El órgano encargado de aceptar o rechazar esta petición será el que emita las órdenes de cobro en la respectiva administración pública acreedora (Art. 273 COA). Un efecto de la petición de facilidades de pago es la suspensión de la ejecución forzosa, la cual se encontrará suspendida hasta que el órgano competente resuelva sobre el pedido, y en el supuesto que admita esta petición se encontrará suspenso hasta que el deudor cancele todas las cuotas convenidas en las facilidades de pago.

La tercera opción que puede contar el administrado en esta situación es plantear un reclamo sobre el título de crédito (Art. 269 COA) por haber incumplido alguno de los requisitos para que tenga validez jurídica este acto administrativo (Art. 268). Se deja establecido que el reclamo será el único medio de impugnación que contará la persona para presentar su oposición ante la presunta deuda que le establece la administración, pues el COA en su artículo 263 lo contempla claramente:

Art. 263.- Proceso ordinario de impugnación. No cabe impugnación en vía administrativa contra el acto administrativo que se origine a partir del requerimiento a la o al deudor para el pago voluntario de la obligación de la que se trate, salvo en los supuestos taxativamente determinados en este Título. (COA).

Al tener claro que los medios de impugnación en el sistema ecuatoriano son cerrados, es decir, si no se establece en la ley, no existen y más aún cuando el legislador en el marco de su libertad de configuración de medios de impugnación contemplo que no cabe en esta etapa ningún recurso, simplemente el reclamo, la persona tendrá esta única opción para plantear su inconformidad exclusivamente frente a las solemnidades del título de crédito que la persona considere que no ha cumplido la entidad pública, no con el argumento que debe o no debe estos valores.

La cuarta y última opción que tiene la persona es que, después de haber sido notificado y al transcurrir el término de diez días que prevee la

ley no haya realizado ninguna actuación, en ese caso, la administración pública emitirá la orden de pago inmediato, acto administrativo que dispondrá de forma obligatoria que se cancele, caso contrario, se adoptarán medidas cautelares. Es decir, desde la emisión de la orden de pago iniciará la fase de ejecución y en esencia la coactiva:

Art. 279.- Orden de pago inmediato. Vencido el plazo para el pago voluntario, el ejecutor emitirá la orden de pago inmediato y dispondrá, que la o el deudor o sus garantes o ambos, paguen la deuda o dimitan bienes dentro de tres días contados desde el siguiente al de la notificación, apercibiéndoles que, de no hacerlo, se embargarán bienes equivalentes al total de la deuda por el capital, intereses y costas. (COA).

Esta orden de pago inmediato – o también llamado auto de pago inmediato – deberá ser notificado en legal y debida forma y a partir de esta notificación la entidad pública establecerá que paguen la deuda los deudores principales e incluso garantes solidarios en un tiempo máximo de tres días, de no hacerlo, se podrá tomar incluso medidas como, por ejemplo, el embargo de bienes. La ley dispone:

Art. 281.- Medidas cautelares. El ejecutor puede disponer, en la misma orden de pago o posteriormente, el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes. Asimismo, puede solicitar a la o al juzgador competente, mediante procedimiento sumario, se disponga la prohibición de ausentarse para los casos en que dicha medida se aplica en el régimen común.

Para adoptar una medida cautelar, la o el ejecutor no precisa de trámite previo y adoptará el criterio general y prevaleciente de la menor afectación a los derechos de las personas. (COA).

En este sentido, dentro de la orden de pago inmediato (o posteriormente), la administración pública podrá establecer como medidas cautelares / preventivas: **secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes**. Estas medidas se encontrarán a discreción exclusiva de la entidad pública y al ciudadano, le corresponde obligatoriamente cumplirlas y encontrarse sometido a lo que decida la entidad estatal.

II. Finalidades que persigue las medidas cautelares en el procedimiento coactivo

Esencialmente las medidas cautelares persiguen un objetivo, y es que mientras dure el procedimiento de cobro, se tomen acciones las cuales permitan que una vez resuelto el asunto no se haya alterado, modificado, incluso extinguido determinado bien, producto o activo en general que le pertenece al presunto deudor. Esta decisión por su propio nombre es **cautelar**, lo que significa que es preventiva, es anterior a la toma de una decisión firme o ejecutoriada.

Otra de las finalidades de las medidas cautelares es que no pueden dictarse de forma indefinida, deberán tener un tiempo de duración, pues al no contar con una temporalidad en su vigencia y quedar por una extensa prórroga, se desnaturalizaría su esencia y se volvería incluso ya una decisión final, su decisión puede limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos o futuros (Couture 1990).

Si bien la temporalidad permite que se adopte estas medidas en contra del deudor para imposibilitar que se enajene, done, destruya, o se pierda determinado activo, no deben dejar de percibirse que serán momentáneas y no pueden ser indefinidas, y es más la cesación o levantamiento de estas medidas cautelares deberían ser adecuadas, hecho que hoy en día en el COA no ocurre pues la normativa determina:

Art. 281.- Medidas cautelares.

(...) La o el coactivado puede hacer que **cesen las medidas cautelares** presentando, a satisfacción del órgano ejecutor, una póliza o garantía bancaria, incondicional y de cobro inmediato, **por el valor total del capital, los intereses devengados y aquellos que se generen en el siguiente año y las costas del procedimiento.** (COA, 2017). (énfasis añadido).

De la configuración de la disposición legal para el levantamiento de medidas cautelares cabe cuestionarse si ¿es proporcional, adecuada y razonable esta situación para levantamiento de medidas cautelares?, sobre todo responder a esta inquietud considerando las finalidades preventiva

y temporal que deben evidentemente ser analizadas para que sean adoptadas las medidas cautelares por la administración pública dentro de un procedimiento coactivo, y es por tal razón que se llega a una primera conclusión y es que estas características deben ser observadas al amparo de varios factores, entre ellos:

- a. Por caso específico;
- a. Dependiendo la naturaleza del procedimiento y lo que se persigue obtener con una medida preventiva;
- a. Garantizar que exista el ejercicio de derechos constitucionales al tomar estas medidas; y
- a. Que el ordenamiento jurídico permita revocarlas con parámetros razonables y proporcionales que no afecte a la administración pública en sus intereses legítimos y al administrado en sus derechos.

II.1. Por caso específico

Si bien es cierto que la persona se encuentra en una situación de subordinación o de aceptación de la toma de decisiones del órgano público, esta entidad que mantiene el *ius puniendi* deberá analizar la particularidad de cada caso en el supuesto que decida tomar medidas cautelares para hacer cumplir el pago de la deuda, y en este sentido es fundamental que considere tomar la medida menos lesiva y perjudicial a los derechos de las personas, pues el mismo se someterá de forma obligatoria a lo que se le ordene.

En el supuesto que se tenga una deuda de un valor económico *tan reducido*, como suele ocurrir en la práctica ecuatoriana es pertinente cuestionarnos ¿será tan necesaria que la administración pública imponga medidas cautelares? O incluso a una persona que se encuentre dentro de los grupos de atención prioritaria reconocidos en la Constitución del Ecu-

dor⁵, o en una situación de vulnerabilidad por determinados factores. La Corte Constitucional del Ecuador señaló en un caso sobre la vulneración de derechos por parte de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones “CNT” por haber realizado el cobro de una deuda por vía coactiva por servicio telefónico a una mujer adulta mayor, con discapacidad y en condición de pobreza (CC. Sentencia No. 889-20-JP/21), en el que se **ordenó dentro del procedimiento coactivo medidas cautelares** en la orden de pago: “(...) La retención de los fondos, depósitos e inversiones que la/el coactivada/o mantiene en las entidades del Sistema Financiero, hasta por el valor de USD 460”⁶, perjudicando así su cuenta bancaria donde se le depositaba su montepío y afectando severamente a su vida digna, ya que esto afecto a que pueda retirar los valores económicos que le depositaban mensualmente para su subsistencia hasta el momento que la entidad pública levante las medidas cautelares impuestas en su contra.

Es necesario pensar al factor de la particularidad de cada caso, ya que debe ser analizada con todos los parámetros posibles y no decidida de forma arbitraria por la entidad que ordena las medidas cautelares en la ejecución de la coactiva, lo fundamental será incluso contar con informes técnicos o estudios previos para tomar una decisión justificada, es por tal razón que el análisis de las particularidades será de gran beneficio para adoptar una decisión oportuna e incluso llegue a considerar la falta de necesidad de la adopción de medidas cautelares.

En el presente caso, de seguir vigente el inciso cuarto del artículo 281 del COA, y si la administración pública no considera el criterio del “caso específico” y dicta medidas cautelares, la única forma de levantarlas será generando una póliza o seguro por un monto sumamente elevado: capital, más intereses generados e incluso por generarse hasta un año y costas; viéndose de esta forma la afectación severa a derechos y sobre todo

5 Constitución: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.”

6 Información obtenida de la cita No. 30 “Documento suscrito por María Elena Paredes Henríquez, secretaria abogada externa del órgano ejecutor de coactivas de Santa Elena. Corte Constitucional, Caso No. 889-20-JP, foja 35v.”, de Sentencia No. 889-20-JP/21.

no permitiendo la existencia de un criterio jurisprudencial, para poder revocar o levantar las medidas cautelares adoptadas.

II.2. Dependiendo la naturaleza del procedimiento y lo que se persigue obtener con una medida preventiva

Como se analizó previamente la naturaleza de las medidas cautelares es prevenir que ocurra determinado acto u omisión o se pueda agravar una situación, y en el caso específico de las medidas cautelares en las coactivas es permitir que se pague los valores económicos adeudados al Estado.

Es necesario comprender que estas medidas deben cumplir los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a la necesidad, un concepto que ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a este factor de necesidad es: “En el sentido de que sean absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”. (CorteIDH, Serie C, No. 397, párr. 76).

Si se persigue el pago de valores económicos por parte de la persona o entidad que adeuda al Estado, y al poder adoptarse como una medida preventiva para que cancele, por ejemplo, la retención de fondos de una cuenta bancaria, donde subsiste por montepío, jubilación o situaciones que dependen únicamente de ciertos aportes para su subsistencia ¿esta será la única medida que se pueda adoptar para cumplir el fin del pago? No se deja de lado que es una obligación del Estado el cobrar deudas, ya que este cobro le permite financiar la prestación de los servicios públicos (CC, Sentencia No. 889-20-JP/21, párr. 95) siendo un deber jurídico el cobro de deudas, también se encontrará dentro de este procedimiento administrativo involucrados derechos de las personas que sean los deudores de estas obligaciones, y de esa forma es necesario el respeto a los derechos de las personas y que la persecución del pago de la deuda y en específico la adopción de medidas cautelares deben ser necesarias y

limitadas a perseguir el objetivo de cobro, siempre y cuando no afecte derechos constitucionales.

Si dentro de la adopción de medidas cautelares se persigue evidentemente el recuperar los valores adeudados no puede ser tan desproporcional la medida que se tome y menos aún con la vigencia del inciso cuarto del artículo 281 en el cual para levantar o cesar las medidas cautelares adoptadas incluso se encuentra una **barrera** tan compleja de obtenerla.

II.3. Garantizar que exista el ejercicio de derechos constitucionales al tomar estas medidas

Otro factor que debe ser considerado al momento de imponer las medidas cautelares en las coactivas es que evidentemente sea proporcional, sin limitar el ejercicio de los derechos de las personas, tal como lo contempla el COA.

Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses.

No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico (COA).

En este orden de ideas, la posibilidad de garantizar el ejercicio de derechos que existen dentro del procedimiento coactivo y en particular en la etapa de adopción de medidas cautelares y la presentación de la petición del administrado de reconsideración o revocación de estas se encuentran en si varios derechos como son: derecho de petición⁷, debido proceso⁸,

7 Constitución: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.”

8 Constitución: “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

tutela judicial efectiva⁹, derecho fundamental a la buena administración pública¹⁰.

Es necesario cuestionarse ¿se podrá ejercer los derechos mencionados previamente al existir una normativa como es la del inciso cuarto del artículo 281 del COA que establezca aspectos tan exorbitantes, desproporcionales y discrecionales para revocar una medida cautelar? Es decir, que para levantar una medida cautelar adoptada por el órgano ejecutor de la coactiva se deberá presentar una póliza o garantía bancaria de modo incondicional y de cobro inmediato y su valor será el total del capital más intereses devengados e incluso los que se generen dentro de un año adicional, a todos estos montos se incluye las costas que ha incurrido la entidad pública.

La persona a la cual se le impongan medidas cautelares en la orden de pago inmediato o posterior dentro de la ejecución del procedimiento coactivo podrá solicitar de manera **única y exclusiva** al órgano ejecutor que le admita esta petición de cese/levantamiento presentando una póliza o garantía bancaria, incondicional y de cobro inmediato, y no solo queda en cumplir esta garantía económica, sino que la misma deberá ser por un monto de: **i) capital total de la deuda, ii) intereses devengados y aquellos que se generen en el siguiente año y iii) las costas del procedimiento.**

Es necesario comprender una evidente inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 281 del COA que contempla la forma tan exorbitante de revocar las medidas cautelares, si bien se recalca que las medidas cautelares persiguen un fin preventivo y temporal; estas deberán poder ser

siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”

9 Constitución: “Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

10 COA: “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.”

cesadas a petición del interesado y con la decisión de la administración pública en base a criterios adecuados y razonables, no de una forma tan abrupta e irrazonable que sea solo el cumplir cierta garantía bancaria o póliza y cubrir valores altos en cuestión al monto de la deuda que se encuentre en ese momento.

Incluso al pedir el cese o levantamiento de las medidas cautelares adoptadas debería la norma permitir al órgano ejecutor considerar otros parámetros, pues se recalca el caso de la señora Zoila Gardenia Lainez Cabezas en el cual la Corte Constitucional manifestó:

Para levantar la medida cautelar, la persona obligada debe pagar la deuda, ofrecer una garantía bancaria o demostrar “con las respectivas certificaciones, que los bienes sobre los cuales recaen, son no embargables (...)”.

(...)

La razón de ser de la norma se aprecia en los contornos del caso concreto. Cuando se puede valorar lo que significa una deuda de una persona de escasos recursos, como Zoila, y el valor adeudado a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, resulta insignificante el monto de lo adeudado para la empresa. La falta de pago del monto de lo adeudado a CNT no tiene un impacto considerable en su funcionamiento. CNT, por ejemplo, no quebraría o dejaría de funcionar si Zoila no paga o paga con retraso. En cambio, para Zoila el efecto del bloqueo fue devastador: tuvo dificultades para conseguir alimentos y medicamentos, recurrió a la caridad y a préstamos, entró en estado de necesidad y angustia. (CC, Sentencia No. 889-20-JP/21, Párrs. 98 - 102).

No se debe dejar de lado que las normas jurídicas deben encontrarse al margen del respeto a los derechos de las personas, y al ser un poder exorbitante la facultad coactiva, esta necesariamente debe tener límites y posibilitar a la persona a poder levantar las medidas cautelares que se le impongan en su contra y que este levantamiento no sea por más difícil o imposible de cumplirlo, si el parámetro es tan alto que en su momento ni siquiera se podría evaluar esta opción para el administrado impidiéndose el ejercicio de sus derechos y volviendo el cuarto inciso del artículo 281 del COA inejecutable e incluso perjudicial y contrario a la Constitución.

II.4. Que el ordenamiento jurídico permita revocarlas con parámetros razonables y proporcionales que no afecte a la administración pública en sus intereses legítimos y a las personas en sus derechos

¿Es proporcional el que se solicite el levantamiento de medidas cautelares exclusivamente otorgando a favor del órgano ejecutor una póliza o garantía bancaria?, esta póliza o garantía bancaria cubriría un valor exorbitante pues el artículo 281 del COA establece que deberá el ciudadano cubrir el valor total del capital, intereses devengados y futuros que se generen en el siguiente año y adicionalmente, las costas del procedimiento.

Estos valores son excesivos, desproporcionales e incluso tan complicados de cumplir que en muchas ocasiones no se pensaría ni siquiera solicitar a la entidad pública reconsiderare y levante las medidas preventivas adoptadas, y por lo tanto permitir que sigan activas las medidas cautelares a un plazo extenso, desnaturalizándose de esa forma también su esencia.

Es necesario recordar que las medidas cautelares al tener un fin meramente preventivo no significan ni prejuzgamiento ni juzgamiento al coactivado, que incluso tendrá la posibilidad de plantear excepciones a la coactiva en procesos judiciales ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, pues de esa manera prevee el COGEP como una forma de impugnar a la coactiva, considerando 10 excepciones:

Art. 316.- Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal.
2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro.
3. Incompetencia del funcionario ejecutor.

4. Ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien haya sido citado como su representante.
5. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida.
6. Encontrarse pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión.
7. Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes.
8. Haberse presentado demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan.
9. Duplicación de títulos con respecto a una misma obligación y de una misma persona.
10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión. (COGEP).

Es importante señalar que, una vez se plantee la excepción a la coactiva vía judicial se podrá pedir la suspensión del procedimiento de coactiva, esta es la segunda opción que prevee el COA para que se suspenda la fase de ejecución:

Art. 272.- Orden de cobro. (...)

A partir de la notificación de la orden de cobro, **el órgano ejecutor únicamente puede suspender el procedimiento de ejecución coactiva** si se ha concedido facilidades de pago o **si la suspensión ha sido dispuesta judicialmente**. (énfasis añadido). (COA)

Esta suspensión procederá, siempre y cuando se haya caucionado y la autoridad judicial haya dispuesto, así lo contempla el COGEP:

Art. 317.- Suspensión de la ejecución coactiva. Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la **consignación del diez por ciento de la cantidad a la que asciende la deuda, sus intereses y costas**, aun en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción.

Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el procedimiento de excepciones seguirá de esa forma.

La consignación no significa pago. (énfasis añadido). (COGEP)

III. La desproporcionalidad innecesaria de la regulación del artículo 281 cuarto inciso del COA

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo de aseguramiento de la obligación, no se debe dejar de vista que, en ocasiones, las mismas son aplicadas de manera exagerada o desproporcional, generando que el deudor vea reducidas sus posibilidades de pago. Se toma en cuenta que es obligación de la persona que ha incurrido en una falta de pago a la administración pública que cumpla con el pago de la deuda, y también debería ser un compromiso del Estado el dar facilidades para que el obligado cumpla con la obligación.

Las medidas cautelares deben ser aptas, esto significa que sean: idóneas y adecuadas, debiendo ser tomadas en relación a las circunstancias de cada caso, adicionalmente proporcionales y las mismas sean establecidas por tiempo necesario hasta el cumplimiento del resultado que se persigue que evidentemente será el cumplimiento del pago. En cuanto a la temporalidad o provisionalidad no debe dejar de considerarse que: “hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, **cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal.**” (Hernández, 2017, pág.24) (énfasis añadido).

En el supuesto que se haya adoptado medidas cautelares dentro del procedimiento coactivo y al transcurrir el tiempo por alguna circunstancia o eventualidad y falten presupuestos que originaron su adopción, debería la persona (deudor) con solo elevar una petición, y la entidad pública compruebe la temporalidad o circunstancia generada, esta la revoque; sin embargo, tal como se encuentra concebido el artículo 281 inciso cuarto del COA no permite a la administración decidir solo con una petición que no cuente con las consideraciones de la póliza o seguro bancario, para lo cual se vuelve irrazonable e ilógico la existencia de esta norma dentro del ordenamiento jurídico, ya que esencialmente la medida cautelar adoptada podrá ser reformada si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores (Hernández, 2017, pág. 25). Si no se otorga la revocatoria aduciendo que no se ha cumplido con las condiciones de presentar seguro bancario o póliza, pese a que cambiaron las circunstancias cuando se adoptó, se vuelve evidentemente una norma que afecta a los derechos de las personas y podría llegar a ser incluso inconstitucional.

IV. Conclusiones

La coactiva es una de las facultades exorbitantes de la administración pública, es un procedimiento especial en el que no se necesitará acudir ante un órgano jurisdiccional para cobrar deudas que tenga a su favor, siempre amparados en el cumplimiento del ordenamiento jurídico y respeto a los derechos de las personas.

Al seguir vigente el inciso cuarto del artículo 281 del COA genera una situación desfavorable para las personas, en primer lugar la administración pública justificando en base al principio de legalidad y de actuación de lo establecido en la ley podrá considerar levantar las medidas cautelares siempre que se cumplan las condiciones del articulado referido, en el supuesto que no se cumpla y pese a que exista un cambio en las circunstancias o los hechos son diferentes al momento en que se dictaron las medidas, no podrá revocarlo a petición del administrado ya que se

someterán exclusivamente a que cumpla las condiciones del artículo 281 cuarto inciso del COA.

La segunda implicación que se considera desfavorable es que la persona podrá quedar en la única opción de solicitar el levantamiento de medidas cautelares solo al cumplir la condición de tener una póliza o seguro bancario y cumpliendo los valores que le exija la entidad pública, por más que pueda demostrar la desnaturalización de la vigencia de las medidas cautelares, el cambio de acontecimientos; no será considerado por la administración ya que está solo verificará el cumplimiento del cuarto inciso del artículo 281 del COA para levantarlas es decir, que se entregue la póliza o seguro, lo que se volvería en la práctica una implicación desfavorable a los derechos de las personas.

Se resalta la acción de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional el 26 de mayo de 2021 asignada la causa No. 40-21-IN¹¹ en la que se solicitó textualmente la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 281 del COA. Dicha acción mediante providencia de 21 de junio de 2021 fue admitida a trámite y el juez ponente Hernán Salgado Pesantes deberá emitir un proyecto de resolución para que sea tratado en el pleno de la Corte Constitucional.¹²

11 Proceso constitucional que se encuentra pendiente de emisión de sentencia, incluso del expediente fáctico se desprende que el juez ponente no ha convocado a audiencia pública (que es facultativo el realizar esta diligencia).

12 De manera muy general, la acción pública de inconstitucionalidad es una garantía establecida en la Constitución del Ecuador que permite a cualquier persona, entidad, organización (legitimación activa amplia) solicitar a la Corte Constitucional la observancia de una norma de rango general (ley, reglamento, acuerdo ministerial, decreto, entre otros) cumpla con los requisitos constitucionales para la formación y emisión (los pasos a seguir para su creación fueron los correctos) y sobre el fondo, que el contenido de la normativa, se adecue al texto constitucional, ya que al existir una norma que fuere dictada en oposición a la Constitución, ya sea formal o material carecerá de validez jurídica y podrá ser declarada contraria a la Constitución y expulsada del ordenamiento jurídico por parte del máximo órgano de justicia constitucional del país. Por ende, de presentarse la demanda, se sorteará un juez ponente de entre los nueve miembros de la Corte, se conformará la Sala de Admisión en que se admitirá o rechazará la demanda, de ser admitida el juez ponente sorteado realizará un proyecto de resolución que será tratado por el Pleno de la Corte y de ser aprobado el proyecto

Esta acción permitirá al máximo órgano de justicia constitucional del Ecuador analizar la adecuación del cuarto inciso del artículo 281 del COA al contenido de la Constitución, realizar un eficaz control abstracto a posteriori y visualizar la desproporcionalidad e irracionalidad de esta disposición y por ende, en sus manos se encuentra la posibilidad de generar un límite a una de las facultades más exorbitantes que tiene la administración pública, la cual es el ejercicio de la coactiva y la adopción de medidas en su fase de ejecución.

Referencias bibliográficas

Aguirre, V. (2012). *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Bermejo. (1998). *Derecho Administrativo Básico*. Zaragoza, España. Editorial Egido.

Couture, E. J. (1990). *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*.

Hernández, P. “*Las medidas cautelares en el proceso coactivo: ¿Mecanismos idóneos para lograr el cumplimiento de la obligación del deudor?*” Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Cuenca. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/28775/1/Monograf%C3%A0Da.pdf>

Moreta, A. (15/03/2021) Curso Rápido: Coactivas. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=Il4RlqfEtAw&t=309s>

Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima, Perú: Editorial Edilex.

Jurisprudencia constitucional

Ex Tribunal Constitucional del Ecuador. Primera Sala. (19 de abril de 2006). Resolución No. 052-2005-RA

por mayoría se podrá declarar inconstitucional la norma demandada o se ratificará su constitucionalidad.

Corte Constitucional del Ecuador. (30 de marzo de 2016). Sentencia No. 0278-10-EP. [MP Manuel Viteri Overa].

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de marzo de 2021). Sentencia No. 889-20-JP. [MP Ramiro Ávila Santamaría].

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de marzo de 2021). Sentencia No. 105-10-JP. [MP Carmen Corral Ponce].

Jurisprudencia nacional

Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (14 de julio de 2004). Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre de 2004.

Jurisprudencia interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Jenkins vs. Argentina. (26 de noviembre de 2019). Serie C, No. 397.

Environmental liability: thoughts on juridical aspects of environmental impact assessment

La responsabilidad medio ambiental: reflexiones sobre aspectos jurídicos de la evaluación de impacto ambiental

Rubén Méndez Reátegui*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE)

Lissangee Mendoza García**

GIDE PUCE

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 30 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 7 de enero de 2022

Citación

Méndez, R. y Mendoza, L. (2021). *Environmental liability: thoughts on juridical aspects of environmental impact assessment*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (45-75).

* Docente Titular Principal at the Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE; Ecuador, Facultad de Jurisprudencia and Profesor Visitante at the Universidad Tecnológica del Perú; Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Humanas. He is a PhD candidate (researcher) at the Universidad de Salamanca (España). He is a participante at the 'Programa de Postdoctorado América Latina en el Orden Global' at Colegio de América Sede Latinoamericana – Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Ecuador. He is a Visiting International Professor at Universidad Externado de Colombia; Colombia and Professor at the Universidad Autónoma de Chile; Chile (this article was written during Professor Mendez research visit at both foreign universities). PhD in Economics from Macquarie University (Australia) and Universidad Complutense de Madrid. DSc in CCSS and Economics from Universidad Rey Juan Carlos (Spain). This research refers to the GIDE-PUCE activities (2021 - 2022) organized through the research projects 085-UIO2020 MEJORA REGULATORIA Y RIA (ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO) EN ECUADOR Y PERÚ, FASE II and 086-UIO2020 SISTEMAS LEGALES EFICIENCIA Y JUSTICIA. ORCID code: 0000-0001-8702-5021. Scopus author identifier: 57192979313. Web of Science Researcher ID: AAT-2990-2021. Corresponding author: rcmendez@puce.edu.ec / gide@puce.edu.ec

** Researcher GIDE-PUCE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1228-5819>. Email: lsmg_3014@hotmail.com

DOI: 10.26807/rr.v3i03.89

Abstract: *In law, it is argued that it is not the “names” and/or “nomenclatures” that matter, and should not matter, but the effects of legal concepts and/or categories. Therefore, the concepts formulated by laws and regulations are functional, i.e., they are aimed - fundamentally - at integrating factual assumptions and legal consequences. Given this previous disquisition, this article proposes a theoretical comparison of the insights that inspire the Environmental Impact Assessment System (Europe/Spain/Autonomous Communities) and Chapter II of Title V of the General Regulation of Environmental Management that develops Law N° 1333 of the Environment (Bolivia) and brings up the Ecuadorian legal experience (opening the door to an exploration -in extenso- that will have a later character and spirit).*

Keywords: *environment, environmental conservation, environmental economics, environmental impact assessment, environmental legislation.*

Resumen: En Derecho se aduce que no importan, que no deben importar, los “nombres” y/o “nomenclaturas” sino los efectos de las figuras y/o categorías jurídicas. Por lo tanto, los conceptos formulados por leyes y reglamentos son funcionales, es decir, se dirigen -fundamentalmente- a integrar supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. En atención a esta disquisición previa, a través de este artículo se propone una comparación teórica de los conocimientos que inspiran el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Europa/España/Comunidades Autónomas) y Capítulo II del Título V del Reglamento General de Gestión Ambiental que desarrolla la Ley N° 1333 del Medio Ambiente (Bolivia) asimismo, se trae a colación a la experiencia legal ecuatoriana (abriendo la puerta a una exploración -in extenso- que tendrá un carácter y ánimo ulterior).

Palabras clave: ambiente, conservación ambiental, economía medioambiental, evaluación del impacto ambiental, legislación ambiental.

Introduction

Environmental damage caused by human actions has caused “incalculable and difficult to repair” (Estrada et al., 2016, p. 85) and, in some circumstances, irreparable damage (Delgado, 2020). This is because humans “by interacting with the set of abiotic (solar energy, soil, water and air) and biotic (living organisms) elements that surround them, can negatively influence them, producing undesired effects with often irreversible consequences”. (Rodríguez et al., 2011, p. 514)

However, when this environmental deterioration has been caused by unlawful actions, in breach of legal provisions, or accidentally, there is a “principle of *in natura* reparation” arising from these events, which according to Solarte (2005):

If the damage is pecuniary damage, the reparation of this will seek to re-establish the lost patrimonial balance, incorporating again, in-kind or in pecuniary equivalent, the assets whose loss or deterioration caused the diminution of said legal universality in its active component, particularly in terms of the interest that the victim had in them. (p. 191)

In this logical order, the need to analyse the institution of Environmental Impact Assessment (EIA) is justified, the provisions of which are specifically stipulated in legal frameworks such as those of Bolivia, Ecuador, and Spain. This assessment becomes indispensable to determine and calculate the impact caused and to establish the necessary remediation measures at the site where the environmental damage occurred.

This contribution, does not propose a literal comparison of the statements in both frameworks to explore further considerations to understand the “rationality” of each instrument. However, a conceptual summary of the Spanish system of rules is developed - with a special focus on the Andalusian Community - and the related framework is shown for the Bolivian and Ecuadorian cases.

In this order of ideas, we will begin by explaining the apparent similarity between the Environmental Impact Assessment System (Spain)

- identified as SE- and the Instruments of Regulation of Particular Scope referred to in Chapter II of Title V (Bolivia) - identified as B - and the Ecuadorian one - identified as E-. The selection of these three experiences has been made to the extent that:

- a. They propose systems that can be characterised as examples of direct regulation - established based on a Command-and-Control approach. That is, they involve direct interference in the industry, sector, or environmental activity by the part of State legislation or regulations (*collective action*) dividing what is permitted (legality) and what does not satisfy or obey these considerations (illegality and “extralegality”).
- b. They provide an account of experiences in which interaction and feedback have taken place, anchored even in the similarity of visions of their part of their doctrine.

In this sense, a theoretical-conceptual exercise is proposed that can be described as qualitative, in which deductive and inductive reasoning will take precedence to scrutinise ideas that have arisen in the heart of a doctrine concerned with contemporary environmental problems and, in a context of the fourth industrial revolution and, consequently, of the ius-economic resizing of individual and collective property rights - understood *in abstracto* - as the primacy of the personal over the real and the triumph of a system built from the notion of the personal over the real, of the ius-economic resizing of individual and collective property rights - understood *in abstracto* - as the primacy of the personal over the real and the triumph of a system built on the notion of passive and universal obligation to manage “exclusion” and “alienability” on the part of the “community” and the “global village”.

I. The concept of environment

According to the United Nations Development Programme (2019), the word environment makes:

Reference to the “natural” environment, or the sum of all living and abiotic components surrounding an organism, or group of organisms. The natural environment comprises physical components, such as air, temperature, terrain, soils, and bodies of water, as well as living components, plants, animals, and micro-organisms. (p. 1)

A review of the international literature also establishes that:

The concept of environment is discussed in its abstract form within the general systems framework. The environment of a system can be progressively specified in a logical sequence from the primitive concept of “everything that is not the system” through the concepts of substantial environment, of another system that influences the system under consideration, of another system coupled to elements of the considered system, of “influencing” and “influenced” environments, and culminating with the concept of the environmental system. The degree of specification sought depends upon the available information about the system and the goals of the researcher. The environment of an element (subsystem) which is part of a system is in the general case partially internal and partially external to the system. The characterization of the environment may change fundamentally in nature with changing levels of conceptualization. The abstract concept of environment is valid for any situation, including time-varying systems. (Gallopín, 1989, p. 60)

Therefore, there is evidence to sustain that international doctrine opts for a broad conceptualisation of the environment that coincides with the opinion of Conde and Arana (2020) in maintaining that “the concept of environment constitutes an indeterminate juridical concept” (p. 109). However, the first comment assumes that in social sciences (law and other areas) it must exist:

1. A division between dogmatic positions constructed from a *normative approach* (ought to be) and those that are held from a positive and/or descriptive/prescriptive stance. That said, we can assert that theoretical precision is possible by approaching a concept and its definition in a specific way that contributes to its positive analysis and characterisation and operational and functional development. In short, a narrow conceptualisation of the environment would focus on a definition and assume that we are dealing with a system that is the result of a rational constructivist exercise and

that requires understanding actions and facts (regardless of whether they are of human origin or not) in terms of “practice-based knowledge for sustainable and low carbon futures”. Therefore, if the aim is not to present a normative characterisation that is open to ideological and even institutional capture (once it is put into practice through rules, principles and entities focused on its “enforcement”), we consider that it is entirely valid not to try to distinguish between an ecocentric¹ and an anthropocentric viewpoint.

2. However, from a doctrinal compiler’s point of view, we can argue that the desire to understand the existing distance between ecocentric and anthropocentric points of view prevails.

This is shared to some extent by Conde and Arana (2020) when they argue that:

Almost all scholars of environmental law have tried to define the environment or have ascribed to some of the definitions given by other authors to delimit what elements are contained in such an expression what reality it refers to. (p. 123)

Ecocentrist positions are still in the minority - when the discourse is oriented towards the theoretical-conceptual - and this is reflected in a process that involves the stages a) government plan - b) public policy - c) formulation/implementation of legal and regulatory tools. This is important insofar as we live both in Latin America and Spain in a context where a *command-and-control* logic prevails. In other words, it would be decisive in the design of legal standards that seek to adopt sanctioning and preventive functions.

1 The term ecocentrism is chosen because biocentrism “morally recognizes all living things, ecocentrists work from a relational ontology and are interested in the integrity not only of populations and species, but also in broader ecological communities at multiple levels of aggregation” (Eckersley, 2007, p. 306) (cited by Toca, 2011, p. 199).

II. The indeterminacy of the legal concept of “adequate environment” to establish a subjective right to the environment

For Conde and Arana (2020):

Almost all scholars of environmental law have tried to define the environment or have ascribed to one of the definitions given by other authors to delimit what elements are contained in such an expression, i.e., what reality it refers to.

(...) has no legal value if it is not previously known what it encompasses what it is intended to protect; an approach that is also valid for its restoration or improvement. (pp. 105-106)

In this sense, defining exactly what comprises the environment and, even more so, an adequate environment, has been complex for those lawyers specialised in the environmental legal branches. However, although it is not possible to determine what should be protected, it is possible to consider the visualisation of environmental impacts, even more so considering that there is a right to the environment in International Law since Environmental Law is born as a legal imperative that seeks “protection in the parameters of the biosphere for the development of the person, who has the right to enjoy a healthy or adequate environment” (Ruiz, 1990, p. 46).

In this sense, regarding the human right to a healthy and balanced environment, in the Ecuadorian case:

The constitutional recognition of the legal personality of Nature or Pachamama constitutes a break in the history of contemporary Constitutional Law, not only regarding the protection of Nature and the environment, but also about the subjects of rights. The Ecuadorian ecological constitution seeks to go beyond the foundations of classical constitutionalism, based on the anthropocentric social contract. (Melo, 2013, p. 43)

In this context, we must refer to climate change, which:

It is perhaps the main expression of the ecological degradation referred to in the Brundtland Report. For the United Nations Framework Convention on Climate Change, also adopted at the Rio Conference, climate change is understood as a change in climate attributed directly or indirectly to human activity. The UNFCCC would allow the adoption in 1997 of the Kyoto Protocol, which would enter into force until February 2005, and which consists of an international agreement to reduce emissions of greenhouse gases that cause global warming. (Bolaños, Ortega and Reyes, 2015, p. 34).

From these ideas, we can express that the impact of the indeterminacy of the legal concept “environment -adequate-” for the configuration of a subjective right to the environment can be “relativised”. That is to say, the legal and practical relevance of, for example, distinguishing between a) the natural environment; b) the man-made environment; and c) the social environment can be questioned. Therefore, the following question arises: What is the real contribution of wandering in search of the definition of an indeterminate concept?

For example, when we focus on a law function (by the random selection we propose the functions sanction and prevention).

A: Individual who pollutes (and generates - in addition - damage or a real negative externality).

B: Environment on which the actual pollution or negative externality falls.

Concern with sanctioning and/or prevention does not require concern with the concept of environmental damage or impairment. But merely on an action that exceeds a regulatory or legal standard. Therefore, the action of harming or polluting effectively requires that we aim to establish a scheme of analysis that can be preliminarily represented as follows:

$$B \text{ for Pollution} > P \text{ for Effective Penalty} \times C_t \text{ Penalty} \\ 1 > 0,94$$

Consequently, the important thing is to determine operational (limited and specific) protection standards and their projection within a scheme that pursues general and/or specific objectives.

Next, from a revisionist approach, Law is not restricted to reasoning constructed solely based on the logical principle of non-contradiction (which involves disquisitions around the notions of word, concept, and definition). Let us remember, that in Law there are also approaches that have been constructed from the notion of function and, consequently, the purpose of Law in society or collective environments that require order and government (spontaneous order) but necessarily command and control (directed order). Thinking in functional terms does not involve abstracting logical-deductive concepts but focusing on the effects and consequences of action (e.g., to regulate or not to regulate) from a concise “base parameter”.

If the environment is a breakdown of the concept of *subjective rights* (“property rights”), what matters is the original rule of property rights and how the function of this is characterised, but not - necessarily - the derivations from the original notion. Certainly, such considerations are formulated as theses (not hypotheses) and require a development more characteristic of critical reason (“philosophy of and for”) in law than of an area or branch of law. In this sense, we recognise that our proposal requires a complementary development based on the existing contributions of Felix Cohen and others (to the extent that these may or may not be incorporated) (Gherzi, 2016).

III. The Judgment of the European Court of Human Rights of 9 December 1994

The *López Ostra v. Spain* (1994) judgment, delivered by the European Court of Human Rights on 9 December 1994, is based on:

Ms. Gregoria López Ostra, residing at Diputación del Río el Lugarico, Lorca, Murcia. Gregoria López Ostra, residing in the Diputación del Río el Lugarico district of Lorca, Murcia, brought an action under Law 62/1978 of 26 De-

ember 1978 before the Murcia Regional Court (Administrative Division) for the unauthorised installation of a treatment plant for water and waste from various tanneries in Lorca, on account of the health problems it was causing him and the degradation of the environment and his quality of life, alleging as grounds for the action infringement of his right to inviolability of the home and his right to physical and moral integrity. (s.p.)

Because of the above, it is necessary to consider that the Court of Appeal dismissed the appeal, stating that the reason for this dismissal was that the nuisance caused by the odours, fumes and noise from the installations did not pose a danger to health or violate fundamental rights, but only represented a deterioration in the quality of life. The Supreme Court upheld this ruling, dismissing Mrs López Ostra's appeal, and the Constitutional Court (STC 26-2-1990) also dismissed the subsequent amparo appeal because the fumes, smells and noise did not constitute a violation of the fundamental rights alleged.

The European Court, however, also considered the instrument provided by Law 62/1978 to be adequate, as it understood that such broadcasts violated the right to inviolability of the home and physical integrity, understanding that the circumstances alleged by the appellant made the enjoyment of her home unbearable and seriously endangered her health. Subsequently, the Murcia Supreme Court has partially upheld similar appeals, such as the one heard in S. of 21-2-2001, Ar. 649, in which the defendant Local Administration was ordered to put an end to the bad smells emanating from a sewage treatment plant based on the fundamental right to personal and family privacy and the inviolability of the home, as this implies respect for certain guarantees and powers which include the right to prohibit all kinds of invasions of the home, not only those that involve direct physical penetration, but also those that may be made indirectly through the production of noise and even though the emission of bad smells that disturb the private life of persons in that enclosure that constitutes their home, which must be exempt and immune to external invasions or aggressions by other persons or public authorities.

As for the reasoning behind the commentary, it validates that solving problems of law does not always require the definition-concept binomial. Rather, reasoning in terms of the function of the system. In this

case, the function of the system aims to make a property rule and its attributes prevail. Therefore, it is reasoned in terms of real externalities and how these affect the infringement of a property right. Paradoxically, this coincides with the latest decision of the European Court in considering “the instrument provided by Law 62/1978 to be adequate, as it understood that such emissions infringed the right to inviolability of the home and physical integrity, on the understanding that the circumstances alleged by the appellant made the enjoyment of her home unbearable and put her health at serious risk.

Furthermore, in the case presented, the functional criterion is identified in the rule to establish “who is liable”. In terms of information management, financial capacity, the criterion of prevention of activities with harmful scale, among others, it can be concluded that it was the Local Administration which incurred in an example of a *deep pocket*, perverse strategic position and conduct and that the Administered (Mrs Gregoria López Ostra) was limited by considerations that have to do with problems that, *prima facie* and apparently, are related to “information asymmetry” and other market failures. Then, despite this, some may confuse efficiency and economic reasoning and contrast them with the purpose of the law (the search for justice). We would then be faced with a case where it is the rule (protection of property rights) and its coherent and functional application (not abstracted in an empty concept of “what is being protected”) that allows us to reach solutions to real problems. Certainly, this type of analysis can be gradual, but we consider that Stage 1 allows us to reach a “compromise solution” and this is satisfactory in social and/or collective terms.

Finally, being concerned with functionally analysing a social/legal problem means generating incentives. Reflections in terms of what a concept is and what it involves will take a back seat when we intend to talk about compliance with an identified pattern, and this is based on a value that may even be the result of a random selection process. To conclude, we outline our analysis through the following exemplification:

Damage to the environment = Actual impact on the environment

- a. 1 to 5 “tolerable” effects or effects that can be internalised by the system itself in the short, medium, or long term.
- b. 5 to 10 intolerable affectations as it implies the transfer of social costs that are no longer efficient to manage through the socialisation of costs (justice system, administration, tax system or others).

IV. Environmental Impact Assessment System Considerations

According to Mendoza (2021), we can define Environmental Impact Assessment (EIA) as “an environmental policy instrument currently adopted in numerous jurisdictions (countries, regions, or local governments, as well as by international organisations such as development banks and private entities)” (p. 2). It is recognised in international treaties as a potentially very effective mechanism for preventing environmental damage and promoting sustainable development.

Likewise, for the same author, EIA is:

A management tool that allows environmental policies to be enforced and to be incorporated early in the development and decision-making process. Therefore, it evaluates and allows correcting human actions and avoiding, mitigating, or compensating their eventual negative environmental impacts, acting in a preventive manner in the management process. (Mendoza, 2021, p. 3).

Finally, Mendoza (2021) explains that there are different additional definitions of Environmental Impact Assessment (EIA) such as the following:

Impact assessment, simply defined, is the process of identifying the future consequences of a present or proposed action (International Association for Impact Assessment, IAIA, n. d.). (Cited by Mendoza, 2021, pp. 6-7).

(...) the process aimed at identifying, predicting, interpreting, presenting, and communicating, by preventive means, the effect of a project on the environment; and as an administrative instrument/procedure for project control

which, supported by a technical study on the environmental impact of a project (EEIA) and a public participation process, allows the competent environmental authority to issue an Environmental Impact Statement rejecting, approving, or modifying the project. (Gómez Orea, 1994) (cited by Mendoza, 2021, pp. 6-7).

(...) is the process of analysing different alternatives to differentiate their comparative advantages and disadvantages, and assigning an order of priority according to the factors that are considered most in the choice, whether they are purely economic, environmental, cultural, etc. (Durán, 1994) (cited by Mendoza, 2021, pp. 6-7).

(...) is a set of preventive techniques and procedures for identifying, predicting, evaluating, interpreting, proposing corrections and communicating results, about the cause-effect relationships (positive and negative) between a development project or programme and the physical, biological, and socio-economic environment. (J. Leal, 1997) (cited by Mendoza, 2021, pp. 6-7).

It should be noted that one of the main regulatory models that have been considered in Latin America is the “Spanish model” of autonomous character. In this order of ideas, for the establishment of the Environmental Impact Assessment system in Spain, it proposes the use of a series of tools whose conception responds to a functional operational approach. Among these tools, the following stand out:

a. Integrated Environmental Authorisation

The Junta de Andalucía (2015) and Geobiental (2021) agree that the Integrated Environmental Authorisation (AIA) is:

(...) a tool for administrative intervention that seeks to bring together the different sectoral authorisations required for the start-up of a given activity. The AAI comes into force under Law 16/2002, establishing regulation for those activities and facilities that have a significant impact on the environment. It is regulated under Royal Decree 815/2013, of 18 October, which approves the Regulation on industrial emissions and the development of Law 16/2002, of 1 July, on integrated pollution prevention and control. The Integrated Environmental Authorisation (AIA) includes in its regulations those

environmental and related aspects considered by the competent environmental authorities. (s. p.)

b. Unified Environmental Authorisation

About the Unified Environmental Authorisation (AAU), the Junta de Andalucía (2015) mentions that:

The Unified Environmental Authorisation (UEA) integrates into a single resolution the environmental impact assessment and the different environmental authorisations and requirements that, following the applicable sectorial legislation, the promoter of certain actions must obtain from the competent Regional Ministry for the Environment and public law entities dependent on it before their execution or start-up. In **Andalusia**, the Unified Environmental Authorisation is regulated by Decree 356/2010 of 3 August. (s. p.)

c. Environmental Assessment of Plans and Programmes

For the Ministry for Ecological Transition and the Demographic Challenge (2020), the Environmental Assessment of Plans, Programmes and Projects:

(...) is the technical and administrative procedure by which all aspects of environmental protection are taken into consideration in the decision-making process. This procedure contributes to the participation of the affected administrations and the interested public, being of great utility as a channel of public participation to integrate and adequately consider their environmental concerns. Since 1986 it has been incorporated into Spanish legislation about environmental impact assessment for specific projects and activities and, since 2006, also for Plans and Programmes are drawn up by the Administration. (s. p.)

d. Environmental Qualification

For Professor Conde Antequera (2015) the environmental qualification:

(...) is the procedure carried out by local councils to analyse the environmental consequences of the implementation, extension, modification, or transfer

of activities subject to this procedure, according to Annex I of the LÓGICA (eminently urban activities), to verify their compliance with current environmental regulations and to determine corrective measures? (p. 74)

e. Environmental Pollution Control Authorisations

For the Environment Area of the Provincial Council of Cadiz, Environmental Pollution Control authorisations consist of “Authorisations for emissions into the atmosphere, discharges into coastal and continental waters, waste production and waste management” (Junta de Andalucía, 2015, n. p.).

To specify the above, a direct legal comparison can be made. In this case, we proceed to expressly refer to the Bolivian regulatory and regulatory framework. This is mainly represented by the General Regulation of Environmental Management of the Bolivian Environmental Law (No. 1.333).

V. Comparative law: Bolivia, Ecuador, and Spain

The proposed legal comparison of the instruments of environmental prevention (System of Environmental Impact Assessment) under the Spanish model (SE) with the instrument of regulation of particular scope referred to in Chapter II of Title V (of the normative instruments of environmental management) of the General Regulation of Environmental Management which develops Law N° 1333 of the Environment of Bolivia (B) and the Ecuadorian norms referring to the prevention and environmental responsibility of the Ecuadorian model (E) can be expressed in different ways. Inattention to the argumentative framework presented in this article, we proceed to develop the following proposal for comparison constructed from a legal-functional perspective and in the light of the positive economic approach:

Both the Spanish and Bolivian frameworks focus on the use of “standards” (satisfactory or acceptable minimums) to ensure the use and scope of improvements in terms of environmental quality. The review of

both regulatory frameworks has led us to consider that it is conceived as an intrinsic notion the need to think about combining aspects linked to the environment (as a diffuse concept), what concerns or derives from the concept of “emissions” or “physical aspects” and the impact (relevance) of the “technological”, which is largely related to the administration of *regulatory* management, among others.

In line with the similarities, we can also argue that both instruments provide for *enforcement through* “regulatory bureaucracies”. However, it is at this point those differences also emerge. Spain foresees that its enforcement system will fall on the Autonomous Communities while Bolivia does not consider this type of governance and institutional implementation.

This is certainly also reflected in the quality of regulatory development, which allows us to identify that Spain denotes a better thought-out model that reflects the maturity in terms of public policy design and implementation (although valid criticisms can be integrated from a perspective of trade-offs between the marginal -potential- benefits of the system and its administrative costs (as presented by Guido Calabresi).

This comment holds although Bolivia puts forward a model that attempts to define the role of “incentives” and thus identifies a system that is permeable to a pragmatic and market-based view of regulatory and regulatory practice.

On the other hand, it is worth noting that the review of both instruments also allows inferring that:

1. Bolivia’s design is less complete and more permeable in terms of Regulatory Capture. This is so, since the “legal product” offered by Bolivia does not allow for clear parameterizing -that is, with consistent levels of coordination- of the relationship that arises between regulators and the regulated, and this has led to the neglect of the interests of the public (general interest) and is reflected in its imperfect protection, as has been argued by the majority Bolivian doctrine.
2. Bolivia’s model is based on a stale “legalism” that may derive from its aspiration to protect the “rights of Pachamama” and to consider

that the written text per se respects principles such as legality or gives effect to respect for the rule of law (Porto, 2011).

3. Spain, on the other hand, is much more permeable and does not stifle aspects such as the dynamic binomial of competition and enterprise, which is crucial for achieving regulatory objectives in a competitive economic environment (regardless of whether a “popular and solidarity economy model with a market” is superimposed on a “social market economy”). In practice, this is also reflected in the prevalence of inflexible and complicated rules, as Bolivian colleagues have also emphasised in their speeches.
4. The model offered by Spain allows regulatory bureaucrats to avoid causing harm to those on whom the regulatory system falls. In this sense, Spain’s exercise, although perfectible, allows for the integration of the role of the regulatory bureaucrat, the regulatory instrument and control of conduct by the regulated party (optimising the model in terms of efficiency, effectiveness, and efficacy).

Regarding Article 10 of Law 1333 of the Environment of Bolivia (1992):

Article 10.- Ministries, public bodies, and institutions of a national, departmental, municipal, and local nature, related to environmental issues, must adapt their organisational structures to have a body for matters related to the environment. Likewise, in coordination with the Secretary of the Environment, they shall support the execution of programmes and projects aimed at preserving and conserving the environment and natural resources.

However, it is considered necessary to implement or suggest that the institutional design of this figure considers the following:

- i. From the proposed legislative technique presented in Article 10 of Law No 1333 on the Environment, it can be assumed - a priori - that a model has been established that has not projected - fully - the problem of the costs of inter-sectoral coordination, the administrative costs of the system (as a whole) and how these can be reflected in higher social costs.

- ii. Although the Secretariat of the Environment plays a “coordinating” role, given the relevance of the environmental sphere, an alternative institutional design could be used. If it has been detected that there are multiple entities related to environmental issues, based on a focus on reducing transaction costs, a model could be used that centralises processes beyond simply requiring “adapting organisational structures to have a body for environmental matters”.
- iii. However, Bolivia must foresee the “integration” of entities with related spheres through bodies and a coordinator. Above all, in a context where Latin American states need to optimise the administration of their resources to achieve superlative goals (superior or first-order legal goods) such as environmental protection.

Article 25 of that body of law also states that:

Article 25.- All works, public or private activities, before their investment phase, must compulsorily have the identification of the category of environmental impact assessment, which must be carried out according to the following levels: 1. Does not require a specific analytical EIA, but a conceptual review may be advisable. Does not require EIA. (Law 1333, 1992, art. 25)

In that sense, deterrence as an approach (*ex-ante* control mechanism) is socially important. Deterrence” is an approach which, however, is justifiably criticised in law for its potential “social cost” and for opening the door to conflicts between the administration and the administered. Therefore, the requirement to monitor the compliance of supervisory bodies (authority) with their objectives and to introduce an evidence-based and “problem-solving” approach is more than essential. The aim is to avoid problems of “institutional capture” and that, because of correcting “market failures”, “state failures” are generated and affect factors such as the predictability of the “institutional framework” (legal certainty).

The wording of the article can be considered interesting, but it generates scenarios of exemption from “requirements” that indicate distrust. Furthermore, it is not clear that there is an exemption methodology in this article in the form of a *de minimis* rule (among others). Therefore, although it is important to have such an article, it would be worthwhile

to improve its wording (especially if we are in an area governed by the principle of legality).

In this framework, Law 1333 (1992), emphasises that:

Article 26.- The works, projects, or activities that, due to their characteristics, require the Environmental Impact Assessment Study as prescribed in the previous article, before their execution, must have the Environmental Impact Statement (EIS), processed by the competent sectorial organisms, issued by the Departmental Secretariats of the Environment, and approved by the National Secretariat. The homologation must be verified within a pe-remptory period of twenty days, otherwise, the EIS will be consolidated without the respective homologation. In the case of projects of national scope, the EIS should be processed directly before the National Secretariat of the Environment. The Environmental Impact Statement will include the studies, technical recommendations, norms, and limits, within which the works, projects of activities evaluated and registered in the Departmental Secretariats and/or National Secretariat of the Environment must be developed. The Environmental Impact Statement will become the technical-legal reference for the periodic qualification of the performance and execution of such works, projects, or activities.

This article seems to be the most solvent and consistent of the three that have been analysed. However, systematic reading of the three articles allows us to assume that a reform would be important to generate even greater regulatory integration and derived processes.

5.1. Considerations on the Institutional Framework of environmental regulations in Ecuador

As a first approach, in the case of *Delfina Torres vs. Petroecuador* (2003), the Court established that: “the non-contractual civil liability for risky or dangerous activities, in which fault is presumed, relieves the victim from providing the means of proof of negligence, carelessness or inexperience; it is then up to the defendant to demonstrate that the event occurred due to force majeure, fortuitous event, the intervention of a foreign element or the exclusive fault of the victim.” (p. 18).

Then, with the 2008 Constitution of the Republic of Ecuador, it is essential to refer to the mandates contained in that regulatory body, since it recognises the right to a healthy environment:

The right of the population to live in a healthy and ecologically balanced environment that guarantees sustainability and good living, *sumak kawsay*, is recognised. The preservation of the environment, the conservation of ecosystems, biodiversity and the integrity of the country's genetic heritage, the prevention of environmental damage and the recovery of degraded natural spaces are declared to be in the public interest. (CRE, 2008, art. 14)

Furthermore, in the subsequent article, it is mentioned that the State will oversee promoting the use of clean environmental technologies and the use of non-polluting and low-impact energies (CRE, 2008, art. 15). The same article prohibits all types of weapons, chemicals, technologies, and agents that are harmful or that affect human health, food sovereignty or ecosystems (CRE, 2008, art. 15). 15), which means that any action that causes environmental damage is prohibited and, therefore, affects the right to a healthy and ecologically balanced environment, according to article 14 of the Constitution, the right to health, according to article 32 of the same constitutional body of law and article 66 number 27, which recognises the right to live in a healthy and pollution-free environment as a freedom right, among other rights that are directly and indirectly related.

It should be noted that Article 71 and 10 of the Ecuadorian Constitution (2008) recognises nature's right to full respect for its existence, maintenance, and regeneration, as it is possible to demand that the authorities comply with nature's rights. This is because, as a normative evolution, this body of law recognises nature as a subject of rights, as well as its right to restoration, considering cases of serious or permanent environmental impact (CRE, 2008, art. 72). Taking into consideration the principle of *in dubio pro natura* established by the Constitution in article 395 number 4.

For this reason, in 2017 the Organic Environmental Code (2017) was enacted on 12 April 2017, which has as one of its aims to "regulate activities that generate environmental impact and damage, through rules and

parameters that promote respect for nature, cultural diversity and the rights of present and future generations” (art. 3.5), and also considers that one of the duties of the State and individuals is to inform, communicate or report any activity that causes pollution and produces environmental damage (Organic Environmental Code, 2017, art. 7.5).

In addition, both civil, administrative, and criminal environmental liability is established. In the criminal sphere, the provisions of the Comprehensive Organic Penal Code -COIP- (2014) are applied, since in its article 71 referring to penalties for legal persons, in number 5 it is mentioned that penalties will apply to legal persons who must fully remedy the environmental damage caused, also considering that this penalty does not prescribe as established in article 75 of the same body of law. On the other hand, a prison sentence is stipulated for the person who commits crimes against environmental management, which are described in the COIP.

Likewise, concerning integral responsibility, this is considered as an environmental principle that considers the responsibility of the person who performs an action that generates an impact on the environment, by using certain substances or other toxic materials (Organic Environmental Code, 2017, art. 9.1).

For this reason, Ecuadorian regulations provide for a legal shield to protect the environment, since environmental liability exists for causing damage, as everyone will have the legal obligation to be “responsible for the environmental damage or impacts they have caused” (Organic Environmental Code, 2017, art. 10). In addition, strict liability is established, since any person who causes damage will be liable, even if “there is no malice, fault, or negligence” (Organic Environmental Code, 2017, art. 11).

5.2. Some reflections on the institutional framework at the national, departmental, municipal, sectoral and SERNAP levels in Bolivia.

The Bolivian proposal seems extremely important. It is essential for performance analysis and any formulation of “regulatory improvement”.

However, it is also perfectible in terms of introducing mechanisms of control, balance, and optimisation of resources for the provision of services that avoid the problem of “institutional capture” or the emergence of perverse effects/incentives that manipulate or distort the behaviour of “regulated agents”. Although there are interesting alternatives of “governance of collective action” - expressed in Law No 1333 of the Environment - we are left with some doubts as to the achievement of results reached in a socially desirable (optimal), i.e., sustainable, efficient, and fair manner.

5.3. Effects of a possible enactment of a Bolivian law like the Spanish and Ecuadorian environmental liability law

Establishing a comparative analysis such as the one proposed requires specificity. In this sense, it is proposed to do so by mentioning the relationship with the system of environmental liability existing in Bolivian legislation, assessing the effects of a possible enactment of a law in Bolivia like the Spanish and Ecuadorian environmental liability law.

Furthermore, it is pertinent to consider that a “structural” change at the institutional, legal, and regulatory level is required if the objective of “transplanting” the model of the Spanish Environmental Responsibility Law (Law 26/2007, on Environmental Responsibility) to Bolivia is to be pursued.

This is so because we are faced with two institutional, legal and regulatory contexts (the realm of *formal rules*) that obey divergent belief systems (ideologies).² This is accentuated if it is assumed that law is “politics” and, in good faith, is expressed and applied through legislation

2 Certainly, this prior consideration is accentuated if we enter the realm of informal rules that guide human conduct (social-legal customs, usages, and social norms, among others). This is relevant if we consider that the predominant regulatory approaches in advanced economies (OECD) simply reproduce and apply with relatively high efficiency pragmatic “rational” regulation models, where cost-benefit analysis and cost-effectiveness analysis are manifestly combined with “modern” discernments of justice such as the proposal of Calabresi and Melamed, concerned with “avoiding the waste of resources” (a concept understood in a broad and non-economistic sense).

and regulations that “respond” to public policies that in turn denote a government plan and, before that, a political ideology.

The prevailing *belief system* (Clements, 2017) in the sister country of Bolivia does not allow its legal operators to conceive and understand the background of previous experience (which is not restricted to replicating or emulating it - expressly - in a written text within your legal system despite its relevance in the country’s “Kelsenian pyramid”) and the institutional design that derives from an “accumulated knowledge” divergent from what is characterised as the “Andean cosmovision”. This, for example, explains why the Bolivian jurist perceives in other regulatory proposals (which have also been constructed under the logic of *command and control* like the Bolivian one) foreign “mercantilist” proposals (De Soto and Ghersi, 1987) (cited by Salcedo et al., 2020).

This argument becomes even more important if we consider that a modern “liability system” must be able to overcome mono-objective proposals (e.g., prevention) or the irresolute preponderance of a particular type of objective. Modern models combine - effectively - four objectives such as a) sanction and/or punishment; b) compensation and/or reparation, c) prevention (general and specific) and c) precaution.³ In addition, they must be inserted in a coordinated (harmonised) manner within their legal system (which is complicated in systems where spurious transplantation is the rule and not harmonisation and integration - of contemporary European inspiration).⁴

5.3.1. Valuing effects (A)

Reflecting on the scope of a legal framework, it is justified to start from Article 1 (Object) of Chapter I (General Provisions) of the Spanish Environmental Liability Act 26/2007, which regulates the responsibility of ope-

3 Moreover, it places national or domestic law in a situation of non-dependence of not requiring legal frameworks or supranational headquarters for the true protection - optimization - of rights.

4 We even risk thinking that we would be facing a case that requires constitutional reform and a complex process of regulatory harmonization.

rators to prevent, avoid and repair environmental damage, following Article 45 of the Constitution and the principles of prevention and *polluter pays*.⁵

Although the change is justified by criteria such as the Bolivian model acquiring greater “institutional strength” (a macro-regulatory approach typical of comparative neo-institutional approaches such as those contributed by Aoki and others), it involves risks that are expressed through general effects on legal security or, to put it another way, a negative increase in the perception of a short-term legal risk.

5.3.2. Assessing effects (B)

Let us also consider that Art. 2 of the Spanish Law 26/2007 (2007) on Environmental Liability states that environmental damage implies:

Damage to wild species and habitats, i.e., any damage that produces significant adverse effects on the possibility of achieving or maintaining the favourable conservation status of these habitats or species. The significance of such effects shall be assessed concerning the baseline status (...).

This consideration would require a reconfiguration of the current model in Bolivia which, despite including areas such as the characterisation of incentives in the environmental sphere, and unlike the Spanish experience, does not incorporate an express and maximalist C-B logic in its theoretical matrix and its legislative formulation. This becomes even more evident if we resort to a preliminary example: Environmental Risk Analysis, which is relevant insofar as this variable is essential for the study of environmental liability and any calculation exercise based on modelling the behaviour of “agents” in terms of rejection, neutrality, and propensity to risk.

5 This principle is not alien to the Bolivian experience. However, its understanding is far removed from “economistic” thoughts and has been constructed with a “social approach”. This idea would involve a reconfiguration of the Bolivian legal proposal more concerned with - apparently - less onerous aspects such as *deterrence* (prevention). Therefore, the enactment of a law in Bolivia like the Spanish Environmental Liability Law would require first a reconfiguration of its *legal enforcement* structure and, consequently, an increase in “*administrative or tertiary costs*”, i.e., the costs of introducing a case into the legal system (an idea we owe to Professors Calabresi and Melamed).

For Spanish legislation, environmental risk is the *function* that relates the *frequency of occurrence* of an accidental scenario to its *negative consequences* (real negative externalities or the effect on a property or subjective right) on the environment.

Risk = Frequency of Occurrence x Consequences

This formulation can be refined using this alternative:

Risk = Probability x Frequency of Occurrence x Consequences

Therefore, the implicit -macro logic of the Spanish legal framework makes it possible to obtain an economic valuation of the cost of repairing the environmental damage generated by the reference scenario selected (even randomly) to establish, for example, a financial guarantee.⁶

Here another adaptation in the Bolivian legal modelling stands out. Internalising a logic of effects and consequences that makes the use of the financial guarantee recurrent as a tool destined -exclusively- to cover the expenses derived from the reparation of any environmental damage that an agent might cause because of an accident originated during the development of its activity. This logic for the Bolivian system moves away from the idea of *protecting Mother Earth* or *Pachamama* (geocentric and biocentric) and is conceptualised as neoliberal “mercantilism” that denotes an anthropocentric nuance.

Certainly, this goes beyond the tangled disquisition involving the characterisation of the geocentric-biocentric versus the anthropocentric and that which could be adduced from the theoretical matrix that informs the Bolivian system of rights protection. In this sense, it is necessary to understand the *ratio of* the Spanish system which, overcoming ideological foundations, aims to cover⁷ the obligations of the activity con-

6 It is important to remember that an Environmental Risk Analysis or ERA is required to determine the amount of financial security.

7 In our view the precise action verb would be “anticipate” and its calculation formula involves thinking - potentially - in terms of *opportunity cost* and its related short-, medium- and long-term effects.

cerning the prevention and avoidance of environmental damage and the reparation of environmental damage caused by the development of the activity of an (economic) agent or operator.

VI. Applied Environmental Impact Assessment

The case analysed refers to the work carried out by the company GEO-PARK PERÚ S.A.C. (GeoPark). This company promoted a project that aimed to exploit oil from the Situche Central oilfield, which would then be transported using a flexible pipeline to the Sargento Puño Base Camp (CBSP), where it would be stored in tanks and transported by the river along the Morona River by barge to the Morona Pumping Station (EBM) owned by Petroperu.

Although I consider that the proposed and described model (transport activity) resulted in a high risk of environmental impact, in compliance with the legal framework in force in 2018, GeoPark prepared a Detailed Impact Assessment (EIA-d) of the Project. This was carried out by the consulting firm Engineers & Environmental Perú S.A. (E&E Perú S.A.), registered by Directorial Resolution No 037-2017- SENACE/DRA, in the National Registry of Environmental Consultants of the National Environmental Certification Service for Sustainable Investments (SENACE).

For this case, initial doubts about transportation are since GeoPark proposed a project involving development drilling (of the Situche Central field), its production facilities and the transportation of crude oil by barge for subsequent delivery to Petroperu.

However, GeoPark argued that its Project would generate:

1. A positive impact on the national and regional economy by enabling demand for goods and services, employment generation.
2. In addition to an increase in oil production.

3. A real and empowering benefit for the productive chains linked to oil activity.
4. Social development of the communities closest to the Project implementation area.

On the other hand, interestingly, the field assessment for the Environmental Baseline studies was carried out during the years 2017-2018 related to the Very Wet Season-TMH (May, December 2017; March 2018) and the Wet Season-TH (September 2017; June 2018).

To this end, a methodology was proposed that considered the sequence of work that was used for the elaboration of the EIA-d comprised the following:

- i. Approval of the PPC, Terms of Reference (ToR) and EIA-d Work Plan.
- ii. Field data collection for the Baseline in both seasons (TMH and TH).
- iii. Laboratory analysis of samples (air, water, soils, sediments, hydrobiology)
- iv. Field data collection for the Social Baseline.
- v. Elaboration of Environmental and Social Baseline Reports
- vi. Preparation of EIA-d Reports and Chapters.

Finally, we must indicate that the company complied with the regulations in force in Peru since it proposed a Baseline study of the EIA-d, which began with the collection of field information in the two (2) seasons, following the Work Plan indicated in the Report N° 055-2017-SENACE-J- DCA/UPAS and the Specific ToR approved by Directorial Resolution N° 040-2018- SENACE/JEF/DEAR dated 14 March 2018 and a Work Plan that included the suggestions of the reviewing entities.

Compliance with the regulations and the submission of the report aimed at GeoPark's claim to the competent administrative authority (SENACE) that:

- a. Compliance with the presentation of the Work Plan in line with the content established in Annex III of D.S. N° 005-2016- MINAM.
- b. Communicate the implementation of field visits to supervise the elaboration of the baseline.
- c. Communicating the contributions received from the opinion formers and with the opinion of the different State entities.

In other words, there was formal compliance with the Peruvian legal and regulatory basis, which allowed GeoPark to obtain approval from SENACE in 2019.

VII. Conclusions

Concerning the issue of compliance (closely linked to the cost of enforcement), Spain's model reveals its scope and limitations in that it does not have a complex system of rules with major problems of scope. The opposite is the case of Bolivia, which allows inferring the subsistence of a problem of "funding" of the regulatory-regulatory system, among other relevant aspects. In the Ecuadorian case, the environment is fully protected in a preventive manner and once the damage has been caused since liability for these affectations to what is considered a subject of rights (nature) is objective.

This brief exercise is introductory and requires further analysis and critical appraisal. The purpose, however, was to use "concise" examples to theoretically assess. In addition, it should be considered that it could be a highly complex rational and constructivist exercise consisting of identification and prediction activities. Therefore, it poses a challenge that requires technical mastery and broad expertise to be able to execute it according to the general interest.

There is also a need to manage different “scales of planning and execution”. Certainly, this requires a robust methodology and demonstrated organisational capacity. In that sense, it is required to start from or be based on a scientific analysis of the environment, as it is necessary to work with a projective approach, which means that it is necessary to include “mitigation measures” (design). Similarly, regulation should be focused on as an essential input for policymaking and enforcement by the environmental administration.

Bibliographical references

Bolaños, V., Ortega, F. and Reyes, D. (2015). Medio ambiente, ciencia y sociedad. *Andamios*, 12 (29).

Clements, R. (2017). International Law as a Belief System. By Jean D’Aspremont. *British year book of international law*, (87), pp. 272-275.

Conde Antequera, J. (2015). La responsabilidad de la administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (45-46), pp. 67-100. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5444229.pdf>

Conde, J. and Arana, E. (2020). *Introducción al derecho ambiental español*. Retrieved from https://ceadis.uasb.edu.bo/medio_ambiente/course/view.php?id=55

Constituent Assembly of Ecuador. Constitution of the Republic of Ecuador. [Const.] (2008). R. O. 449 of 20 October 2008.

Delgado, V. (2020). Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile. *Revista de Derecho Privado*, (38), pp. 279-310.

Estrada, A., Gallo, M. and Núñez, A. (2016). Contaminación ambiental, su influencia en el ser humano, en especial: el sistema reproductor femenino. *Universidad y Sociedad*, 8 (3), pp. 80-86.

European Court of Human Rights (1994). López Ostra v. Spain delivered on 9 December 1994.

- First Civil and Commercial Chamber of the Supreme Court of Justice of Ecuador. (2003). Judgment No. 229-2002 of 29 October 2002 and its Clarification of 25 November 2002. Delfina Torres Viuda de Concha vs Petroecuador. R. O. 43 of 19 March 2003. Retrieved from: <https://n9.cl/nk321>
- Gallopin, G. (1989). A unified concept of the ecological niche. *International Journal of General Systems*, 15 (1), pp. 59-73.
- Geobiental. (2021). *La Autorización Ambiental Integrada (AAI)*. Retrieved from <https://www.geobiental.com/consultoria-ambiental/procedimiento-autorizacion-ambiental-integrada>
- Gherssi, E. (2016). The Cost of Legality. *Revista del Centro de Estudios Público de Chile*, 30, pp. 83-110. Retrieved from: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184142/rev30_gherssi.pdf
- Junta de Andalucía (2015). *Autorización Ambiental Unificada*. Retrieved from: https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/landing-page-%C3%ADndice/-/asset_publisher/zX2ouZa4r1Rf/content/autorizacion-c3-b3n-ambiental-unificada-1/20151
- Melo, M. (2013). Derechos de la Naturaleza, globalización y cambio climático. *Línea Sur*, (5), pp. 43-54.
- Ministry for Ecological Transition and the Demographic Challenge (2020). *Evaluación Ambiental de Planes y Programas*. Retrieved from <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/evaluacion-ambiental/default.aspx>
- National Assembly of Ecuador. Organic Integral Penal Code. [Cod.] (2014). R. O. 180 of 28 January 2014.
- National Assembly of Ecuador. Organic Environmental Code. [Cod.] (2017). R. O. 983 of 12 April 2017.
- Plurinational Legislative Assembly of Bolivia. Law No 1333 of the Environment. (1992). Of 27 April 1992.
- Porto Macedo, R. (2011). Derecho social, medio ambiente y desarrollo. Reflexiones en torno a un caso exitoso. En C. Rodríguez (coord.), *El derecho en Amé-*

rica Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, pp. 323-345. Argentina: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Rodríguez, V., Bustamante, L. and Mirabal, M. (2011). La protección del medio ambiente y la salud, un desafío social y ético actual. *Revista Cubana de Salud Pública*, 37 (4), pp. 510-518.

Ruiz Vieytez, E. J. (1990). *El Derecho al Ambiente Como Derecho de Participación*. Spain, Guipúzcoa: Editorial Ararteko, Zarautz.

Salcedo, C., Moscoso, F. y Ramírez, M. (2020). Economía informal en Colombia: iniciativas y propuestas para reducir su tamaño. *Revista Espacios*, 41 (3), pp. 1-22.

Solarte, A. (2005). La reparación in natura del daño. *Vniversitas*, (109), pp. 187-238.

Toca Torres, C. E. (2011). Las versiones del desarrollo sostenible. *Sociedade e Cultura*, 14 (1), pp. 195-204.

United Nations Development Programme. (2019). *Supporting document: Environment*. Retrieved from: <https://eird.org/pr14/cd/documentos/espanol/Publicacionesrelevantes/Recuperacion/5-Med-Ambiente.pdf>

Los impactos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador

The impacts of enforcing Rights of Nature through jurisdictional guarantees in Ecuador

Lucía Belén Salazar Gómez*

Investigadora jurídica independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 1 de noviembre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 31 de diciembre de 2021

Citación

Salazar, L. (2021). *Los impactos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (77-100).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.102

Resumen: Las garantías constitucionales particularmente utilizadas para implementar los Derechos de la Naturaleza en Ecuador son las garantías jurisdiccionales, que en esencia representan un estilo sancionatorio de implementación. La mayoría de estudios analizan los impactos cuantitativos al ejecutar estos mecanismos – número de sentencias. Este artículo analiza la calidad de los mecanismos jurisdiccionales y efectividad de sus resultados. Concluyendo en un marco de aprendizaje que evidencia la falta de mecanismos de política ambiental preventiva favorable a la naturaleza.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho por el Concejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Especialista Superior en Políticas de Cambio Climático por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Master of Science (MSc) En Política Ambiental y Regulación por la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres LSE. correo: lucibelensg@gmail.com

Palabras clave: derechos de la naturaleza, garantías jurisdiccionales, garantías normativas, prevención, políticas ambientales.

Abstract: *The constitutional guarantees mostly used to implement the Rights of Nature in Ecuador have been the jurisdictional guarantees, which in essence represent a sanctioning style of implementation. Most studies analyse the quantitative impacts when executing these mechanisms – number of sentences. This journal article analyses the quality of the jurisdictional mechanisms and the effectiveness of their results. Concluding in a learning framework that evidence the lack of preventive environmental policies pro nature.*

Keywords: *rights of nature, jurisdictional guarantees, normative guarantees, prevention, environmental policies.*

I. Justificación y metodología

El reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza – en adelante DDNN – en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 fue un acto trascendental, que representó apenas el inicio de lo que Thomas Berry (2000) denomina ‘El Gran Trabajo’. Una transición de la relación predominantemente devastadora del ser humano respecto a la naturaleza, hacia una restauradora en coexistencia. Al garantizar estos derechos a plenitud, se irrumpe contra paradigmas de desarrollo antropogénico y barreras políticas y sociales de tinte colonial, anquilosadas en la modernidad (Prieto, 2013).

He ahí, la importancia de estudiar la efectividad de las garantías aplicadas, para implementar los DDNN. La efectividad se basa en el análisis de impactos a nivel social y estatal. Para el efecto, aplicar una metodología específica determina la precisión y consecución de objetivos que desarrollan una doctrina adecuada. Lastimosamente, la mayoría de los estudios analizan los impactos cuantitativos – número de causas y sentencias (Badillo, 2018); cuando la metodología idónea para percibir un cambio social real es el análisis cualitativo de las garantías y la efectividad de sus resultados.

Este estudio identificó impactos cualitativos directos e indirectos. Se entiende por impactos directos a todo resultado formal ej. interpretación

constitucional y jurisprudencial, con especial énfasis en la motivación judicial (Prieto, 2013). En cuanto a los impactos indirectos, son cambios de comportamiento y en la cultural legal que influye en tomadores de decisión y defensores¹ (Peel y Osofsky, 2015).

Ahora bien, los mecanismos de implementación estudiados a profundidad fueron las garantías jurisdiccionales, ya que Craig Kauffman y Pamela Martin (2017) consideran que son las más utilizadas por su disponibilidad. Para este estudio se evaluaron y codificaron 30 sentencias emitidas por Cortes Provinciales, Nacional y Constitucional – en adelante las Altas Cortes, 13 de ellas con resultado favorable a la naturaleza y 6 de ellas por iniciativa estatal (Kauffman y Martin, 2017; Observatorio Jurídico de los Derechos de la Naturaleza - Ecuador, 2018).

Posterior a este análisis documental, se realizaron seis entrevistas semiestructuradas a actores clave que tienen por responsabilidad garantizar los DDNN. Entre ellos se consideró a una autoridad del Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica (MAATE); un Juez de la Corte Constitucional del Ecuador; una especialista tutelar de la Defensoría del Pueblo, una asesora de la Asamblea Nacional del Ecuador; un representante de la coalición de ONGs ambientalistas y una investigadora militante.

En última instancia, la mayoría de entrevistados coincidieron en el caso paradigmático elegido². La elección del caso es subjetiva, un caso paradigmático por su relevancia para los entrevistados y de conocimiento público. A fin de codificar indicadores de impacto y replicar en estudios de casos futuros. El análisis del mismo fue de manera diacrónica, tejiendo los cambios que han ocurrido en el tiempo y revelando cómo y por qué pasaron dichos cambios (Thomas, 2017).

-
- 1 Jackeline Peel y Hari Osofsky (2015) generaron este marco de análisis funcional al litigio climático, el cual considera a los impactos indirectos como un mapeo clave, donde entrevistas estratégicas permiten evidenciar la movilización social, producción cultural y cambios de comportamiento en la práctica hacia lograr cambios estructurales, de valores y normativos.
 - 2 La meta data detallada puede encontrarse en la investigación original para el presente artículo. Salazar, L. (2020) *Listen to Nature! The Impacts and implications of guaranteeing Rights of Nature through a legalistic enforcement style in Ecuador*. Dissertation – The London School of Economics and Political Sciences. Financed by SENESCYT Scholarship. Disponible en físico en LSE Library.

El caso trató sobre el Río Piatúa (2019). Un caso seleccionado por la Corte Constitucional para desarrollo de línea jurisprudencial por considerarse

... novedoso para la Corte Constitucional; aunque ya existan casos previos de consentimiento, no se ha escogido un caso similar en el contexto del N.º 1754-19-JP; donde una construcción pública amenace con causar la extinción de un río con valor económico, cultural y simbólico para comunidades indígenas. Consecuentemente, la Corte busca analizar la interacción e interdependencia entre derechos de la naturaleza y derechos indígenas, cuya relación con la tierra y el ecosistema es orgánica (CCE, Sentencia No. 1754-19-JP, 2019).

En síntesis, la Corte Provincial de Pastaza resolvió una acción de protección a favor de la naturaleza. Acción interpuesta por la comunidad kichwa PONANKICSC y apoyada por ONGs y la Defensoría del Pueblo; a fin de exigir que la compañía GENAFRAN, el Ministerio de Recursos No Renovables, la Agencia de Control de la Electricidad, la Secretaría del Agua y el Ministerio del Ambiente – en ese entonces separados institucionalmente – sean sujetos a sanción, con el petitorio concreto de suspender la construcción de la Estación Hidroeléctrica Piatúa.

Finalmente, en base a la Teoría del Cambio³ (Taplin y Clark, 2012), la sumatoria de estos análisis generó un marco de aprendizaje estandarizado mediante codificación abierta y manual. Al ser un estudio argumentativo, programático e indudablemente político (Bovens, et.al., 2008; Marsh y McConnell, 2010), la codificación se basó en analizar los discursos ambientales (Dryzek, 2017) y sectorizar con fines didácticos entre imaginativos y reformistas (ver Tabla 1). El análisis del discurso se fundamenta en el rol del lenguaje como recurso de poder, ideología y cambio socio-cultural, donde la información colectada es interpretada de manera coherente (Bryman, 2016), revelando los intereses de los actores responsables de garantizar los DDNN. Es preciso notar que, para el caso de estudio, la codificación instrumentalizó la motivación en la *obiter dicta* y la *ratio decidendi* del veredicto en indicadores de insumo y resultado.

3 La Teoría del Cambio es una técnica de evaluación de resultados utilizado en ciencias sociales y administrativas, para medir el cumplimiento de objetivos de manera motivada - en este caso sería la decisión de la sentencia judicial, la resolución en el acto administrativo y las impresiones de las y los entrevistados.

Tabla 1. Marco de codificación de impactos al aplicar garantías jurisdiccionales

Impacto	Código	Descripción
DIRECTOS	Interpretación DDNN	Repertorio de interpretación de acuerdo con un discurso ambiental: reformista o imaginativo en la motivación judicial
	Leyes secundarias y evolución	Justificación de reformas, motivación en nuevas regulaciones, planes administrativos y estándares técnicos.
	Identificación de legislación simbólica	Barreras internas o externas: Implementación de facto por autoridades de control y sanción. Gravedad de las consecuencias legales, posición jerárquica de la ley y tiempo de acción. Entendimiento de la naturaleza simbólica en intentos de cambio legislativo
INDIRECTOS	Implicaciones al implementar DDNN	Reconocimiento, comprensión y decisiones idóneas, motivadas, alegatos y argumentos.
	Cambio en el comportamiento	Progresivamente por experiencia; reacciones durante el seguimiento de causas (instancias judiciales, reacción en movimientos sociales)
	Relaciones de poder	Evidencia de disparidades sociales, intereses, capacidad de control, rendición de cuentas, potencial de influencia, privilegios hegemónicos de discurso y creencias, dar por sentado o marginalizar (Bryman, 2016)
	Política asociada	Control de pesos y contrapesos, argumentos críticos, falacias.

Fuentes: Newig, 2007, Dryzek, 2017.

Elaborado por: Lucía Salazar, 2021.

El potencial del marco de aprendizaje radica en que sus resultados clarifican por qué y cómo se deben garantizar los DDNN. Más todavía permite identificar responsabilidades y vincularlas a actores estratégicos. Todo esto, para evaluar los resultados y la efectividad de los mecanismos jurisdiccionales implementados para garantizar los DDNN. A continuación, se expone una breve comprensión de los argumentos situados y ontológicos que permiten entender las implicaciones del reconocimiento e implementación de los DDNN. Posteriormente, se detallan los mecanismos de implementación de estos derechos, para culminar con el marco de aprendizaje de ejecución de garantías jurisdiccionales.

II. Antecedentes situados y ontológicos de los Derechos de la Naturaleza

La política económica del Ecuador está basada en la extracción de recursos naturales; consolidándose como el quinto mayor productor de petróleo en América Latina, producto que representa más de la mitad de las exportaciones e ingresos públicos (Banco Mundial, 2018). Estas condiciones indujeron al ‘Boom del Petróleo’ que reforzó la dependencia de políticas sociales y de inversión pública en los ingresos extractivos. Ingresos que dependen de la demanda, volatilidad de precios y de deuda anticipada con países inversores como los miembros de la OPEC y de los BRICS⁴. Posterior a la caída del precio del petróleo en 2014, la minería se ha convertido en la fuente primaria de explotación y exportación (Arroyo, 2019). Todo extractivismo tiene como consecuencia la degradación de la tierra y el desplazamiento de comunidades, con desventajas idénticas y la falsa reducción de la pobreza (Gudynas, 2016; Valladares y Boelens, 2017; Acosta y Martínez, 2018). En resumen, Ecuador vive en un bucle interminable de causa-efecto desarrollista antropocéntrico.

La Constitución de la República – en adelante CRE – reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos con valor intrínseco y manda taxa-

4 OPEC es la Organización de Países Exportadores de Petróleo y BRICS es el acrónimo correspondiente a las siglas de los países de coalición identificados como economías emergentes que asisten a países con menor desarrollo económico en base al PIB (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica).

tivamente principios ambientales alineados a su protección, defensa y reparación integral. La calidad de sujeto deviene del reconocimiento jurídico de *personae* en un Derecho Biocéntrico o lo que Cormac Cullinan, (2011) denomina el *derecho salvaje*. Al igual que la dignidad humana, el valor intrínseco de la naturaleza tiene como efecto, que el rol *conquistador* del ser humano mute a un estado de pertenencia e interdependencia en la comunidad de la Tierra o Gaia, y que ésta no sea un instrumento de explotación (Leopold, 1968; Lovelock, 2000; Callicott, 2002). Tomando en cuenta que el biocentrismo no es una visión esencialista ni conservadora. No es una naturaleza intocable, pero según los economistas ecológicos es una relación de derechos recíproca, regenerativa y no de capital (Martínez y Roca, 2016; Gudynas, 2016).

Ahora bien, el reconocimiento de los DDNN es siempre local o situado (Gudynas, 2016), de ahí que en Ecuador surge de una ética biocéntrica fundamentada en una traducción intercultural, legado de los históricos levantamientos indígenas (Valladares y Boelens, 2017). Esta aclaración es pertinente, porque la CRE tiene una fuerte presencia descolonizadora en su narrativa, proveniente del pensamiento neoconstitucionalista andino (Ávila, 2016). Así, la naturaleza o *Pacha Mama* es un ser viviente, una madre de la que el ser humano depende para alcanzar el *Sumak Kawsay* o Buen Vivir (Estermann, 2006; Llásag, 2011; Salazar, 2016). Esta narrativa es considerada una oportunidad para recuperar la dignidad epistemológica en apertura al plurinacionalismo y pluriculturalismo, para la toma de decisión no tecnocrática estatal y el actuar ciudadano en diversidad (Prieto, 2013).

De manera que, la transición implica al menos ir de una racionalidad instrumental hacia una racionalidad ambiental y con perspectiva decolonial, donde las decisiones en pro de la naturaleza no pueden limitarse a un análisis costo-beneficio. A decir de Diana Murcia (2009), los cambios significativos son: superar la falacia de explotación de la naturaleza para garantizar derechos sociales y económicos; erradicar la discriminación y justiciabilidad de derechos. Esto, en el ejercicio de las garantías normativas y jurisdiccionales.

III. Mecanismos de implementación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador

La Constitución manda que los DDNN son de directa e inmediata aplicación por cualquier servidor público, de oficio o a petición de parte (Art. 11.3). Estos derechos están protegidos por todos los principios de aplicación de los derechos (Capítulo I, Título II), el principio pro natura (Art. 395.4) y demás principios ambientales como el principio precautorio y principio preventivo.

La Constitución divide las garantías en normativas y jurisdiccionales (Título III). Las garantías normativas contemplan las normativa secundaria y políticas públicas, incluyendo mecanismos de cumplimiento obligatorio (Prieto, 2013; Gudynas, 2016). Las garantías o mecanismos jurisdiccionales se enfocan en la prohibición por sanción o *deterrence* (Baldwin y Cave, 1999)⁵. Estos mecanismos resultan por un lado en responsabilidades de protección y reparación integral por parte del Estado y entidades de derecho privado conforme provee la ley; y por otro el derecho ciudadano a ejercer la tutela para proteger y exigir la justiciabilidad de los DDNN. Estas garantías se activan cuando las garantías normativas no pudieron ejecutarse ya sea por incumplimiento, consenso o persuasión (Scholz, 1984).

Las garantías jurisdiccionales son percibidas como disuasivas y modificadoras de comportamiento por el impacto social y presión para ser ejecutoriadas (Mcallister, 2009). De hecho, los impactos "... no solo dependen de lo que se encuentra normativamente establecido, sino de la importancia en cuanto al nivel de cumplimiento, que depende de dos factores: la habilidad para controlar y la sanción cuando se ha detectado incumplimiento" (Martínez y Roca, 2016, pág. 180). Para una mejor comprensión, la Tabla 2 ilustra los DDNN y sus garantías constitucionales.

5 En el sistema jurídico anglosajón, *deterrence* o *legalistic-style* son definiciones utilizadas para enmarcar a los mecanismos reguladores que tienen un resultado sancionatorio y no así preventivo al momento de ejecutarse. Para el caso ecuatoriano, en todo el ordenamiento jurídico, desde la Constitución, el *deterrence* es equiparable a las garantías jurisdiccionales.

Tabla 2. Mecanismos constitucionales de implementación de los DDNN en Ecuador.

<p>Derechos de la Naturaleza</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Respeto integral a su existencia (Art. 71) • Mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (ibidem) • Derecho a la restauración, independiente a la compensación a víctimas humanas del daño ambiental (Art. 72)
<p>Derechos humanos vinculados a los DDNN</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho humano al agua (Art. 12) • Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Art.14) • Consentimiento previo, libre e informado para comunidades indígenas sobre programas y proyectos extractivos (Art. 56.6). Consentimiento general sobre decisiones que amenacen o dañen al ambiente (Art.398) • Derecho a no ser desplazados de tierras ancestrales, ante decisiones legislativas, sin consentimiento previo (Art. 56. 11 y 17) • Toda actividad extractiva esta prohibida en territorios de pueblos en aislamiento voluntario (Art.56. 2 cláusula) • Todos los ciudadanos pueden representar a la naturaleza y demandar las garantías para el debido cumplimiento de los DDNN de manera activa y participativa en tomas de decisión (Art. 71. 2 cláusula y 395.3)
<p>Garantías jurisdiccionales (deterrence)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Acción de protección, habeas corpus, acceso a información pública y habeas data, acciones por y de incumplimiento, acción extraordinaria de protección, <i>habeas corpus</i>. (Título III Capítulo 3º) • Imprescriptibilidad de mecanismos de cumplimiento obligatorio para sancionar el daño ambiental • Quien contamina paga; de ser llevado a juicio deberá demostrar que no lo hizo y probar su inocencia. La carga de la prueba se invierte (Art. 397).
<p>Garantías Normativas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Código Orgánico Ambiental y su reglamento • Código Orgánico Integral Penal • Ley de Gestión Ambiental y normativa aplicable de estándares técnicos • Regulación relacionada a recursos renovables y no renovables • Código Orgánico General de Procesos

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Elaborado por: Lucía Salazar, 2021.

Las implicaciones se traducen en responsabilidades. El Estado tiene la responsabilidad de mantener una visión biocéntrica en las intervenciones de dominio público de recursos y servicios ambientales (Cullinan,

2011). La interpretación estatal de los DDNN debería enmarcarse en una racionalidad ambiental (Murcia, 2009). Por ejemplo, el principio preventivo debe ser priorizado sobre la restauración ecosistémica. “Sin embargo, muy pocos gobiernos parecen reconocer las causas subyacentes, que en su lugar requerirán reexaminar lo que creemos como el rol de nuestra especie en el planeta y cómo regular nuestro comportamiento acorde” (Cullinan, 2011, pág. 39).

Tanto la legislación como las políticas deben enfocarse en la preservación de la vida sobre decisiones costo-beneficio. Hoy en día, decisiones que también producen las Altas Cortes, encargadas de “...escuchar a múltiples comunidades de humanos y no humanos, basándose en la ciencia” (Gear, 2019). En concordancia, Julio Prieto (2013) sugiere dos criterios a ser considerados por los jueces al momento de decidir sobre casos de DDNN. El primero se basa en indicadores relacionados a escuchar a la naturaleza mediante un enfoque científico de mantenimiento de la integridad ecosistémica y sus procesos vitales. El segundo criterio implica escuchar a las comunidades indígenas afectadas por daños ambientales.

Tabla 3. Responsabilidades del Estado sobre los DDNN

- Los DDNN deben ser progresivamente desarrollados en políticas ambientales y jurisprudencia (Art. 11.8)
- Si alguna política niega los DDNN, ésta debe ser enmendada o reformada (art. 85.2)
- La interpretación debe seguir el principio *in dubio pro natura* (395.4 y 5)
- La protección especial y reparación integral está vinculada a la responsabilidad de prueba del contaminador (Art. 78 y 87)
- La reparación integral es independiente a la compensación hacia comunidades humanas y el Estado debe establecer un mecanismo eficiente para cumplir con la restauración (art. 72)

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008

Elaboración: Lucía Salazar, 2021.

La Tabla 2 muestra los derechos humanos asociados a la garantía de los DDNN. Los habitantes del Ecuador son reconocidos como participantes democráticos en la gestión ambiental. Desde esa perspectiva, la representación legal de la naturaleza y su tutela cumplen un rol crucial (Gudynas, 2016). Pues bien, los DDNN no se limitan al cumplimiento de las garantías jurisdiccionales; estos son funcionales a la educación y conciencia colectiva que no depende del Estado sino de la sociedad en su conjunto (Valladares y Boelens, 2017).

Julian Bétaille (2019), quien mira escépticamente el reconocimiento de los DDNN considera que los abogados y académicos biocéntricos deben invertir más tiempo y esfuerzo en encontrar soluciones cuando se trata de su implementación (Betaille, 2019). Ya que no es suficiente obtener sentencias exitosas que no son ejecutoriadas. En materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara al insistir que "...la falta de ejecución implica el rechazo a los derechos en sí mismo" (Corte IDH, Serie C, No. 228, 2011, párr. 104). Motivación adicional, para la identificación de impactos cualitativos. Si bien pueden existir impactos positivos modificadores de conductas sociales, también existen impactos negativos, por ejemplo: efectos secundarios de la decisión que no son los deseados, interpretación incorrecta o inclusive debilitamiento institucional (Baldwin y Cave, 1999; Newig, 2007; Shimshack y Ward, 2005).

IV. Impactos directos e indirectos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales

Los resultados revelan percepciones conectadas a los discursos ambientales divididos didácticamente en sector reformista y el imaginativo. Los 'sectores' condicionan los impactos y el concepto de *cambio* según quién se ve beneficiado y dependiendo de quién lo dice (Taplin y Clark, 2012).

El sector reformista está integrado por los entrevistados del MAATE y la Asamblea Nacional. En contraste, la coalición de ONGs ambientalistas – en adelante ONG –, la Defensoría del Pueblo y la Academia pertenecen

al sector imaginativo. La Corte Constitucional se encuentra en una transición de aprendizaje de reformista a imaginativo. Al ser subjetiva, la selección del caso paradigmático pertenece a decisiones jurisdiccionales del sector imaginativo; lo que no implica que sea una regla, sino su excepción.

Los impactos directos parten de la interpretación de los DDNN. Para el sector imaginativo, estos derechos están en proceso de enriquecimiento de contenido y alcance; ejercicio que todos coinciden es desafiante. El sector reformista obvia la racionalidad ambiental en las narrativas de priorización de proyectos extractivistas, inclusive al ser usados de manera retórica junto a una institucionalidad débil. El sector público reformista argumenta desde una visión estrechamente antropocéntrica, situación que no pasa en la evolución motivacional de las Altas Cortes.

El caso de estudio muestra una interpretación biocéntrica en la *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Provincial. Se refiere al Río Piatúa como sujeto de derechos. A su vez, la *obiter dicta* suma a la motivación argumentos científico-técnicos del daño ambiental potencial a la fauna endémica que habita el territorio de influencia⁶. La Corte Provincial evidencia este hecho al considerar mediante una interpretación sistemática de la Constitución que “... la degradación ambiental conduciría a daños irreparables al planeta, a todos los seres que lo habitan y al derecho humano básico a su existencia” (CP Pastaza, Causa 16281-2019-00422, 2019, p. 4).

En cuanto al desarrollo de normativa secundaria, la Asamblea Nacional es el órgano encargado de elaborar, reformar o derogar leyes orgánicas y ordinarias conforme el mandato Constitucional. Sin embargo, la percepción también es reformista ya que la mayor parte del tiempo la Asamblea no distingue entre DDNN y trabaja con estándares opuestos a garantizarlos. Por ello ocurre lo que se conoce como flexibilización ambiental (Gudynas, 2016). Es decir, las reformas y enmiendas se enfocan en reducir las sanciones e incrementar permisos a actividades humanas que vulneran los DDNN, no a erradicar dichas actividades. Esto sucede con los parámetros

6 La Corte Provincial constató que ni el Plan de Manejo Ambiental, ni el Estudio de Impacto Ambiental consideran una alteración al paisaje, ni el impacto potencial al caudal ecológico de uso exclusivo en un 90% solo para la compañía (CP Pastaza, Causa 16281-2019-00422, 2019).

para considerar una extracción minera *responsable* y otros ejemplos de inconsistencias, contentivos en el proyecto de reforma a la Ley de Minería, actualmente en debate del Pleno (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021).

Según la autoridad entrevistada, el MAATE acata lo que sea promulgado por la Asamblea, aunque demostraron una interpretación literal y estrecha en cuanto al manejo del ordenamiento jurídico nacional (Salazar, 2020). El único cuerpo legal al que obedecen taxativamente es la Código Orgánico Ambiental, el cual tiene varias falencias respecto al mandato Constitucional. Sobre límites de gestión y los conflictos socioambientales que esto genera, existen evidencias en varios casos como Cónдор Mirador, donde actos administrativos como licencias y permisos ambientales para compañías extractivas se contraponen a declaraciones de áreas protegidas (Greene y Muñoz, 2013).

Algo interesante sucede con la Defensoría del Pueblo, institución estatal autónoma, que en el año 2019 reformó su estructura organizacional en la cual se evidencia que el equipo de especialistas tutelares de la naturaleza trabaja con los dos tipos de garantías constitucionales. Inclusive el Código Orgánico General de Procesos le ha otorgado la facultad de convertirse en el apoderado judicial de la naturaleza, oportunidad para trabajar en casos penales.

Sobre la identificación de legislación simbólica, que se refiere a legislación que no puede ser aplicable por limitaciones prácticas – burocracia, ineficacia, antinomias no resueltas en jurisprudencia, falta de conocimiento técnico y vacíos legales-. En el caso del Río Piatúa, el veredicto manda el cumplimiento de la reparación integral con componentes específicos: restitución de derechos al revocar la decisión de primera instancia y autorizaciones del proyecto. Sin embargo, el proyecto está paralizado hasta que la compañía y el gobierno cumplan con los requerimientos constitucionales y legales. En general, esta es una decisión creativa de la Corte, pero el Juez Constitucional manifestó que “la ejecución depende de los mecanismos establecidos en el veredicto” (Salazar, 2020).

La Defensoría del Pueblo supervisa la ejecutoriedad de las sentencias, las barreras para poder cumplir con esta responsabilidad aparecen antes

o durante el proceso de ejecución. Aunque la sentencia puede ser favorable, se da el incumplimiento total o parcial por parte de las instituciones. La Defensoría hace un reporte que confirma el incumplimiento y se inicia otro proceso jurisdiccional. A la larga, se convierte en un proceso burocrático engorroso.

Entre las limitaciones técnicas, existe falta de especificidad al identificar todos los actores con sus competencias y dificultades para motivar los mecanismos de remediación, restauración o reparación del daño. Si no se encuentran bien definidas, la institución responsable cumple con la decisión judicial de manera discrecional, o en caso de que sea la compañía, no internaliza los costos ambientales. Incluso, a decir de la ONG, “...si la restauración es ignorada y la remediación es la única sanción, todo el país termina subsidiando los daños ambientales” (Salazar, 2020). El actuar discrecional de la administración pública en estos casos es inconstitucional.

Los impactos indirectos están más relacionados con la comprensión de las implicaciones al garantizar los DDNN, el cambio de conducta y las relaciones de poder. Lo que refleja un cierto grado de subjetividad en su análisis, aunque la diplomacia de los entrevistados permitió interpretar estos impactos de una manera más objetiva. Por esto, es evidente que las ONG se mantienen críticas a cómo se han venido implementando los DDNN. Las ONG han optado por adaptarse progresivamente a los casos, interponiendo acciones y apoyando los casos en base a la figura del *amicus curiae*, donde al convertirse en aliados del juez, apoyan con conocimiento técnico sobre los DDNN y sus garantías. La ONG entrevistada recuerda que se han convertido en expertos legales caso por caso, al asumir un rol de “...educadores de los jueces, con la idea y responsabilidad de actuar en nombre de la naturaleza” (Salazar, 2020). El Observatorio de los Derechos de la Naturaleza es el resultado de años de seguimiento en ejecutoriedad de sentencias satisfactorias y causas en general.

Ahora, pragmáticamente, el caso de estudio revela algo poco usual. La Corte Provincial motiva su *obiter dicta* en base a evaluaciones técnicas en biología e hidrología; reconoce principios de obligatorio cumplimiento como el precautorio en toda política ambiental. No obstante, las medidas de restauración son muy genéricas. Porque, si bien deja sin efecto

licencias ambientales y suspende la ejecución del proyecto *hasta que* la empresa obtenga nuevos permisos; no especifica técnicamente el cumplimiento adecuado de estas responsabilidades. Esto beneficiaría a las partes y el Estado, por un lado, al no requerir aclaración o ampliación en honor al principio de economía procesal y por otro de ejecutoriedad de la sentencia.

En lo que respecta al cambio de comportamiento, uno de los indicadores más relevantes al evaluar el estado de situación de los DDNN. La Corte Constitucional experimenta una transición de aprendizaje, corte creada por mandato constitucional en 2008 con atributos que hasta el periodo anterior fueron marginalizados. Un ejemplo de esto son los procesos de selección y revisión de sentencias de instancia - los jueces del país envían las sentencias sobre garantías jurisdiccionales a la Corte Constitucional, mismas que serán seleccionadas en base al mérito y pertinencia para desarrollar líneas jurisprudenciales y por tanto precedentes de obligatorio cumplimiento. La sentencia de apelación del Río Piatúa es una de éstas, aunque todavía hay muy pocas sobre DDNN. La mayor cantidad de sentencias debidamente motivadas se encuentran en la provincia de Pastaza, debido a la defensa de la Amazonía. En el caso del Río Piatúa, la Corte Provincial llega a ordenar que el gobierno eduque a sus servidores públicos en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y la ley; impone sanciones administrativas disuasivas y la responsabilidad de otorgar disculpas públicas por parte de la compañía para la comunidad de PONAKICSC. Pero, según la ONG, el veredicto es un ejemplo de una narrativa que “...no dice que detengan las actividades que causen daño a la naturaleza” (Salazar, 2020).

Aunque la Defensoría del Pueblo dicte talleres a modo de prevención a las autoridades de control y planificación, el caso de estudio demuestra que no es suficiente. La Defensoría del Pueblo manifiesta que “...ha sido un tema por aprender, desarrollar habilidades y estrategias de defensa de la DDNN, y de ahí el convencimiento del juez para hacer lo mismo, que abandone la perspectiva antropocéntrica” (Salazar, 2020). Cuando un juez está capacitado, llama a la Defensoría para que monitoree la ejecución de la sentencia.

Sobre relaciones de poder, se percibió un estándar de la cultura legal cuando el Juez Constitucional investido de imparcialidad e independencia, considera que la sociedad civil tiene su grado de responsabilidad en la deficiente garantía de DDNN. El Juez observa que la sociedad civil prioriza el uso de las garantías jurisdiccionales para proteger derechos como la propiedad y margina otros como los DDNN. Sin embargo, la ONG afirma que en la década pasada “...los ambientalistas fueron perseguidos y no existía una vía política para reforzar los DDNN en el país... ahora la situación no ha mejorado, pero no hay persecución” (Salazar, 2020).

En el caso del Río Piatúa, de manera excepcional, la Corte Provincial escuchó, determinó los procesos seguros e inclusive requirió al gobierno que active el Sistema de Protección a Víctimas y Testigos, luego de que la Defensoría del Pueblo haya puesto en evidencia que la comunidad PONAKICSC sufría de persecución por parte de la empresa. Tanto el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo tenían errores de procedimiento relacionados a un modus operandi frecuente del MAATE, que autoriza permisos para contaminar y no tiene la voluntad política para priorizar las garantías normativas contentivas como mandato constitucional. Por último, el juez de primera instancia se encuentra procesado por presunto soborno a la Corte Provincial para que falle en contra de los DDNN (Morán, 2019).

El Juez de la Corte Constitucional afirmó que las autoridades estatales no pueden decidir por sí mismos. Por ejemplo, en lo que respecta a remediación, el MAATE no puede administrar dinero sin coordinarlo con el Ministerio de Economía y Finanzas y conforme a la voluntad política de Presidencia.

Las Cortes también están en riesgo de que, al decidir a favor de los DDNN, minen los intereses económicos del Estado y las empresas provenientes de la extracción y procesos naturales renovables y no renovables. Entonces, si el sector reformista a cargo de las decisiones judiciales no garantiza los DDNN, es difícil para la sociedad civil confiar en ellos. Después de todo, los reformistas han evidenciado la falta de madurez política y transparencia para prevenir el daño ambiental y enfrentarlos mediante el cumplimiento de sentencias.

V. Marco de aprendizaje

De los impactos directos al implementar los DDNN mediante garantías jurisdiccionales, se debe mantener un sigilo frente a los casos favorables, ya que, de no ser ejecutables, la jurisprudencia puede petrificarse (Newig, 2007). De igual forma, si el veredicto es impráctico, no claro o limitado a nivel técnico. Los jueces deben tomar en cuenta que deciden sobre responsabilidades de servidores públicos técnicos y compañías que en conocimientos científicos sobre la naturaleza superan al conocimiento legal. Por tanto, requieren de precisión. Ese también es el caso del uso de términos como remediación y restauración. Temas que, si bien merecen un estudio exhaustivo, precisa notar que “...existe una diferencia entre el derecho a contaminar vs. internalizar las violaciones o externalidades” (Martínez y Roca, 2016, pág. 322). Pero, como cuestionan Kauffman y Martin (2017) ¿qué pasa si la remediación es vista como un negocio? Existe una tendencia inevitable a valorar económicamente para probar el daño, lo que se expresa en el pago disponible de las instituciones, aceptación de la compensación y mecanismos indirectos de valoración contingente (Gudynas, 2016). Esta valoración monetizada debe estar directamente relacionada a las soluciones a expensas de que se use solamente para restaurar la naturaleza por las autoridades y a reforzar la institucionalidad (Cullinan, 2011; Salazar, 2020).

La ejecución de sentencias favorables tiene otras barreras relacionadas a los impactos indirectos. A nivel cualitativo existe una limitación considerable de las agencias del gobierno para hacerse cargo de garantizar los DDNN. Ellos pertenecen al sector reformista, lo que implica que sus decisiones todavía se enmarcan en narrativas de dimensiones antropocéntricas. Por ejemplo, la Asamblea Nacional no puede considerar que la fiscalización al ejecutivo en materia ambiental se vea como acciones afirmativas a la naturaleza. Porque el proceso de fiscalización no resuelve el problema en si. Se esperaría que todas las instituciones estén sintonizadas con la evolución de la Defensoría del Pueblo y la transición de aprendizaje de la Corte Constitucional.

La academia no siempre es considerada al analizar los impactos, a pesar de su poder de influencia sobre futuros servidores públicos, abogados y jueces de la materia. Afortunadamente, según la Académica entrevistada,

la necesidad de educar en DDNN está creciendo y existe un “... movimiento comprometido con el objetivo de motivar y llenar de contenido los DDNN, para influir en lo local y en la política nacional” (Salazar, 2020).

A modo de aprendizaje, las críticas de Julién Betaille (2019) al biocentrismo, por legislación incoherente, sanciones estrictas, falta de imparcialidad de autoridades y jueces, captura de la justicia, son innegables. Por ejemplo, en el caso de estudio, el argumento de detener el proyecto se da en cuanto a la ubicación, distinto a garantizar los DDNN a plenitud.

Es incuestionable que los DDNN están politizados y esto se observa cuando la cultura legal encausa la mayoría de los casos a las Altas Cortes cuando ya existen daños ambientales, en lugar de prevenirlos. Más allá de la corrupción y manipulación que son enfermedades recurrentes en la política ecuatoriana, la impresión de una normativa secundaria simbólica distante a los DDNN es también perjudicial. Aunque generalmente en América Latina las políticas y regulaciones se consideran débiles debido a la falta de autonomía estatal y capacidad (McAllister, 2009). Esta investigación confirma que es difícil implementar los DDNN solo por garantías jurisdiccionales o normativas. A decir de la Académica entrevistada, “en última instancia, la única forma posible para implementar los DDNN es mediante un cambio del modelo de producción junto a las decisiones de Las Cortes a favor de estos derechos...” (Salazar, 2020). Algo que recalca la ONG, porque “la implementación viene con todo un cambio de paradigma no solo desde las políticas sino de todo un país, los derechos de la naturaleza deben ser discutidos en cada proyecto...” (Salazar, 2020).

Entonces la implementación de los DDNN mediante garantías jurisdiccionales es solo una forma de hacerlo. En la actualidad se debe recuperar los *diálogos* que interpelaron a la Asamblea Constituyente, donde se evidenció un enfoque sistémico, que ahora debe ser readaptado en lo económico y político, según las condiciones ambientales actuales.

La integración de los DDNN en políticas intersectoriales debe ser transversalizando con lo que el Juez Constitucional llamó una justa “...humildad para adaptar las actividades humanas a las leyes de la naturaleza y vincular con el pluralismo” (Salazar, 2020). El reto es generar políticas y

decisiones de las Cortes de manera consciente y sentar precedentes que a su vez obliguen a mejorar la normativa secundaria. De conformidad, “...la incorporación de la normativa en la rutina y práctica burocrática es crucial en la adopción de la norma, ya que se direcciona a internalizar las normas en base a la costumbre” (Kauffman y Martin, 2017, pág. 134).

Es un trabajo sinérgico donde el cumplimiento de responsabilidades surge de a) la *familiaridad* y aceptación de las políticas desde una racionalidad ambiental (Baldwin y Cave, 1999). A su vez, b) *claridad* necesaria para formular políticas y jurisprudencia de obligatorio cumplimiento. Así también, c) requiere amplia *aceptación* de los DDNN en la cultura legal y la sociedad. Siempre en d) *respeto a la autoridad* en control de pesos y contrapesos. Sin descuidar la responsabilidad ciudadana de mantener e) *un control o monitoreo no oficial* a modo de prevención y respaldo. Finalmente, reforzar socialmente f) una percepción crítica del análisis *costo-beneficio* para que las autoridades determinen un adecuado mecanismo de compensación y reparación integral – remediación en el corto plazo y restauración en el largo plazo.

VI. Conclusiones

En un país con una política económica basada en la extracción de recursos naturales, la Constitución reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. Desde una interpretación sistemática de la Constitución y siguiendo el principio del Sumak Kawsay (Salazar, 2016) no es una paradoja, implica entender el alcance de los derechos de la naturaleza al garantizarlos. Desafortunadamente, debido a la deficiente política y en la cultura legal ambiental, los DDNN se implementan en su mayoría por garantías jurisdiccionales con impactos cualitativos relevantes a considerar.

Una metodología idónea para determinar estos impactos es el análisis cualitativo de sentencias paradigmáticas, entrevistas a actores clave y un análisis pormenorizado de un caso relevante, en base a técnicas de investigación social como la Teoría del Cambio. Estudio que contribuye por una parte a amplificar el debate académico sobre los estudios de impacto

al garantizar los derechos de la naturaleza y un llamado a la necesidad imperativa de implementar también mecanismos normativos preventivos.

El marco de aprendizaje refleja diferentes percepciones de los impactos vinculados a discursos ambientales divididos en sectores. Un sector imaginativo que interpreta radicalmente los DDNN, conformado por la sociedad civil, la academia y la Defensoría del Pueblo. Una Corte Constitucional en transición de aprendizaje hacia ese sector. Y por el otro lado el sector reformista conformado por el ejecutivo y el legislativo, lo que impacta tanto en la ejecución satisfactoria de las garantías jurisdiccionales y más todavía de garantías normativas consistentes. En cuanto a políticas y toma de decisión, se reconoce una necesidad práctica de transversalizar los DDNN con humildad a nivel intersectorial.

Aunque hay progreso, todavía los DDNN son un campo prístino de desarrollo lento debido al estilo de implementación. El problema es que los reformistas pertenecen a las instituciones de poder que deberían implementar directamente los DDNN. No se encuentran en el mismo camino para garantizar los DDNN a pesar de sus responsabilidades constitucionales. Los DDNN no se tratan de voluntad política, se tratan de acatar el mandato Constitucional.

Referencias bibliográficas

- Acosta, A., & Martínez, E. (2018). Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. En D. d. Bologna, *Un approccio multidisciplinare* (Vol. Prima edizione, págs. 13-46).
- Arroyo, F. (2019). *Ecuador makes big push into large-scale mining with Chinese-backed project*. Recuperado el 18 de Agosto de 2020, de Agencia EFE: <https://www.efc.com/efc/english/business/ecuador-makes-big-push-into-large-scale-mining-with-chinese-backed-project/50000265-4027442>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). *Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Minería (unificado)*. ANE. Obtenido de <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/>

0506bee4-c693-4c8c-916a-09d1cba2d51b/1d_informe_final_ley_de_miner%EDa-signed-signed-signed.pdf

- Ávila, R. (2016). *El Neo constitucionalismo Andino*. Ecuador: Huaponi Ediciones.
- Badillo, A. V. (2018). *La judicialización de los derechos de la naturaleza en Ecuador*. Tesis de maestría. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO.
- Baldwin, R., y Cave, M. (1999). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. (Vol. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/londonschoolecons/detail.action?docID=4963183>). Oxford University Press.
- Banco Mundial. (2018). *Systematic Country Diagnostic*. Public Disclosure, World Bank Group.
- Berry, T. (2000). *The Great Work: Our Way into the Future* (Vol. Reprint edition). Crown Publications.
- Betaille, J. (2019). Rights of Nature: Why it Might Not Save the Entire World. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 35-64.
- Bovens, M., Hart, P., y Kuipers, S. (2008). *The Politics of policy evaluation*. Oxford University Press.
- Callicott, J. (2002). The Pragmatic Power and Promise of Theoretical Environmental Ethics: Forging a New Discourse. *Environmental Values*, 3-25.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Caso Río Piatúa, Causa de Selección No. 1754-19-JP.
- Corte Provincial de Pastaza, Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza. (2019). Causa 16281-2019-00422.[MP Tania Fiallos].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Idrovo vs. Ecuador. (Corte IDH, Serie C, No. 228).
- Cullinan, C. (2011). *Wild Law* (Vol. 2nd edition). Green Books.

- Dryzek, J. (2017). *Making Sense of Earth's Politics: A Discourse Approach*. Oxford University Press.
- Estermann, J. (2006). *Filosofía andina: Sabiduría indígena para un mundo nuevo* (2da ed. reimpresión. ed.). Instituto Ecuaméxico Andino de Teología (IESEAT).
- Grear, A. (2019). *It is wrongheaded to protect nature with human-style rights*. Recuperado el 21 de Julio de 2020, de <https://aeon.co/ideas/its-wrongheaded-to-protect-nature-with-human-style-rights>
- Greene, N., y Muñoz, G. (2013). *Los Derechos de la Naturaleza, son mis Derechos. Manual para el tratamiento de conflictos socioambientales bajo el nuevo marco de derechos constitucionales*. Quito - Ecuador: Plataforma de Acuerdos Socioambientales - PLASA, Colectivo Nacional por los Derechos de la Naturaleza, Programa de pequeñas donaciones del FMAM - PPD/FMAM/PNUD.
- Gudynas, E. (2016). *Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Ediciones Abya Yala.
- Kauffman, C., y Martin, P. (2017). Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why Some Ecuadorian lawsuits succeed and others fail? *World Development*, <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2016.11.017>, 130-142.
- Leopold, A. (1968). *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (Enlarged edition ed.). U.S.A.: Oxford University Press.
- Llasag, R. (2011). Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución. En D. H. Ministerio de Justicia, *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos* (Vol. 1ª Edición, págs. 75-94).
- Lovelock, J. (2000). *Gaia: A new Look at Life on Earth* (3rd revised ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Marsh, D., y McConnell, A. (2010). Towards a framework for establishing policy success. *Public Administration*, 364-583.
- Martinez, J., & Roca, J. (2016). *Economía ecológica y política ambiental* (Tercera Edición - Primera reimpresión ed.). Fondo de Cultura Económica.

- Mcallister, L. K. (2009). Dimensions of Enforcement Style: Factoring in Regulatory Autonomy and Capacity. *Law & Policy*, 32(1), 61-78.
- Moran, S. (2019). Una hidroeléctrica preocupa a los habitantes del río Piatúa. *Plan V*.
- Murcia, D. (2009). *El Sujeto Naturaleza: Elementos para su comprensión*. Recuperado el 18 de Agosto de 2020, de Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo: https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Murcia_sujeto_naturaleza_2009.pdf
- Newig, J. (2007). Symbolic environmental legislation and societal self-deception. *Environmental Politics*, 276-296.
- Observatorio Jurídico de los Derechos de la Naturaleza - Ecuador. (2018). Recuperado el 12 de Agosto de 2020, de <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/>
- Peel, J., y Osofsky, H. (2015). *Climate change litigation: regulatory pathways to cleaner energy*. Cambridge University Press.
- Prieto, J. (2013). *Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Salazar, L. (2016). *Discriminación ambiental por disposición final de desechos sólidos: caso relleno sanitario de El Inga*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- ____ (2020). *Listen to Nature! The impacts and implications of guaranteeing Rights of Nature through a legalistic enforcement style in Ecuador*. London: The London School of Economics and Political Sciences & SENESCYT.
- Scholz, J. (1984). Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. *Law & Society Review*, 18(2), 179.
- Shimshack, J., y Ward, M. (2005). Regulator reputation, enforcement, and environmental compliance. *Journal of Environmental Economics and Management*, 50(3), 519-540.

Smith, W. (2011). *Beware the 'rights of nature'*. Obtenido de <https://dailycaller.com/2011/12/30/beware-the-rights-of-nature/>

Taplin, D., y Clark, H. (2012). *Theory of Change Basics. a primer on theory of change*. (Vol. Acknowledge. Theory of Results).

Valladares, C., y Boelens, R. (2017). Extractivism and the rights of nature: Governmentality, 'convenient communities' and epistemic pacts in Ecuador. *Environmental Politica*, 26(6), 1015 - 1034.

La migración desde los derechos de la naturaleza

Migration from nature rights

Felipe Castro León*

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 3 de noviembre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 13 de enero de 2022

Citación

Castro, F. (2021). *La migración desde los derechos de la naturaleza*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (101-121).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.96

Resumen: El presente artículo busca aproximarse a una lectura de la migración por medio de los derechos de la naturaleza. Esta propuesta no pretende elaborar un desarrollo exhaustivo de la migración humana y a los derechos de la naturaleza, sino busca utilizar sus postulados para realizar un entendimiento mutuo. En este sentido, se tratará de ir más allá de la visión antropocéntrica y estigmatizante de mirar a la migración. Para hacerlo se abordará las problemáticas que giran alrededor de estos temas para aterrizar en una propuesta que trata de entender mejor a este fenómeno sociocultural.

Palabras clave: migración, derechos de la naturaleza, derecho salvaje, Galápagos.

Abstract: *This article seeks to approach a reading of migration through the rights of nature. This proposal does not intend to elaborate an exhaustive development of human migration and the rights of nature, but rather seeks to use its*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: fcastroleon@gmail.com

postulates to achieve mutual understanding. In fact, it will try to go beyond the anthropocentric and stigmatizing vision of looking at migration. To do that, this proposal will analyze the problems that revolve around these issues in order to land on a proposal that tries to better understand this sociocultural phenomenon.

Keywords: *migration, rights of nature, wild law, Galapagos.*

I. El tratamiento jurídico de la migración

En términos generales, la de migración se refiere al “[m]ovimiento hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas” (Organización Internacional para las Migraciones, 2021). Así, se trata de un fenómeno social en donde existe desplazamiento humano de un lugar a otro. En este espectro de la definición, existen diferentes tipos de migración que varían principalmente por las causas que las motivan y las condiciones en las cuáles se las realiza.

Actualmente, las personas están migrando, razón por la que encontramos que se estima que alrededor de unos 272 millones de personas que vivían en 2019 en un país distinto de su país natal, de los cuales el 52% corresponde a hombres y el 48% a mujeres, en su mayoría entre los 20 y 64 años de edad (Organización Internacional para las Migraciones, 2020, p. 23 y 24). Esta situación no ha sido ajena al Ecuador, en donde a finales del siglo anterior existió una crisis social y económica que intensificó la movilidad humana de compatriotas a Estados Unidos, España e Italia principalmente; mientras que el Ecuador acogió a personas migrantes y refugiadas provenientes inicialmente de Colombia y Perú y posteriormente de Haití, Cuba y actualmente Venezuela (Sentencia No. 2120-19-JP/21, 2021, p. 9). Sobre el grupo humano proveniente de éste último país, la Corte Constitucional del Ecuador ha recogido cifras en la que se observa que para el 2021 alcanzarían en el país unas 522.500 personas, de las cuales la gran mayoría se encuentra en el rango entre los 20 y 39 años (Sentencia No. 2120-19-JP/21, 2021, p. 12 y 13).

En el contexto de la pandemia por el COVID-19, se observa que las personas se siguen movilizandando a pesar de las restricciones, alcanzando

al 2020 una cifra de 281 millones (Organización Internacional para las Migraciones, 2022). De acuerdo con Carella, Frean y Velasco, se estima que la pandemia originada por el COVID-19 tenga una repercusión adversa en el mercado de trabajo aproximadamente cuatro veces mayor que el de la crisis financiera mundial de 2009 (2021, p. 2). Además, se plantean varios retos alrededor de las medidas adoptadas por los diferentes estados para afrontarla, como el aumento de la migración clandestina por el cierre de fronteras, la mayor dificultad que tienen los migrantes para el confinamiento doméstico, su acceso a atención médica por la saturación de los sistemas de salud entre otros (Tres & Rodríguez, 2020).

La manera en cómo las sociedades principalmente han abordado a la migración es por medio de la configuración del espacio del mundo actual, es decir por medio de los estados-nación. Esta forma de concebir el espacio parte de un presupuesto que mira a las personas de un país como un grupo humano que, al estar en un espacio geográfico determinado, comparten necesariamente una misma cultura, una misma historia, y una misma forma de organización política y social. La consecuencia es el establecimiento de un Estado con normas jurídicas que responden a la nación y por ende el establecimiento relaciones binarias entre las personas en relación con su origen: nacional-extranjero; ciudadano-no ciudadano; legal-ilegal. Estos binarios se conciben como naturales en las relaciones humanas, y sirven de fundamentos para estigmatizaciones en contra de las personas que se encuentren en la esfera de lo excluido. De igual forma, establece el marco de políticas que el Estado, en aras de proteger su espacio, emprende para limitar o regular el tránsito de las personas que vienen de otros lugares.

Esta forma de tratamiento de la migración en Ecuador se puede observar, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Movilidad Humana que regula lo concerniente justamente a las personas que se encuentran en situación de movilidad entre el país y otros. De tal manera, desarrolla la movilidad de los ecuatorianos que se encuentran en el exterior (artículos 5-24), ecuatorianos retornados (artículos 25-41) y extranjeros en el Ecuador (artículos 42-82). En cuanto a las personas de otros países que se encuentran en Ecuador, la mencionada ley contempla sus derechos, las categorías en las que se pueden encontrar y los mecanismos y tiempos en los que pueden estar en el territorio ecuatoriano. En la práctica, este sistema normativo que regula

a los ecuatorianos y extranjeros en situación de movilidad conlleva a un tratamiento diferenciado de grupos humanos en virtud de su lugar de origen y sus capacidades sociales y económicas para pertenecer a categorías migratorias que les permitan estar mayor o menor tiempo en el país.

Sumado a lo anterior, existe el establecimiento de relaciones entre los diferentes países a nivel mundial. Muchos de ellos celebran acuerdos para facilitar el ingreso de los nacionales de otros países en relación a cada uno de sus marcos legales. Por otro lado, existen también mayores restricciones respecto del ingreso de personas provenientes de ciertos países o regiones. Todo este dependerá de la política adoptada por cada Estado, sea esta de brazos abiertos o muy restrictiva.

El resultado de todos estos marcos normativos es el flujo migratorio, ya sea legal o clandestino, con base a las necesidades de las personas y las oportunidades que les presentan los países de destino. Se puede observar que en la mayoría de los casos se han reforzado políticas que estigmatizan y excluyen a los migrantes. Al respecto, la Corte Constitucional de Ecuador ha reconocido que la situación de movilidad humana “constituye un factor de vulnerabilidad de derechos, en especial para quienes se encuentran en condición migratoria irregular” (Sentencia No. 159-11-JH/19, 2019, p. 34).

Sin perjuicio de lo anterior, los marcos legales sí pueden servir como espacios importantes para evitar precisamente esa exclusión. Al respecto, la Constitución del Ecuador reconoce en su artículo 40 el migrar como derecho de las personas, razón por la cual se establecen obligaciones concretas al Estado para su ejercicio, sin tomar en cuenta la condición migratoria. De igual manera, el artículo 41 reconoce el derecho al asilo y al refugio mientras que el artículo 42 prohíbe el desplazamiento arbitrario. Adicionalmente, el artículo 416 contempla el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de los habitantes y el “progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur”.

Pese a estos esfuerzos, se ha podido observar que no ha sido suficiente el actuar tanto de los Estados como de las diferentes organizaciones. El tratamiento y la lógica que está detrás al momento de regular la mi-

gración humana sigue imperando y condiciona la manera en cómo las sociedades miramos a los extranjeros o migrantes. Las estigmatizaciones permanecen, las políticas orientadas a facilitar la entrada de ciertas personas y a obstaculizar la de otros es una constante. Por estos motivos, se requiere ampliar la mirada que podemos dar a la migración humana como tal, razón por la cual se busca mirar en los derechos de la naturaleza una alternativa. La manera propuesta es mediante el desarrollo de lo que se entiende por derechos de la naturaleza, explorar los puentes que la propia ciencia ha desarrollado y describiendo un entorno natural concreto que permita visualizar esos puentes con la migración humana.

II. Los derechos de la naturaleza y el Derecho Salvaje

La preocupación respecto de la migración y su relación con los derechos de la naturaleza se puede medir por las múltiples consecuencias que se encuentra generando o se espera que ocurran en un futuro cercano, como lo son “inundaciones, sequías, incendios y pérdida de cosechas que, a su vez, traerán hambre, sed, enfermedades, conflictos sociales y guerras” (Cullinan, 2019, p. 57). Es decir, uno de los principales desafíos que nos encontramos afrontando como seres humanos en la actualidad tiene relación con las consecuencias de sus actividades en el medio ambiente, lo cual, a su vez, ha provocado y se espera que provoquen consecuencias importantes en la movilidad de personas a nivel mundial.

En el Ecuador, se ha buscado aproximarse de una mejor manera a esta realidad de nuestros tiempos por medio de los derechos de la naturaleza, los mismos que están reconocidos en su actual Constitución como un eje transversal que irradia el resto de sus disposiciones. Por mencionar solamente el preámbulo en donde se “celebra” a la naturaleza o Pacha Mama como parte vital de nuestra existencia; de esta manera, se plasma el deseo de construir “[u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el bien vivir, el *sumak kawsay*” (CRE, 2008).

Para abordar la problemática que gira alrededor de su reconocimiento, es necesario antes remitirnos a la construcción del proyecto de moder-

nidad, el cual consistió en someter la vida, la naturaleza, y la ciencia al control de las personas (Castro-Gómez, 2000, p. 88). Las razones se deben a que la naturaleza, pese a su abundancia, se la considera como impredecible o insegura, desconfiable, y sospechosa (Echeverría, 2005, p. 15) lo cual obliga a una ruptura simbólica y cultural que permita ubicar en el centro de la vida al ser humano.

En el campo social, observamos que el Estado se convirtió en la garantía de organización de la vida humana en la modernidad. Su principal herramienta es el derecho, a través del cual desarrolla categorías para regular a la sociedad. Se estableció una separación con la naturaleza entendida como ese entorno distinto al humano en donde se interactúa y se sirve de ella- al establecerla como objeto apropiable y transferible. Pese a que por mucho tiempo algunos humanos eran considerados como propiedad, hubo la posibilidad de su reconocimiento (en el sentido de verse reflejados en los otros) en quienes gozaban derechos, lo cual hizo que su dignidad fuera parámetro para incluirse en el resto de la sociedad (Ávila Santamaría, 2010, p. 10). Sin embargo, los sistemas jurídicos y sociales no vieron un reflejo de ello en la naturaleza, lo cual hizo que el distanciamiento sea radical y que el ser humano ocupe un estatus ontológico jerárquicamente superior. En la práctica, esa forma de entender la vida y la sociedad fue funcional al sistema de producción por excelencia de la modernidad, el capitalismo.

Este paradigma ha guiado la comprensión del derecho durante muchos años y ha sido parte de una tradición que hasta el día de hoy perdura. Esto ha conllevado a que, desde el imaginario de muchas personas, los derechos de la naturaleza sean considerados inexistentes, inútiles, o simplemente una novelería. El principal argumento esgrimido es que los derechos están configurados a partir del raciocinio y las capacidades sociales de los seres humanos (interactuar entre seres humanos y pedir prerrogativas), mientras que la naturaleza, al no poseer dichas habilidades, no puede ser titular de derechos (Ávila Santamaría, 2010, p. 5).

Precisamente, el paradigma descrito es puesto en cuestionamiento con el reconocimiento de derechos de la naturaleza. Esto se debe a que se aleja de una concepción antropocéntrica de la sociedad y el mundo, y busca poner en el centro de las relaciones a la naturaleza y sus ecosistemas. Además, entender que los seres humanos nos integramos en la

naturaleza, es decir existe un reflejo de la ella en nosotros y nosotros en ella. Finalmente, al estar positivizados estos derechos, la tarea de todos y todas es aplicarlos.

Ahora bien, a efectos de dar contenido a esta ruptura de un paradigma que niega los derechos de la naturaleza, es oportuno aproximarnos a una visión que permita integrarlos a nuestra realidad jurídica. De tal manera, tomamos una teoría general del derecho, como lo ha reconocido Ramiro Ávila (2019, p. 23), acorde a estos derechos como lo es la teoría del Derecho Salvaje.

El término Derecho Salvaje ha sido desarrollado principalmente por Cormac Cullinan como una forma de dar otro sentido a las normas y a las instituciones que regulan las sociedades con el objetivo de superar un camino que nos ha llevado a los problemas ambientales que actualmente estamos viviendo como humanidad, como lo es el calentamiento global, la extinción masiva de especies y ecosistemas, entre otros. Para hacerlo, se puede apreciar que Cullinan propone caminar a lo salvaje como una manera de alejarse de esa sociedad que ha provocado los problemas antes mencionados. De esta manera, ha entiendo al Derecho Salvaje como:

El Derecho Salvaje refleja el Derecho de la Tierra. Reconoce y encarna las cualidades del sistema de la Tierra dentro de lo que existe. Como una perspectiva, busca a la vez incentivar conexiones apasionadas e íntimas entre las personas y la naturaleza, y profundizar nuestro vínculo con los aspectos salvajes de nuestra propia naturaleza. Tiende a enfocarse más en las relaciones y en los procesos que pueden fortalecerlas, que en resultados o ‘cosas’ como la propiedad. Protege a la naturaleza y a la libertad de las comunidades de vida para autorregularse. Su objetivo es incentivar el pensamiento creativo y diverso antes que imponer uniformidad. El Derecho Salvaje abre espacios en los que ideas diferentes y poco convencionales pueden brotar, acaso florecer y quizás recorrer su camino y morir (Cullinan, 2019, p. 39).

Para comprender aún más este postulado, es necesario reconocer el papel que juega el Derecho al momento de la constitución y formación de la sociedad, es decir, el de ordenar y estructurar las relaciones inter-

nas y reglamentar el comportamiento de sus integrantes (Cullinan, 2019, p. 77 y 79). De tal manera, una sociedad que busque una armonía con la naturaleza -si bien también entendida como entorno, pero más próximo y cercano- debe redescubrir ese llamado Derecho de la Tierra comprendiendo el mundo natural manifestado en el Gran Derecho -entendido éste a su vez como un atributo o parámetros de diseño del universo que puede ser observado- (Cullinan, 2019, p. 109). En otras palabras, se busca superar esa visión que parte del sometimiento de los seres humanos a la naturaleza a una en la que nos reconozcamos como parte o producto de ella, es decir, que de ella mismo entendamos y obtengamos las normas jurídicas que nos van a regular.

En este punto, cabe resaltar el papel del universo, según Cullinan, como legislador primario. Esto quiere decir que las normas jurídicas deben partir precisamente de la manifestación palpable del universo, como lo son las montañas, ríos, animales, plantas, entre otros. Por esta razón, “si uno acepta que la fuente última de los ‘derechos’ es el universo y la sociedad no humana, se deduce que la ley humana está integrada, y delimitada, en el mayor y más significativo Gran Derecho” (2019, p. 116). Así, en este sistema denominado Tierra resulta primordial el bienestar del planeta en su conjunto debido a que ninguno de sus componentes puede sobrevivir fuera de él, configurándose así una red de interrelaciones -comunidad- en la que no solo participan los seres humanos (Cullinan, 2019, p. 142 y 143).

En definitiva, al decir de Ramiro Ávila, este sistema acorde a los derechos de la naturaleza se concentraría en tres principios: a) *diferencia*, en el que todos los entes y elementos que habitamos en la Tierra tenemos derecho a ser diferentes y únicos; b) *autopoiesis*, respecto a quienes habitamos la Tierra tenemos la capacidad de autorreproducirnos y de mantener la vida; y, c) *comunidad*, donde quienes hemos llegado a este punto de la historia ha sido gracias a la colaboración y mutua cooperación (2019, p. 25 y 26). El resultado, en una sociedad moldeada bajo el Derecho de la Tierra, sería el de mantener un equilibrio o armonía entre los seres humanos y la naturaleza como lo busca la Constitución del Ecuador.

Ahora bien, a efectos del presente ensayo, lo que nos interesa analizar son las conexiones íntimas entre las personas y la naturaleza. Para Culli-

nan, esta conexión se debe al formar parte de lo que denomina Comunidad de la Tierra. Así, es oportuno recordar, nos recuerda Cullinan, que “el suelo bajo nuestros pies, y bajo las raíces, las patas, las aletas y los tentáculos de aquellos con quienes hemos co-evolucionado, es el denominador común que nos unifica. Es lo que nos brinda nuestro hogar compartido, el material del cual estamos hechos y el alimento que nos sustenta” (2019, p. 110). Para comprender estas conexiones es necesario, según el autor, un compromiso empático con la Naturaleza y la introspección para encontrar la esencia de los seres humanos y sus conexiones con el universo (2019, p. 110).

Lo que nos permite esta visión del derecho es encontrar en la naturaleza aquellos elementos o situaciones en los cuáles nos podemos ver reflejados como seres humanos, sin dejar de reconocer nuestras particularidades como parte de esa gran Comunidad de la Tierra. El objetivo, a la larga, sería el de generar nuevos tipos de relacionamiento para alcanzar una armonía con ella o fortalecer aquellos que justamente logren un equilibrio para la reproducción de la vida.

En el caso de la migración, el camino puede ser mirar como un espejo lo que ocurre en la naturaleza. Es decir, ver lo que ocurre en los diferentes espacios naturales cómo las diferentes especies migran, las razones detrás de ello y la posibilidad de entender dicha dinámica para justificar la protección que el sistema jurídico puede otorgarle.

III. Puentes para entender la relación seres humanos – naturaleza

Si los derechos de la naturaleza plantean otra forma de entender los derechos a partir de la existencia y la vida, y además integran a los seres humanos, deben existir elementos comunes que puedan lograr un entendimiento entre unos y otros. Desde los pueblos indígenas podemos observar una relación estrecha con la naturaleza basada principalmente en el rito y su vivencia cotidiana. Sin embargo, desde la vida urbana y la lógica de sociedad moderna pocos son los puentes para entender la relación entre seres humanos y naturaleza.

Pensando precisamente desde esa vida urbana, dos entradas interesantes para abordar el entendimiento entre seres humanos y naturaleza son las teorías de la *Sociobiología* y la *Psicología Social*. Respecto a la primera, Alberto Becerra, profesor de la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma de Madrid, hace algún tiempo ya trataba una reformulación de la Teoría de la Evolución por Selección Natural de Darwin, entendida ésta como una “teoría de la interacción entre los individuos y su medio (no solo medio natural, sino también medio social), a partir de la cual aparecen y evolucionan los comportamientos sociales adaptativos” (Becerra, 1989, p. 317). En cuanto a la segunda entrada, Ian Vine, de la Universidad de Bradford – Inglaterra, y citado por el propio Becerra, señala que la psicología está sentada en dos visiones:

Por un lado, debemos vernos a nosotros mismos como un ‘sistema abierto’, desde un punto de vista personal, como AGENTES responsables, íntimamente vinculados con otras personas en una realidad socialmente construida, poseyendo intencionalidad consciente y libertad subjetiva de elección para modificar aquellos significados, y trascender parcialmente nuestras situaciones de existencia. Pero también somos ORGANISMOS físicos, moldeados por nuestra biología heredada y por contingencias del ambiente sociofísico (Becerra, 1989, p. 313).

Estas visiones nos permiten aterrizar en una relación mucho más estrecha entre los humanos y la naturaleza que la simple apropiación del uno con la otra. Si bien son postulados que nacen desde la misma ciencia que en un inicio separó o diferenció a los seres humanos de la naturaleza (Ávila Santamaría, 2010, p. 16), se presentan como un ejercicio empático a la hora de entender desde sus propios postulados científicos estas conexiones que nos propone el Derecho Salvaje.

Como eje fundamental de este entendimiento están la observación de las relaciones que se construyen entre seres humanos y naturaleza a partir de su interacción. Lo que en definitiva miran es que los grupos humanos al encontrarse en un espacio determinado de la naturaleza generan ciertas actuaciones, tanto para adaptarse como para interactuar con otras personas o seres dentro del mencionado lugar. Los resultados son variados, y pasan desde construir relaciones estrechas entre uno y otro, a construir grupos y dinámicas sociales, hasta producir ecosistemas

por la intervención en el medio. Esto no obsta, por su puesto, de lo que actualmente vivimos que es la crisis medioambiental, pero la misma parte precisamente por no entender estas relaciones estrechas de las que se ha insistido.

Varios ejemplos podemos obtener para clarificar la íntima relación entre humanos y naturaleza. Respecto a la adaptación humana a las condiciones de la naturaleza, está la organización en torno a los ciclos ambientales para la agricultura, en donde existe una estructuración del tiempo y responsabilidad en torno a las condiciones climáticas de cada estación. Por su parte, los pueblos indígenas son un claro ejemplo de relación estrecha que genera integración e interacción con la naturaleza, lo cual se manifiesta desde sus propias culturas. Por otro lado, respecto a la creación de ecosistemas podemos observar varios bosques creados a partir de reforestación humana o varias zonas de la Amazonía en donde los ciclos de movilidad de pueblos indígenas han producido ecosistemas sustentables para su sobrevivencia. Esto nos demuestra, que más allá de la teoría, existen relaciones que se construyen y dinámicas que se producen a partir de la conexión entre seres humanos y naturaleza.

Finalmente, como se ha dicho, no se desconoce que por producto de dicha interacción se puede producir situaciones dañinas tanto para los propios seres humanos como para la naturaleza. En este punto, se pueden pensar cuestiones que van desde las biológicas hasta las socioambientales que pueden generar afectaciones tanto a los humanos y al medio ambiente. La tarea en este punto es entendernos como parte de ella con la intención de generar conciencia para vivir de una forma más sustentable y responsable con la naturaleza.

IV. La migración en la naturaleza como medio para construcción de ecosistema y creación de especies

Como vimos en el apartado anterior, la ciencia puede formular teorías que busquen entender la relación entre seres humanos y naturaleza. Sin embargo, también nos permite aterrizar en situaciones concretas, como las que ocurren con las especies animales. Precisamente, en este viaje a

lo salvaje, tomamos lo que se puede mirar de una visita a las Islas Galápagos con las especies animales que habitan allí¹. Este lugar fue la principal inspiración para la elaboración de la Teoría de la Evolución de Charles Darwin (Adoum, 1982, p. 24). Se refieren a islas de origen volcánico al ser masas amorfas de lava solidificada situada a varios kilómetros del continente americano (Durán, 2016).

El encanto de las Islas Galápagos que hoy conocemos surgió a través de la migración. Según se estima, primero llegaron animales y luego las plantas, semillas e insectos por diversos medios (los vientos y las corrientes marinas) (Adoum, 1982, p. 25). Esta llegada de los primeros pobladores de la isla, y su posterior consolidación de ecosistemas a través de varios años, se debió a un proceso de adaptación con el lugar. Como los lugares están en constante cambio, aún hasta ahora existe un proceso de adaptación a las condiciones de las islas, que hoy en día interactúa con la presencia humana (Adoum, 1982, p. 26 y ss.).

Entre las especies representativas están los pinzones de Darwin. En Galápagos se encuentran 14 especies de pájaros, cuyo tamaño y su pico se diferencian en base a su alimentación (adaptación al medio): insectos pequeños y grandes (picos afilados o puntiagudos), semillas y néctar del cactus (pico triturador), semillas pequeñas y duras (pico como alicate), semillas grandes (pico como cascanueces) (Adoum, 1982, p. 26). Esto refleja su disposición al cambio en base a sus condiciones ambientales.

Por otro lado, tenemos a las tortugas de Galápagos. Si les podemos otorgar un adjetivo, son especies generadores de ecosistemas. Esto se debe a que tienen procesos digestivos simples, por lo que parte de su comida pasa por medio del intestino prácticamente intacto (Heleno, et al., 2011). Ellas, al estar en constante movilidad estacional y reproductiva -áreas de alimentación / anidación en las tierras bajas y áreas de alimentación en las tierras altas (Blake, et al., 2014)-, esparcen semillas por las islas debido a las grandes distancias grandes que recorren y su gran capacidad de retención digestiva (Blake, et al., 2012). Además, las tortugas

1 Justamente las reflexiones que me surgieron de este viaje a lo salvaje a Galápagos en 2017 me permitió analizar esta relación entre migración y derechos de la naturaleza que se plasman en los siguientes párrafos.

de Galápagos no tienen peligro de depredación, excepto cuando sus crías son vulnerables a los halcones de Galápagos (Blake, et al., 2012), lo que les hace que estén en constante movilidad en las islas.

Como hemos podido observar, existe migración en las especies animales que ha dado lugar a una variedad de especies y a construir ecosistemas por su interacción con el medio natural. Esta se refiere a una actitud que responde a las situaciones a las que las especies se enfrentan respecto a la disponibilidad y cantidad de alimentos, riesgos de depredación, enfermedades, y condiciones ambientales (Blake, et al., 2012, p. 2). En este caso, la migración debe involucrar mayores beneficios para las especies que los costos de movilización o de permanecer en el lugar (Blake, et al., 2012, p. 2). La interacción entre el medio ambiente y los rasgos del ciclo de vida, la fisiología y el estado social aumentan aún más la complejidad de los mecanismos migratorios (Blake, et al., 2012, p. 2).

Esto quiere decir que, en la naturaleza, y con el ejemplo de Galápagos, la migración también existe. Ésta se da frente a diversas causas que motivan a las especies emprender su movilización. En el caso de Galápagos, parte de su magia y su fama a nivel mundial es en gran medida por todo ese proceso de migración que ha ocurrido y que sigue ocurriendo. En el caso de los pinzones, les ha permitido adaptarse a las condiciones ambientales. En el caso de las tortugas, su migración estacional genera la creación de ecosistemas. En suma, la migración en la naturaleza se da, y lo que tenemos hoy en día es una expresión de este proceso constante.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos desconocer que también existe problemáticas que la misma migración produce en la naturaleza. En las mismas Islas Galápagos se observó la introducción de especies invasoras traídas por humanos que se constituyen como una amenaza a su biodiversidad por la generación de daños a los ecosistemas y las especies nativas (Hernández, 2016). En este contexto, han existido iniciativas, planes y regulaciones que buscan disminuir al máximo la introducción de este tipo de especies.

Es así que encontramos que la migración se constituye como un aspecto importante a lo hora de la constitución de ecosistemas. Precisamente,

ese impulso de las especies por sobrevivir ha empujado a movilizarse y constituir mecanismos para perpetuarse. En ese tránsito, podría decirse que la misma naturaleza empuja a moverse de un lugar a otro para encontrar y reproducir la vida. Esto no obsta que por producto de esa misma migración puede existir la posibilidad que los propios ecosistemas se afecten por especies destructivas, hay que tomar en cuenta la relación que tiene con la actividad humana y la posibilidad que se tiene para intervenir y evitar esa destrucción por irresponsabilidad nuestra. En todo caso, la naturaleza por el paso del tiempo encuentra la forma de encontrar un equilibrio para que estos ecosistemas perduren.

V. Los migrantes humanos a la luz de los derechos de la naturaleza

Como hemos desarrollado, la Constitución del Ecuador contempla los derechos a la naturaleza. Principalmente se reconoce el respeto integral a su existencia y al mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. En el caso de la vida animal y vegetal de Galápagos, en términos generales implica una protección al ecosistema presente, tomando en cuenta los patrones de movilidad, alimentación, e incluso alimentación de las especies animales y su interacción con las diferentes especies vegetales.

Ahora bien, la pregunta sería, ¿existe algún tipo de relación entre la migración humana y la migración en la naturaleza que motive implantar acciones similares?

Para responder la pregunta, volvemos a lo que nos lleva el Derecho Salvaje, es decir mirar más allá y encontrar la relación intrínseca entre seres humanos y la naturaleza. Por medio de ese viaje a la salvaje, es posible encontrar similitudes entre lo que ocurre en la naturaleza y lo que ocurre en las sociedades humanas. Precisamente, el entendimiento de la migración bajo una perspectiva diferente, como la que se ha podido apreciar en las especies de Galápagos por ejemplo, permite plantearnos al menos los siguientes aspectos en común: la migración es una realidad tanto en la naturaleza como en los seres humanos; se trata de una búsqueda a

oportunidades para la reproducción de la vida; tiene la potencialidad de generar ecosistemas o sociedades en base a la diversidad y la relación con el entorno; pueden producir también efectos dañinos cuando altera el ecosistema o el entorno social.

Esta relación entre seres humanos y naturaleza como se la ha expuesto se configura a partir de constantes procesos de adaptación y moldeados en base a una cultura (Granada, 2003, p. 193). En este punto, como hemos visto anteriormente, las sociedades están en constante movimiento, por lo que están expuestas a las relaciones y convivencias con otras. Esto hace que desde nuestra constitución provengamos de varias raíces.

Ejemplos abundan en el Ecuador respecto a este intercambio de culturas y sociedades. En este espacio conviven culturas europeas, africanas, e indígenas que se han ido construyendo en dichas relaciones. Nos comunicamos por medio de números arábigos, desarrollado por matemáticos persas de la India; alfabeto latino/romano; idioma castellano que contiene palabras que provienen de otros idiomas. En el plano político, entre otros, tenemos la contribución de varios países al Ecuador, como el que nuestro primer presidente sea de origen venezolano, o en el jurídico que nuestro Código Civil provenga del Código Civil de Chile.

Por otro lado, observamos que este constante intercambio entre seres humanos de diverso origen se seguirá dando. Si el mundo como lo conocemos actualmente es producto de esta interrelación entre una diversidad de seres humanos, en el futuro esta realidad será una constante (Torrent., 2014). En países como Estados Unidos, por ejemplo, para el año 2060 los “blancos no latinos” dejarán de ser una mayoría (Torrent., 2014).

Para poder entender esta forma en como las sociedades interactúan y se constituyen, existe un elemento común llamado migración. De cierta forma, lo que somos como sociedad en la actualidad, para bien o para mal, se ha dado en base a la movilidad y el contacto entre los seres humanos de distintos lugares. Así como los piqueros de Darwin, las sociedades se han adaptado a sus condiciones. Y de igual forma, como las tortugas de Galápagos, los migrantes han dejado parte de ellos en los lugares en donde han transitado para cambiar o contribuir a la formación de otros tejidos sociales.

El punto en común es la necesidad de reproducción de la vida que obliga a movilizarnos y a adaptarnos a nuestros entornos naturales y sociales. Esto implica que, así como a la naturaleza, se deba proteger a estas sociedades que migran y se movilizan por los territorios, tomando en cuenta las razones o patrones que les motiva a cambiar de su lugar habitual de vida. Así, la discriminación que se basa por el origen de las personas entra en la trampa de una lógica binaria que no comprende la forma en cómo las sociedades interactúan. Mirar a la migración desde los derechos de la naturaleza implicaría pasar de esa discriminación a sentirnos complementarios con aquellos que migran y nos constituyen como sociedades.

En este sentido, cabe hablar de respeto a los derechos, tanto en la migración humana como a la migración de la naturaleza. El derecho a la vida, entendiendo que la conformación de sociedades y de ecosistemas se da por medio del respeto a la vida. El derecho a la movilidad, puesto que en la naturaleza como en las sociedades resulta necesaria la movilidad para la supervivencia de los individuos o grupos. Derecho a la integridad, en donde sí se agrade a la naturaleza como a los seres humanos, la sociedad y los ecosistemas se ven alterados. Finalmente, aunque no el último, el derecho a la libertad de expresión, puesto que, tanto en la naturaleza como en las sociedades, se genera intercambio por medio de la circulación de las diferentes expresiones.

Ahora bien, en el caso que este tipo de interrelaciones existen situaciones que pueden generar más daños que beneficios, por lo que ahí resulta oportuna la acción humana. Así como existe una serie de medidas para evitar especies invasoras de Galápagos, la migración humana también puede tener una serie de políticas que eviten afectaciones a la armonía y convivencia social. Sin embargo, dichas medidas no deben ser más allá de las que normalmente cualquier sociedad contempla para mantener un cierto nivel de paz social.

Cuando se entra en la lógica binaria de lo legal/ilegal o de lo nacional/extranjero se constituye en un obstáculo para garantizar la reproducción de la vida con base en el intercambio necesario entre sociedades. En estos escenarios, sin tratar de analizarlo a profundidad, podemos tomar también a la interculturalidad como un aspecto importante a lo hora de

constituir relaciones entre las diferentes sociedades en igualdad de condiciones, comprendiendo que cada una de ellas tiene algo que contribuir y algo que aprender de las otras.

En suma, bajo una perspectiva integral de la migración, la regulación no debe mirar el lugar de origen ni las razones para ese tránsito de las personas, sino el espacio en donde se constituye esos ecosistemas o sociedades. De igual manera, las personas pueden mirar más allá de los perjuicios y concentrarse en lo que nos une como personas. Esto no conlleva a desconocer los efectos que tiene cualquier convivencia humana, sino que las políticas y planes estén enfocados en garantizar que exista la migración e incluso protegerla y que, en el caso que genere daños a otros integrantes de la sociedad, pueda intervenir, pero para proteger esos espacios de reproducción de la vida.

VI. Conclusiones

Se ha podido analizar cómo la migración, se trata de un fenómeno importante regulado por el derecho. Se sustenta principalmente en el tratamiento de las personas quienes son consideradas extrañas al espacio geográfico que regula. En los actuales momentos en los cuáles la migración sigue en aumento y nos encontramos como especie a las puertas de una crisis climática que asentará aún más este fenómeno, debemos pensar en nuevas formas de aproximarnos a ella.

Una manera de hacerlo, lo cual ha sido desarrollada en este artículo, es por medio de los derechos de la naturaleza. Los puentes que se han podido explorar permiten entendernos sobretodos en una lógica de comunidad, donde tanto los migrantes como las personas “nacionales” interrelacionan de una manera para construir espacios comunes. En la conformación de estos espacios comunes, la participación de cada integrante es importante, por lo que la protección a cada uno de ellos es imperativo.

El ejemplo más claro que nos ha permitido explorar esta posibilidad es mirar a Galápagos, constituido a partir de la migración y que ha sido la fuente de inspiración para las teorías más revolucionarias de la historia,

la *Teoría de la Evolución por Selección Natural de Darwin*. Así como en un lugar inhóspito se pudo generar un ecosistema impresionante que es admirado alrededor del mundo, la migración ha generado también en las sociedades expresiones e intercambios que nos constituyen lo que somos en la actualidad. Por estos motivos, al encontrar puntos en común entre los seres humanos y la naturaleza, resulta menos descabellado el mencionado reconocimiento constitucional.

Ahora, lo importante es ver los retos que implica este relacionamiento entre los derechos de la naturaleza y los derechos de los seres humanos. Tal como ocurre con los ecosistemas sensibles, o aquellos llamados a proteger por su vulnerabilidad, como sociedad debemos privilegiar a la parte que está en desventaja. Como se expresó, se debe proteger a quienes migran y se movilizan, sobre todo aquellos que están en peligro de discriminación/extinción. El objetivo de esta protección debe ser el de garantizar la constitución de espacios de reproducción de la vida, entendido éste como la posibilidad de un intercambio en igualdad de oportunidades entre las diferentes personas que se encuentran en un lugar sin tomar en cuenta su lugar de origen.

En suma, el elemento común es la vida, puesto que nos acercan más los elementos de lo que nos separan. En la naturaleza y en las sociedades existen migraciones, y que principalmente se debe a la búsqueda de mejores oportunidades para vivir. La naturaleza y las sociedades no son estáticas. La migración produce cambios en las actitudes de los individuos/especies para enfrentar su entorno. A su vez produce cambios del entorno. La migración puede tener efectos positivos y negativos. Pero tenemos la capacidad como para que los efectos sean más positivos. Finalmente, la Constitución plantea diferentes formas de solucionar conflictos relacionados con la migración-derechos de la naturaleza. Lo que queda, es seguirnos preguntándonos: ¿somos tan diferentes de la naturaleza?, ¿la migración puede ser entendida desde diferentes formas? ¿la migración puede traer beneficios a las sociedades? ¿qué nos espera de aquí en adelante a nuestras sociedades con la migración y el cambio climático?

Referencias bibliográficas

- Adoum, J. E. (Mayo de 1982). Las Galápagos: el origen de El Origen.... *El Correo de la UNESCO*.
- Ávila Santamaría, R. (2010). El derecho de la naturaleza: fundamentos. *UASB-Digital*.
- Ávila Santamaría, R. (2019). Prólogo a la edición en español. El viaje al Derecho Salvaje y lo salvaje al derecho. En C. Cullinan, *El Derecho Salvaje. Un manifiesto por la justicia de la tierra* (págs. 9-27). Quito: Huaponi Ediciones & Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Becerra, A. (1989). Sociobiología y psicología social. Nuevos términos para un viejo debate. *Revista de Psicología Social*.
- Blake, S., Yackulic, C., Wikelski, M., Tapia, W., Gibbs, J., Deem, S.,... Cabrera, F. (2014). *Galapagos Report 2013-2014. Migration by Galapagos giant tortoises requires landscape-scale conservation efforts*. Pp. 144-150. Puerto Ayora: GNPD, GCREG, CDF, GC.
- Blake, S., Wikelski, M., Cabrera, F., Guezou, A., Silva, M., Sadeghayobi, E.,... Jaramillo, P. (2012). Seed dispersal by Galapagos tortoises. *Journal of Biogeography (J. Biogeogr.)*.
- Blake, S., B.Yackulic, C., Cabrera, F., Tapia, W., Gibbs, J. P., Kummeth, F., & Wikelski, M. (2012). Vegetation dynamics drive segregation by body size in Galapagos tortoises migrating across altitudinal gradients. *Journal of Animal Ecology*.
- Carella, F., Frean, S., & Velasco, J. J. (2021). *Migración laboral, movilidad en el mundo del trabajo ante la pandemia de la COVID-19 en América Latina y el Caribe*. OIT.
- Castro-Gómez, S. (2000). Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro. En CLACSO, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Cullinan, C. (2019). *El Derecho Salvaje. Un manifiesto por la justicia de la Tierra* (Primera edición en español ed.). (F. Balseca Franco, Ed., R. Ávila Santamaría, D.

- Cordero Heredia, A. Grijalva Jiménez, & C. Narváez Vásconez, Trads.) Quito: Huaponi Ediciones & Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Durán, N. (2016). Las islas encantadas: los curiosos habitantes de las Islas Galápagos. *Revista Ciencia de los Orígenes*.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (Octubre de 2013). *La migración mundial en cifras*. Obtenido de <https://www.oecd.org/els/mig/SPANISH.pdf>
- Echeverría, B. (2005). La modernidad “americana” (claves para su comprensión).
- Granada, H. (2003). La cultura como estrategia de adaptación en la interacción sujeto social-Ambiente. *Investigación y Desarrollo*. Vol. 11, No. 1.
- Heleno, R., Blake, S., Jaramillo, P., Traveset, A., Vargas, P., & Nogales, M. (2011). Frugivory and seed dispersal in the Galápagos: what is the state of the art? *Integrative Zoology*.
- Hernández, P. (15 de Diciembre de 2016). *Ecuador: las especies invasoras amenazan la biodiversidad en Galápagos*. Obtenido de Mongabay: <https://es.mongabay.com/2016/12/ecuador-galapagos-especies-invasoras/>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2020). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM ONU Migración. Organización Internacional para las Migraciones. (20 de Octubre de 2021). *Los términos clave de migración*. Obtenido de <https://www.iom.int/es/migration/los-terminos-clave-de-migracion>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2022). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. Ginebra: OIM ONU Migración.
- Torrent., L. (2014). ¿Cómo seremos en el año 2060? *National Geographic se aventura a encontrar la respuesta con una serie de fotografías*.
- Tres, J., & Rodríguez, M. (2020). Migrantes y COVID-19: ¿Qué están haciendo los países de América Latina con más migrantes para apoyarlos durante la pandemia? *BID Blog*.

Jurisprudencia constitucional

Sentencia No. 2120-19-JP/21 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Septiembre de 2021).

Sentencia No. 159-11-JH/19 (Corte Constitucional del Ecuador 26 de Septiembre de 2019).

Normativa nacional

CRE. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador.

Agencia de Marketing Digital para Abogados

¿Quieres impulsar tu negocio?

Resalta tu experiencia, tu reputación y tu información de contacto con perfiles profesionales sólidos, con alcance en más de 10 millones de clientes.



Lo que incluye tu perfil:

- Agendamiento automático de citas con clientes
- Servicio de video asesoría con Google Meet o Zoom
- Pagos asegurados con tarjeta de crédito y PayPal para tus clientes
- Integración directa con WhatsApp
- Posicionamiento orgánico SEO
- Community management dedicado
- Campañas de Pago por Clic en redes sociales (PPC)
- Generación de clientes potenciales
- Estadísticas de tráfico de clientes directamente en tu dashboard



 WWW.HORIZONTELEGAL.COM

- **Mail:** hello@horizontelegal.com
- **Facebook:** [/HorizonteLegalAbogados](https://www.facebook.com/HorizonteLegalAbogados)



LEXIS

¡**Transforma** tu carrera
universitaria con **Z1!**

+ 5.000 normas

+ 1.000 documentos de
normativa internacional

+ 10.000 documentos de
la Biblioteca LHL



Z1

INVESTIGACIONES
UNIVERSITARIAS

EC



Ahora puedes acceder
a la **Revista Ruptura** a través
de la **Biblioteca LHL**

Compra en línea rápida
www.lexis.com.ec 099 874 1896

Reformas al Código de la Democracia: las cuotas de género y la participación política de la mujer en Ecuador en busca de la igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer

Reforms to the Code of Democracy: gender quotas and political participation of women in Ecuador in search for gender equality and the eradication of violence against women

Rafaella Romo-Leroux Chacón*

Investigadora jurídica independiente

Manuela Antonia Borja Serrano**

Investigadora jurídica independiente

Miguel Ángel Villegas Pérez***

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 15 de junio de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 7 de enero de 2022

Citación

Romo-Leroux, R., Borja, A. & Villegas, M. (2021). *Reformas al Código de la Democracia: las cuotas de género y la participación política de la mujer en Ecuador en busca de la igualdad de género y erradicación de la violencia contra la mujer*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (125-148).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.64

Resumen: Este artículo analiza las reformas al Código de la Democracia planteadas en Ecuador que establecen un sistema de cuotas para asegurar la igualdad en la participación política del país. Hace un recuento de los

* (rromo-leroux@estud.usfq.edu.ec) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8094-6346>

** (mborja@estud.usfq.edu.ec) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0445-6668>

*** (mvillegas1@estud.usfq.edu.ec) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8782-320>

principales aportes del feminismo en el Ecuador y analiza las nuevas reformas implementadas en el país con el fin de alcanzar el quinto objetivo de desarrollo sostenible acerca de la igualdad de género y la erradicación de la violencia en contra de las mujeres y niñas. Con el desarrollo de políticas públicas se puede alcanzar un mejor ambiente para las mujeres en el país; sin embargo, ello exige garantizar la participación femenina en la toma de decisiones del Estado.

Palabras clave: cuota, igualdad, feminismo, género, violencia política.

Abstract: *This article analyzes the reforms made to the Code of Democracy in Ecuador, which establish a quota system to ensure equality in the country's political participation. It recounts feminism's contributions in Ecuador and analyzes the new reforms implemented in the country to achieve the fifth goal of the sustainable development goals regarding gender equality and the eradication of violence against women and girls. With the development of public policies, a better environment for women in the country can be achieved; however, female participation must be guaranteed in State decision-making to ensure it.*

Keywords: *quota, equality, feminism, gender, political violence.*

Introducción

En Ecuador seis de cada diez mujeres han vivido algún tipo de violencia. La violencia física, psicológica, sexual, patrimonial y muchas otras formas de opresión reflejan la situación crítica que atraviesa el país con respecto a la seguridad de su ciudadanía. Sin embargo, las cifras más alarmantes se muestran con respecto a la violencia sexual y femicidios pues una de cada cuatro mujeres ha sido violentada sexualmente y cada tres días muere alguna mujer por un hecho violento en el Ecuador (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos [INEC], 2019) A pesar del desarrollo de normativa como la Ley Orgánica en contra de la Violencia de Género o la tipificación del femicidio como delito, en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), todavía quedan muchas deudas pendientes del Estado con las mujeres para poder garantizar su derecho

humano a una vida libre de violencia conforme lo garantiza el artículo 66 numeral 3 literal b) de la Constitución vigente.

Este artículo propone un estudio de las reformas a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (en adelante Código de la Democracia) con respecto a las cuotas políticas y examina el rol de la mujer en la política ecuatoriana. Asimismo, concluye con un análisis crítico acerca del modelo de cuota escogido por el legislador para cumplir con la igualdad de género y la erradicación de la violencia hacia la mujer en el país. En el desarrollo de este artículo se pretende: i) exponer las reformas al Código de la Democracia con respecto a las cuotas de género; ii) analizar la violencia política y las razones de las reformas; iii) repasar el rol de la mujer y el movimiento feminista en el desarrollo de la política ecuatoriana; iv) comparar las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el Ecuador; y, v) analizar de manera crítica estas reformas.

I. La reforma del Código de la Democracia

El Código de la Democracia fue publicado en el 2009, LEY 2 - RS 578 - 27/abr./2009, y tuvo su última reforma el 03 de febrero del 2020. La misma ha causado un gran impacto en la política ecuatoriana ya que se exige un cambio progresivo hasta las elecciones del año 2025. Los cambios se han centrado principalmente en la implementación de listas cerradas y bloqueadas para la elección de candidatos, el método Webster para la asignación de escaños, la participación de los jóvenes y la paridad de género. Este último punto busca promover la equidad de género en la política del país y por consiguiente evitar la violencia de género en los espacios políticos. Por tanto, se puede evidenciar que la reforma busca la participación de la mujer en la política ecuatoriana.

Un total de 180 artículos han sido reformados, del total de artículos los que tienen relación con el tema de la paridad de género son: el artículo 99 que habla de la paridad en el encabezamiento de listas, el artículo 280 donde se define la violencia política de género, la disposición tercera que explica el progreso hasta el 2025 del encabezamiento de listas y,

finalmente, la disposición cuarta relacionada con la participación de los jóvenes que a su vez exige una participación paritaria de géneros.

1.1. Paridad en el encabezamiento de listas

La paridad en el encabezamiento de listas se encuentra principalmente en el artículo 99 del Código de la Democracia. El primer inciso del artículo no sufrió cambios en la reforma y se mantiene, el mismo habla de las candidaturas pluripersonales, las cuales se presentarán en listas completas con los candidatos y sus suplentes. La lista deberá tener una secuencia alternando géneros hasta completar el total de candidaturas. Las cuales deben contar tanto con candidatos principales como sus respectivos suplentes.

Los incisos segundo y tercero fueron sustituidos por lo siguiente: en el inciso segundo se sustituye la letra mayúscula a minúscula en los términos presidenta o presidente de la República. Por tanto, no se afecta el propósito del inciso en el que habla de las candidaturas unipersonales de presidente de la República y su binomio, gobernadores, prefectos y sus binomios, y la de los alcaldes municipales o distritales.

Entre el segundo y el tercer inciso se agregó uno más. El nuevo inciso tercero del artículo 99 es uno de los más importantes para la paridad en el encabezamiento de listas. En este se especifica que las organizaciones políticas, tanto en las listas para elecciones pluripersonales como unipersonales, se deberán inscribir con un criterio de paridad e inclusión generacional. El inciso incluye una enumeración de reglas donde se especifican los siguientes puntos.

En el numeral uno se establece que al menos una de las listas para la elección de asambleístas nacionales y parlamentarios, deberá estar encabezada por una mujer. Esto se debe a la incorporación de las planchas cerradas y bloqueadas. En este sistema ya no se le permite al elector votar por asambleístas de diferentes partidos políticos, por lo que él mismo se ve obligado a votar “en plancha” por un solo partido. Por ello, la persona que se encuentre más arriba en la lista tendrá más oportunidad de ganar en comparación de los que se encuentran debajo de ella. De esta forma

se aseguraría tener más mujeres en la Asamblea Nacional. Por ejemplo, de 3 listas presentadas solamente la número 3 está encabezada por una mujer. En el momento de la votación los ciudadanos solo podrán escoger una lista no un candidato. Eso no quiere decir que todas las personas de la lista serán elegidas, sino que las personas que se encuentran más arriba de la lista tendrán más oportunidad de ser escogidas. Por lo tanto, a pesar de que la lista número 3 ha recibido solo un porcentaje de los votos la candidata tendría la oportunidad de ser Asambleísta.

En el numeral dos, con respecto a los asambleístas provinciales y los del exterior, el cincuenta por ciento (50%) de las listas deberán estar encabezadas por mujeres, sin incluir en el cálculo a las provincias que tienen distritos como Guayas, Pichincha y Manabí. Consecuentemente, el numeral tres aclara que, en el caso de estas tres provincias, en el total de listas por provincia, el cincuenta por ciento (50%) deberán estar encabezadas por mujeres.

En el numeral cuatro, se establece que el cincuenta por ciento (50%) de los binomios para las prefecturas deberán estar encabezados por una mujer. Esto significa que al menos el 50% de candidatos para prefecto serán mujeres. El numeral cinco establece que el cincuenta por ciento (50%) de candidatos a la alcaldía deberán ser mujeres. En el numeral seis, se establece que el cincuenta por ciento (50%) de listas para las elecciones de concejales deberán estar encabezadas por mujeres, al igual que el numeral siete, establece que el cincuenta por ciento (50%) de las listas de juntas parroquiales deben ser encabezadas por mujeres.

En el numeral ocho se estipula que en todas las listas de elecciones plripersonales se deberá incluir al menos veinticinco por ciento (25%) a jóvenes, hombres y mujeres, entre dieciocho y veintinueve años, de esta manera se aplicaría la inclusión a jóvenes en la política como lo promueve el Código. De la misma forma, se aplicará lo antes mencionado a las listas de alcaldías y prefecturas. Por último, en el numeral nueve se estipula que los binomios deberán ser constituidos por un hombre y una mujer o viceversa.

Finalmente, el antiguo tercer inciso, ahora cuarto, indica los límites y requisitos para la solicitud de inscripción de candidatos, como: la hora

límite para la inscripción y la forma correcta de llenar el formulario de inscripción. El texto de este se mantiene idéntico al del Código antes de la reforma del 2020.

1.2. Progreso hasta las elecciones del 2025

La disposición transitoria tercera plantea la incorporación de los numerales del inciso tercero en el artículo 99 de manera progresiva, comenzando con las elecciones generales del 2021 donde el porcentaje mínimo de encabezamiento de mujeres en las listas fue del quince por ciento (15%) y así mismo se aplicó el porcentaje mínimo para la inclusión de jóvenes en la política. Para las siguientes elecciones seccionales el porcentaje mínimo de listas encabezadas por mujeres aumentará al treinta por ciento (30%). En las elecciones subsiguientes generales a las del 2021, se establece que el porcentaje mínimo de encabezamiento de mujeres en las listas será del cincuenta por ciento (50%).

Además, se establece que la obligación de paridad de los binomios se deberá cumplir después de las elecciones generales del 2021. Esta obligación también encuentra sustento en el artículo 116 de la Constitución vigente.

La disposición transitoria cuarta del Código fija que las organizaciones políticas tendrán un año de plazo, desde la entrada en vigor de la reforma, para incorporar a candidatos jóvenes y asegurar su participación política. Es importante recalcar que en esta incorporación se observarán criterios de paridad entre los jóvenes hombres y mujeres.

II. Violencia política

El artículo 280 del Código de la Democracia que concedía a los electores la acción para denunciar las infracciones mencionadas fue sustituido por la definición de violencia política de género. Siendo así la primera vez que se introduce este término en el Código.

La violencia política de género es cualquier tipo de agresión en contra de las mujeres participantes en diferentes ámbitos políticos con el objetivo de impedir o reducir esta participación. La agresión podrá ser cometida de manera directa e indirecta tanto a la mujer como a sus familiares. Esta definición encuentra sustento en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos a los que Ecuador debe observancia, como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Pará), que prohíbe todo acto de violencia contra las mujeres tanto en espacios públicos como privados (Convención de Belem Do Pará, 1996, Art. 1).

2.1. La razón de las reformas: paridad en el encabezamiento de listas

A pesar de la incorporación de las mujeres en la política nacional desde el siglo pasado, su representación sigue siendo extremadamente limitada. Por esta razón se decidió incorporar un sistema que ayude a las mujeres a conseguir cargos políticos en el país. Conjuntamente con esta idea, el legislador decidió incorporar listas cerradas y bloqueadas en el nuevo sistema. Ambas reformas se complementan perfectamente ya que si solo se hubiera incorporado las listas cerradas y bloqueadas la oportunidad de las mujeres en ser elegidas bajaría ya que, generalmente, la mayoría de las listas eran encabezadas por hombres. Por ello, el legislador ha decidido implementar un mínimo de paridad en las cabezas de lista para que de esa manera más mujeres puedan ser escogidas representantes en los diferentes sectores políticos del país.

Las reformas comentadas deberían tener un impacto progresivo en la política ecuatoriana. Sin embargo, al comparar las elecciones de asambleístas del 2017 y del 2021 el número de asambleístas mujeres es menor que en las elecciones más recientes. En el año 2017 56 mujeres fueron elegidas para participar en la Asamblea Nacional mientras que, en el año 2021, con las reformas aplicadas, el número bajó a 53 mujeres. Por otro lado, los resultados del Parlamento Andino se mantuvieron igual con 3 mujeres de 5 integrantes. Finalmente, el binomio presidencial se mantuvo igual siendo ambos candidatos hombres. Esto nos lleva a preguntarnos si realmente las reformas están causando el efecto esperado.

2.2. Violencia política de género

De acuerdo con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

La violencia por razón de género contra la mujer se produce en todos los espacios y esferas de la interacción humana, ya sean públicos o privados, entre ellos los contextos de la familia, la comunidad, los espacios públicos, el lugar de trabajo, el esparcimiento, [y] la política, [...]. (Organización de las Naciones Unidas, 2017, párr. 20).

De hecho, la violencia política de género existe en todos los ámbitos del proceso político, es dirigida hacia las mujeres por el hecho de serlo y busca excluirlas de estos espacios. Es importante indicar que muchos de estos ataques hacia la mujer son “no violentos”. El ejemplo más común es disminuir sus habilidades a estereotipos y roles de género. De esa manera se limita a la mujer a roles en el hogar y la familia, reduciéndose a espacios privados, lejos de un ámbito político en el que puedan acceder de manera igualitaria a altos cargos políticos y espacios públicos. La violencia política de género, así como cualquier otra clase de violencia tiene varias categorías: psicológica, sexual, física y económica.

La violencia política es el resultado de “la creación y el uso de estereotipos discriminatorios de género, en base a la premisa de la inferioridad de las mujeres” (Rebecca y Cusack, 2009, parr. 54-70). Además, los efectos de este tipo de violencia pueden repercutir no solo en la mujer afectada, algo que de por sí es grave, sino también en ciudadanas que no se ven representadas debido a la falta de mujeres en la política. La participación política es un espectro sumamente amplio que se ve reflejado desde impartir el voto ciudadano hasta la representación política en escaños públicos. La violencia afecta a las mujeres y a las personas alrededor ya que evita procesos políticos justos, por lo que es importante cortar el problema desde la raíz.

La violencia política de género es una realidad en el Ecuador y una gran dificultad para las mujeres en el día a día. De acuerdo con una encuesta realizada por ONU Mujeres en 2019, “las mujeres están expuestas a doble o triple vulnerabilidad donde confluyen múltiples discriminaciones: por

la pobreza, por la condición de género, la pertenencia étnico-cultural y por discapacidad, condiciones que se fortalecen en la escena política” (Organización de las Naciones Unidas, 2019, p.18). El problema ha sido analizado por el legislador el cual ha decidido implementar este término en el Código de la Democracia con el objetivo de crear conciencia social y dar al Tribunal Contencioso Electoral el poder para dirimir conflictos sobre la violencia política de género. Esta idea se ve claramente reflejada en el inciso número 7 del considerando del mismo código, el cual dice:

Que, es necesario desarrollar las garantías establecidas en la Constitución de la República respecto a los derechos políticos y de participación de la ciudadanía, así como la independencia y autonomía de los órganos y organismos electorales, la transparencia y legitimidad del gasto y propaganda electoral (Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, 2009).

III. Movimiento feminista en Ecuador

Al estudiar el Derecho es común repetir la frase: toda persona es sujeto de derechos. Teóricamente, inherente a la condición humana viene atada la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, al observar la realidad de la sociedad como tal, es claro que todavía se encuentran las clasificaciones de “personas” de primera y segunda clase a manera de discriminación. Debido a la naturaleza social del humano, de acuerdo con Judith Salgado Álvarez (2012), la condición de “persona” no se determina en base al pertenecer a la especie, sino en cuanto otros estén dispuestos a reconocer dicha condición. A través de la historia, grupos minoritarios y en situación de vulnerabilidad tales como las mujeres, se han visto desvalorizados a la condición de “personas” de segunda clase. El reconocimiento se torna político, e invisibiliza a aquellas “personas” consideradas sub-humanas. Por lo tanto, no es posible mantener el discurso teórico de que todos los seres humanos somos sujetos de derechos en la práctica.

En Ecuador, la historia no es ni ha sido distinta. Durante décadas, los grupos feministas han luchado por visibilizar no solo los derechos de la mujer ecuatoriana, sino también los de grupos igualmente vulnerables. De acuerdo con la Dra. Ana María Goetschel (2006), el feminismo ecua-

toriano del siglo XX se puede dividir en tres momentos esenciales: el reclamo de la voz; la política; la educación y el trabajo (p. 13).

3.1. El reclamo de la voz

A comienzos del siglo XX, Dolores Veintimilla de Galindo publicó su escrito *Necrología y Al público* criticando la pena de muerte como un mecanismo político que afectaba mayoritariamente a sectores vulnerables de la sociedad. Temas como la pena de muerte, se debatían y eran de interés público solamente para aquellos con derechos ciudadanos y participación política en la nación (Tovar Molina, 2019, p.35). Las mujeres, por lo tanto, como no ciudadanas no debían ni podían emitir opiniones sobre temas de interés público. El hacerlo era desafiar las estructuras sociales y políticas del Estado. Siendo por tanto vital para el feminismo ecuatoriano a sus inicios, reclamar el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres. Así lo concebía Marietta de Veintimilla en su obra *Madame Roland*, al plasmar la importancia del rol de la mujer y su capacidad plena de participar de las cuestiones de interés nacional (Tovar Molina, 2019, p.35). La mujer no debía ser excluida por el poder de la esfera pública, pues no existía otra manera efectiva de visibilizar las necesidades y perspectivas de la mujer y generar acciones.

3.2. El feminismo y la política

Tras alcanzar el estatus de ciudadanía para la mujer, los grupos feministas, centraron su interés en el derecho al voto femenino y la participación en la esfera política fundamentándose en la igualdad de los hombres y mujeres para administrar el Estado y gobernar. Las autoras Hipatia Cárdenas y María Martínez, ambas adscritas al movimiento sufragista y de acuerdo con Goetschel (2006), son unas de las primeras en rebatir las causas por las que se negaba a las mujeres del derecho al voto, concluyendo que esas justificaciones carecían de fundamento válido.

Tras la revolución liberal, debido a la separación definitiva entre iglesia y Estado, nuevas oportunidades llegaron a estar disponibles para las mujeres ya que el Estado liberal tendía a justificar sus políticas en términos

de la protección de los grupos desfavorecidos. Las mujeres, de acuerdo con Kim Clark (2005), eran esenciales para reformar la sociedad ya que eran las responsables de educar a los niños, es decir la próxima generación de ciudadanos. Además, los liberales estaban interesados en erosionar el poder de dos grupos que promovían la distinción de género: los terratenientes serranos y la Iglesia Católica.

Es en este escenario nacen María Luisa Gómez de la Torre y Matilde Hidalgo, pioneras en la participación política de la mujer ecuatoriana. De acuerdo con el artículo *Feminismos estéticos y antiestéticos en el Ecuador de principios del siglo XX: un análisis de género y generaciones* escrito por Kim Clark, María Luisa Gómez de la Torre nació como hija ilegítima del aristócrata Joaquín Gómez de la Torre y Francisca Páez Rodríguez que fue marcada con el “pecado” de ser una madre soltera. Durante su infancia vivió bajo un presupuesto muy limitado y al querer continuar sus estudios secundarios, no pudo ser aceptada en los colegios para chicas de élite ya que requería de “limpieza de sangre” y la verificación de la Iglesia de que venía de una familia pía y apropiadamente constituida.

Sin embargo, debido a los grandes cambios que se venían implementando por el Estado liberal, tuvo la posibilidad de una educación alternativa en el colegio normal Manuela Cañizares, fundado para entrenar profesoras para el nuevo sistema de escuelas laicas. Al graduarse aplicó y fue contratada como maestra en el Colegio Mejía, hecho que eventualmente la llevó a reunirse con otros miembros de la escuela para fundar un tercer partido político que le hiciera frente a los antiguos partidos Conservador y Liberal. Es en 1926, que se convierte en la única mujer fundadora del Partido Socialista y a pesar de ser falsamente acusada de transgresiones sexuales, siguió promoviendo el partido y el establecimiento de organizaciones sociales. Fue una de las primeras mujeres pioneras en nuevas áreas de la actividad pública, participando incluso en la Revolución Gloriosa de 1944 y la formulación de la Constitución de 1945, que en el tiempo era muy progresista (Clark, 2005).

De manera muy similar, Matilde Hidalgo fue la primera mujer en graduarse como médico en el Ecuador, la primera mujer en votar y la primera en ser electa para el Congreso. Nació en una familia lojana de clase media, pero al enviudar su madre tuvo que recurrir a la costura para sustentar

sus necesidades. Comenzó su educación en una escuela primaria religiosa, donde fue seleccionada como asistente de enfermera para trabajar en el hospital de caridad manejado por las monjas y en ese momento desarrolló su deseo de estudiar medicina. Sin embargo, para poder estudiar, debía asistir a un colegio secundario y si bien los colegios secundarios para mujeres habían sido establecidos en Quito y Guayaquil, estos todavía no habían sido instaurados en Loja. Debido a esto, solicitó asistir al colegio secundario para varones y dado que no había una regla que prohibiera que las mujeres estudiaran ahí fue aceptada. Tras sufrir múltiples humillaciones y ofensas por parte de sus compañeros, se graduó con una de las mejores calificaciones y presentó una solicitud para matricularse en la facultad de medicina de la Universidad Central, pero el rector no se lo permitió. A pesar del rechazo, logró convencer al rector de la Universidad del Azuay para que le permitiera estudiar medicina en Cuenca y logró graduarse como licenciada en medicina con las notas más altas posibles.

Tras casarse con un abogado, en 1924, decidió que quería votar en las próximas elecciones para el Congreso y el Senado. Junto con su esposo revisaron la Constitución de 1906 y determinaron que no había ninguna especificación legal para que las mujeres no estuvieran incluidas entre los ciudadanos elegibles para votar. Al enterarse de sus argumentos, el ministro del Interior estableció que la ley no especificaba que solamente podían votar los ciudadanos varones y, por lo tanto, le concedió el derecho a votar en las elecciones. Este hecho marcó un antes y un después en el Ecuador ya que el Consejo de Estado, dictaminó que cualquier mujer que cumpliera los requisitos tendría derecho al voto sin ningún impedimento legal y quedó plasmado en la Constitución de 1929 (Clark, 2005). Este fue un paso para las mujeres en la política, ya que no solamente podían elegir sino también ser elegidas y los cambios más efectivos se realizarían desde adentro del poder.

3.3. La educación y el trabajo

El último momento esencial de los movimientos feministas ecuatorianos del siglo XX, se centró en cuestionar los roles impuestos por la sociedad a las mujeres y establecer la necesidad de una educación para emanciparlas de su condición de desigualdad. La defensa del derecho a

la educación se ejemplifica en la obra *Actividades domésticas y sociales de la mujer* de Victoria Vásconez Cuvi donde se expone que la única manera en que el hombre y la mujer llegarían a estar en condiciones más o menos similares, era con el acceso a la educación en todos sus niveles. La educación es la forma en que las mujeres pueden participar activamente de las labores tanto en el ámbito privado como público Vásconez Cuvi (citado por Goetschel, 2006).

En cuanto al ámbito laboral, las mujeres eran sometidas en la esfera pública a trabajar mal remuneradas y en la esfera privada a trabajar sin remuneración. Además, no existía la posibilidad de constituir gremios de trabajadoras para exigir igualdad en cuanto a derechos laborales. Para feministas como Zoila Ugarte, Clara Freire, Dina Salazar, y Aurora Estrada, el trabajo era una necesidad para la realización de la independencia de las mujeres y se las debía proteger de la explotación.

Estas ideas, de acuerdo con Vanessa Tovar Molina (2019) se transformaron en los años 70 al buscar institucionalizar el trabajo y superar los retos, tensiones y riesgos que surgen con ello debido a la ausencia de voces colectivas y diversas, las escisiones en los movimientos, la cooptación de cuadros y la despolitización de las luchas femeninas. Así, se logró crear el departamento de la mujer como parte del Ministerio de Previsión social y Trabajo a pesar de los grandes logros de los movimientos en la defensa de los derechos de la mujer del siglo XX, la lucha por la visibilización de la mujer y sus necesidades continúa.

IV. El impacto del colonialismo en las relaciones entre hombres y mujeres

La colonización fue uno de los hechos que más marcó la psiquis de los Estados latinoamericanos. De acuerdo con Agustín Cueva (2007), la conformación de los Estados en Latinoamérica no está aislada del hecho colonial y de que estos dependan del capital internacional que pertenece a los países hegemónicos. La colonialidad es una característica central del poder hegemónico que clasifica la población del mundo en “europeos” o “blancos” y no “europeos” (Quijano, 2014). Estas ideas se quedaron en

el pensamiento del individuo latinoamericano que eventualmente llegó a otorgar ventajas a los fuertes y privilegiados e invisibilizar a los oprimidos tal como lo habían hecho los europeos siglos atrás.

Si bien es cierto que la condición de la mujer empeoró a partir de la colonia, la mujer siempre afrontó desventajas incluso antes de la colonización. En el escrito *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*, Rita Segato (2013) explica que en la sociedad precolonial ya existían estructuras de diferencia y jerarquías claras de prestigio entre lo masculino y lo femenino. Además, existía una construcción de la masculinidad como un estatus que se adquiriría bajo la mirada y evaluación de pares probando resistencia, agresividad, capacidad de dominio y gran cantidad de pretendientes.

Sin embargo, con la llegada de los colonizadores, hubo una súper inflación de los hombres en el ambiente comunitario porque los hombres tomaron el lugar de representantes de la comunidad (Fernández, 2008, p. 88). En este momento, se creó una división entre las esferas de lo público y lo privado en cuanto se asimiló lo masculino con lo público y lo femenino con lo privado como complementario (Estermann, 2009, pp. 139-145).

4.1. Género y poder

De acuerdo con la profesora e investigadora de derechos humanos Judith Salgado (2006), el significado de ser mujer se construye socialmente, ya que no existen características y atributos naturalmente femeninos. La diferencia sexual siempre ha sido un dato sobre el cual se inscribe una serie de representaciones, ideas, imposiciones, normas y valores que dan contenido al significado de ser mujer. Pues, para legitimar el poder y dominación política a través de la historia, se ha hecho énfasis en la distinción entre lo femenino y masculino.

Figuras como Jaime Nebot han declarado que “para gobernar se requiere tener cerebro, corazón y solvencia testicular”. Abdala Bucaram, ha expresado que Rodrigo Borja no podía gobernar porque tenía “el esperma aguado” Nebot y Bucaram Salgado (citado por Salgado, 2006). Todo esto

demostrando que en el Ecuador se asume que el ejercicio del poder político está vinculado con ser hombre o asumir una actitud masculina. La clásica frase, “tener bien puestos los pantalones” (Salgado, 2006, p. 168).

Por otro lado, también se debe tener en consideración que el concepto de mujer erróneamente siempre se ha entendido como algo estable. La mujer blanca, adulta, profesional, heterosexual y con recursos económicos (Salgado, 2006, p. 168). Ello ha generado que mujeres que no cumplan con el esquema tradicional femenino tengan aún más limitaciones para acceder a posiciones de poder limitando el ejercicio de derechos políticos de quienes forman parte de los grupos catalogados como minoritarios, a saber: indígenas, afrodescendientes, población LGBTIQ+, entre otros.

V. Conclusiones

5.1. Conflictos de la reforma a la ley de cuotas

De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución de la República, todos los individuos tienen derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (CRE, 2008, art. 66). Examinando cada uno de estos elementos, la noción de igualdad formal (igualdad ante la ley) nació de las luchas burguesas por el fin del régimen absolutista y la desarticulación de los privilegios del clero y de la nobleza. Sin embargo, esta igualdad ante la ley no era suficiente y posteriormente con el Estado Social de Derecho, se incorpora la noción de la igualdad material que toma en cuenta la posición social real de los ciudadanos para equiparar la sociedad (Machado, 2012, p. 28). Es en este momento, que se crean las acciones afirmativas como “medidas de diferenciación que tienen como finalidad transformar una situación de desigualdad de condiciones en una situación de igualdad real de condiciones” (Salgado, 2009, p. 147).

De acuerdo con *Igualdad, diferencias y desigualdades*, de María José Añón las acciones afirmativas son una estrategia destinada a conseguir la igualdad de resultados mediante medidas que permiten eliminar las discriminaciones que por razón de género sufren las mujeres. Se busca repartir las oportu-

tunidades y bienes sociales para equilibrar a la mujer y el hombre. El tema no es tan simple, las acciones afirmativas deben contener ciertos elementos: la existencia de obstáculos que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades; se establecen para quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a una minoría; son dependientes de las circunstancias y del caso; son temporales; y deben ser adecuadas, coherentes y proporcionadas para la finalidad que se pretende (Añón, 2001, p. 47-48).

Es así que, en búsqueda de la igualdad material para las mujeres ecuatorianas, en 1997 la Ley de Cuotas aparece en el Ecuador como una medida afirmativa para garantizar el derecho al trabajo y participación equitativa de las mujeres en el espectro público. Se incluyó en esta norma una cuota electoral del 20% y en el año 2000, se reformó al 30 % en favor de la mujer para candidaturas principales y secundarias. Ya se contemplaba el principio de progresividad al establecer que la cuota se incrementaría en un 5% en cada proceso electoral y el principio de alternabilidad y secuencialidad. En la actual reforma del Código de la Democracia se establece que para el 2025 la paridad será del 50%

Desde sus inicios se pudo notar una influencia positiva de la ley de cuotas, pero esta no ha surgido a la vida jurídica sin tropiezos. Cómo se puede evidenciar en el trabajo *Ley de cuotas y participación política de las mujeres en el Ecuador* de Aide Peralta Zambrano,

En 1996, sin la ley de cuotas, el Congreso Nacional tenía cinco diputados mujeres de un total de 82, lo que significaba el 6.09%. En 1998, en aplicación de la ley de cuotas que otorgó a las mujeres el 20% del Congreso, llegaron 16 mujeres de un total de 121 lo que equivale a un 13.22%. Finalmente, en el 2002, la cuota electoral aplicada fue del 35% (Peralta, 2005, p. 384).

Estos datos son una clara muestra de que, en el Ecuador desde los inicios de la Ley de Cuotas, las mujeres tienen mayores probabilidades de ser candidatas y electas. Sin embargo, como se mencionó previamente los tropiezos de dicha ley no han sido pocos y el incremento de la participación política femenina no puede ni debe depender solamente de una norma sino de una evolución sistemática en las estructuras sociales acompañado de instituciones que empoderen a la mujer en todo ámbito. Debe venir

acompañado de cambios de comportamiento y el respeto de los derechos humanos de todas las personas sin distinciones basadas en el género.

5.2. Inefectividad en la tutela jurídica

En primer lugar, cabe destacar la inefectividad de la protección jurídica del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación de las mujeres con la Ley de Cuotas. De acuerdo con Peralta,

Durante las elecciones del 2000 y 2004 se demandó la inconstitucionalidad del artículo 40 del reglamento de las elecciones por respetar el principio de alternabilidad y secuencialidad. Sin embargo, estas resoluciones no pudieron incidir en los comicios y devolver a las mujeres el derecho a participar de conformidad a la ley de elecciones, por haber sido expedidas con posterioridad a los comicios (Peralta, 2005, p. 390).

Es común que, para las resoluciones frente a inconstitucionalidades, tanto el anterior Tribunal Constitucional como la actual Corte Constitucional, demoren en su análisis y resolución. Pues, se requiere de un análisis exhaustivo del caso y que dicha resolución garantice los derechos contenidos en la Constitución. Sin embargo, si se considera que el propósito de la Ley de Cuotas es garantizar la participación de las mujeres dentro de las elecciones, una demora de los órganos de administración de justicia no garantiza una tutela efectiva de este derecho dado que no se puede ejercer extemporáneamente al tiempo de elecciones. De cualquier manera, las mujeres afectadas no han podido participar y una resolución no puede cambiar este hecho. No cabe cuestionar que el Estado ecuatoriano reconoce en su normativa los derechos humanos de las mujeres, pero su protección no es efectiva. Una norma como la Ley de Cuotas, no sirve de nada si no puede ser efectivamente implementada en atención de su propósito.

5.3. Variables socio demográficas y económicas

Basándose en el artículo *Participación política de mujeres en el ámbito local en Ecuador ¿Qué explican las disparidades?* Villarreal y Muñoz (2018), se debe tomar en consideración la influencia de variables socio demográficas

y económicas sobre la proporción de candidatas directas aún con el establecimiento de una ley de cuotas. Por ejemplo, los resultados indican que, a mayor población en municipios, disminuyen la porción de mujeres electas en 0.4%. Esto, porque en poblaciones pequeñas existe mayor identidad dentro del electorado, lo cual fomenta la participación de grupos formados por las candidatas mujeres. Además, la variable de esfuerzo administrativo en los municipios indica que, si se incrementa este indicador en una unidad, la proporción de mujeres de electas incrementa en 1.5 %, lo cual demuestra que los cantones más responsables con sus finanzas muestran una actitud positiva en la elección de mujeres como representantes.

De acuerdo con De Paola y De Benedetto (2014), el efecto positivo de la ley de cuotas es más bajo en las zonas más tradicionales, donde se manifiestan roles de género más marcados. Sin embargo, los votantes con mayores ingresos tienden a votar más por mujeres. Un análisis del legislativo ecuatoriano y el género de los legisladores realizado por De Reguero, Jara-Alba y Cassis (2016), demostró que las regiones ecuatorianas con una cultura más tradicionalista cuentan con menor cantidad de legisladoras; mientras que las provincias como Guayas y Pichincha con un mayor desarrollo económico en Ecuador, cuentan con mayor participación de mujeres en el ámbito legislativo. Esto demuestra que, a pesar del establecimiento de una ley de cuotas, esta no puede cambiar radicalmente la forma de pensar de los ciudadanos.

Finalmente, casos como las elecciones polacas, sugieren que en lugares donde las mujeres son una obvia minoría, las cuotas de género podrían disminuir las posibilidades de una mujer de ser electa. Esto, debido a que estas incrementan la cantidad de mujeres candidatas y diluyen la ventaja que el género podría dar a una candidata cuando existen pocas candidatas (Kukołowicz & Górecki, 2018). En casos excepcionales, las diferencias de los candidatos traen consigo su atractivo.

5.4. Los partidos políticos

Uno de los factores que más afectan la efectividad de la ley de cuotas, es el incumplimiento y maquinaciones de los partidos políticos y las fa-

llas de los distintos sistemas electorales. De acuerdo con Villareal y Muñoz (2018), la teoría es que, en un sistema electoral con listas abiertas, los electores eligen de manera directa a los partidos y a sus candidatos de una lista propuesta por estos. Las cuotas no son necesariamente efectivas y no aseguran que las mujeres reciban más votos. Esto porque los votantes podrían tener un “sesgo de demanda”, es decir, una preferencia hacia los candidatos masculinos.

Es tomando en consideración las fallas de un sistema electoral por listas abiertas, que la actual reforma al Código de la Democracia, para mitigar y propulsar la ley de cuotas, establece un sistema electoral con listas cerradas. Aquel “en el que los partidos proponen a sus candidatos y los votantes solo pueden elegir un grupo de candidatos ya definidos en una plantilla” (Villarreal & Muñoz, 2018, p. 47). En estos tipos de sistemas, es más probable que las cuotas funcionen mejor. Sin embargo, no es extraño, que se produzca incluso en estos sistemas un fenómeno conocido como “sesgo de oferta”. Éste fenómeno supone que los partidos prefieren a candidatos masculinos y, por tanto, en lista a las candidatas femeninas en la parte baja de la planilla, por lo que tienden a quedar fuera del grupo de funcionarios electos (Villarreal Ojeda & Muñoz, 2018, p. 47). Por lo tanto, incluso al “cumplir” con la cuota establecida, no se logra que se incorporen más mujeres a la esfera política.

Pero esto no es todo, Novo, Cobo y Gayoso (2010), explican que existe un sesgo de género entre los votantes, estos prefieren un candidato masculino frente a un femenino cuando tiene la opción de votar. Esta visión es propulsada por los estereotipos de género creados y presentes en instituciones, partidos políticos, sindicatos y puestos de trabajo. Esto genera un acceso limitado de mujeres a órganos de toma de decisiones y crea una cultura que marginaliza a las mujeres de la vida política. De acuerdo con Ana González en su escrito *Techo de cristal*, este fenómeno se conoce como techo de cristal, “el conjunto de barreras invisibles con las que tropiezan las mujeres en el desarrollo de su carrera profesional que dificultan o impiden alcanzar ese último escalón de promoción personal” (González, 2018, p.5).

Además, un estudio realizado por Fernández (2011) señala que un factor de vital importancia en la efectividad de la ley de cuotas es el com-

portamiento del partido y las candidatas. La representación se ve afectada por los partidos, ya que, una vez que las candidatas son electas, ellas mismas se dan de baja de su puesto y piden licencia. Con esto, dando el camino libre para que el hombre suplente tome su puesto. Pero los efectos más graves de estas situaciones, es que hacen parecer que la baja participación política por parte de las mujeres se debe a un desinterés en involucrarse en la toma de decisiones o de participar en tiempos de crisis. Afectando de manera negativa, en última instancia, la confianza de los votantes de poner a una mujer en el poder.

5.5. Representación y representatividad

La Dra. Judith Salgado, bien lo menciona en su escrito *Ser más, hacer más, poder más*,

Interesa el crecimiento del número de mujeres en la política, pero interesa sobre todo que al hacerlo ellas representen nuestros derechos e intereses. (...) Las mujeres electas representan, en general, a sus electores y a lectoras, pero más importante será que ellas sean, además, representativas de las mujeres y de su agenda. (Salgado, 2012, 77)

La construcción de la representatividad se basa en la creación de vínculos reales entre las políticas electas y las organizaciones de mujeres existentes en su localidad. Se necesita que las mujeres en poder conozcan y reconozcan las necesidades de sus afines, de tal manera que sus propuestas y planteamientos encuentren acogida y receptividad (Lizarraso & Salgado, 2012, p. 78). Se busca la formación de alianzas estratégicas. No se trata solo de llevar mujeres a la política con acciones positivas como la ley de cuotas, sino que mujeres desde la política contribuyen a cambiarla. De nada sirve tener a mujeres en la política, si ellas van a contribuir a las prácticas tradicionales y continuar impidiendo que otras también puedan participar en la esfera pública.

Clásicos ejemplos de esta representatividad de género son la Ley contra la Violencia de la Mujer y la Familia; la Ley de Maternidad Gratuita; la reforma a la Ley de Elecciones, etc. Es tener presente las diferentes maneras en que las mujeres han pensado y piensan, se han sentido y se

sienten (Lizarazo & Salgado, 2012, p. 79). De ahí deviene la gran importancia del feminismo, pues, aunque existen acciones estatales como la ley de cuotas que buscan incrementar positivamente los porcentajes de participación de las mujeres, se ha evidenciado que las normas no son suficientes para cambiar la mentalidad de una sociedad en la que proliferan pensamientos machistas y patriarcales.

5.6. La educación

De conformidad con todo lo mencionando anteriormente y la investigación de la jurista Facio (2010), las medidas como la ley de cuotas no alcanzan para lograr la igualdad de género y se requiere de una ruptura de los roles y los estereotipos en la educación, y en la división sexual del trabajo dentro del hogar, para que la participación política de las mujeres se de en igualdad de condiciones. Hay que tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres. Eliminar los prejuicios y las ideas de inferioridad o superioridad de un sexo sobre el otro. Siendo la medida fundamental la educación.

Según Andrea Cajas en su artículo *Igualdad de género en la constitución de 2008*, con este ideal en 2008,

(...) se creó oficialmente el Programa Nacional de Educación para la Democracia, que tiene como objetivo superior formar ciudadanos y ciudadanas conscientes, reflexivos y comprometidos con la positiva transformación de la sociedad ecuatoriana mediante la interiorización y ejercicio continuo de principios, valores y prácticas democráticas en la comunidad educativa, fortaleciendo a los estudiantes para ser actores sociales de cambio. Trabaja los siguientes ámbitos de competencia: inclusión social, equidad de género, responsabilidad social, etc. (Cajas, 2011, 150).

Programas como este crean un verdadero cambio. Cabe recordar que las medidas como la ley de cuotas son temporales y que cuando estas ya no puedan estar en firme se depende de la sociedad para que ésta continúe mejorando. Sí, el Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas para lograr la igualdad de género, pero los ciudadanos son igual de responsables para lograr su aplicación efectiva.

Referencias Bibliográficas

- Añón, M. J. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México D.F.: Distribuciones Fontanamara S.A.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador*. (9 de abril de 2009). RO. 578 de 27 de abril de 2009.
- Cajas Córdova, A. K. (2011). *Igualdad de género en la Constitución de 2008*. FORO, 139-152.
- Clark, K. (2005). FEMINISMOS ESTÉTICOS Y ANTIESTÉTICOS EN EL ECUADOR DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: UN ANÁLISIS DE GÉNERO Y GENERACIONES. *Revista Ecuatoriana de Historia*.
- Cueva, A. (2007). *El desarrollo del capitalismo en América Latina. Ensayo de interpretación histórica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Constitución de la República del Ecuador* (2008). Art 66. Montecristi, Ecuador: recuperado de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador* (2008). Art 116. Montecristi, Ecuador: recuperado de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>
- De Paola, M., Scoppa, V., & De Benedetto, M. (2014). *The impact of gender quotas on electoral participation: Evidence from Italian municipalities*. *European Journal of Political Economy*, 141-157.
- De Reguero, S., Jara-Alba, C., & Cassis, A. (2016). *Ecuador, mujeres y representación legislativa*. *Revista Enfoques*, 13-40.
- Estermann, J. (2009). *Filosofía andina: Sabiduría indígena para un mundo nuevo*. La Paz: Instituto Superior Ecuaménico Andino de Teología.
- Facio, A. (26 de 01 de 2010). *Alda Facio, jurista y experta en temas de género y derechos humanos: "No alcanza con un sistema de cupo"*. Obtenido de Insurrectasyapun-

to: http://www.insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3288:aldafacio-jurista-y-experta-en-temas-de-genero-y-derechos-humanos-no-alcanza-con-un-sistema-de-cupo-cati-d=4:notas&Itemid=4

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2019). *ENCUESTA NACIONAL SOBRE RELACIONES FAMILIARES Y VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES*. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Boletin_Tecnico_ENVIGMU.pdf

Fernández, A. (2008). *Malinali: Discursos y creación cultural*. La ventana, 88-125.

Fernandez, A. M. (2011). *Las cuotas de género y la representación política femenina en México y América Latina*. Argumentos, 247-274.

Goetschel, A. M. (2006). *Orígenes del feminismo en el Ecuador: antología*. Quito: Consejo Nacional de las Mujeres/ Presidencia de la Nación/FLACSO Ecuador/ Secretaría de Desarrollo y Equidad Social de la Alcaldía Metropolitana de Quito/ Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.

González, A. (2018). *El techo de cristal. (Tesis de maestría)*. Universidad de Oviedo, Oviedo.

Machado, M. (2012). *De las cuotas de la paridad: avances y límites del derecho a la participación política de las mujeres en el Ecuador. (Tesis de maestría)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

Novo, A., & Gayoso, L. (2010). *La participación en política de la mujer: un estudio de caso*. Revista de sociología y política, 187-203.

Organización de Estados Americanos. (1996). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Para”*.

Organización de las Naciones Unidas. (2017). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

Organización de las Naciones Unidas. (2019). *ESTUDIO VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EN Ecuador*.

- Peralta Zambrano, A. (2005). *Ley de cuotas y participación política de las mujeres en el Ecuador*. Revista IIDH, 377-405.
- Rebecca, C. y Cusack, S. (2009). ESTEREOTIPOS DE GÉNERO. (párr. 54-70).
- Quijano, A. (2014). Estado-Nación, Ciudadanía y Democracia. En C. L. Sociales, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad* (págs. 605-624). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Rebecca, C. y Cusack, S. (2009). ESTEREOTIPOS DE GÉNERO. (párr. 54-70).
- Salgado, J. (2006). *Género y derechos humanos*. FORO, 163-173.
- Salgado, J. (2009). *Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la constitución*. En S.
- Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado de derechos e instituciones*. (págs. 137-155). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Salgado, J. (2012). *Ser más, hacer más, poder más: material de trabajo para mujeres líderes*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Segato, R. (2013). *La crítica de la colonia edad en ocho ensayos y una antropología por demanda*. Buenos Aires: Prometeo libros.
- Tovar Molina, L. (2019). *Análisis de la participación política de las mujeres en el Ecuador desde los feminismos emergentes*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Villarreal Ojeda, A., & Muñoz, A. P. (2018). *PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE MUJERES EN EL ÁMBITO LOCAL EN ECUADOR: ¿QUÉ EXPLICAN LAS DISPARIDADES? CUESTIONES ECONÓMICAS*, 43-70.

Principios de la justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador: una revisión crítica

Juvenile justice principles in the jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador: a critic review

Pablo Coloma Villacís*

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 30 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 31 de diciembre de 2021

Citación

Coloma, P. (2021). *Principios de la justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador: una revisión crítica*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (149-190).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.87

Resumen: La Corte Constitucional del Ecuador, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado el contenido y alcance de varios principios, derechos y garantías propios de la justicia juvenil, con base en el *corpus juris* internacional de protección de los derechos de niñas, niño y adolescentes. Desde el año 2019, aquel Alto Tribunal ha expedido un total de cuatro sentencias que se refieren principalmente a los principios de especialidad, imparcialidad, excepcionalidad de la privación de libertad y celeridad con que deben tramitarse los procesos penales juveniles. En el presente documento, se realiza una revisión desde una perspectiva crítica del contenido sustancial de los criterios jurisprudenciales que ha

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Gerencia para el Desarrollo por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Certificado de Estudios Avanzados (CAS) en Justicia Juvenil otorgado por la Universidad de Ginebra. Correo electrónico: pablo_coloma1985@hotmail.com

desarrollado la Corte Constitucional en torno a los referidos principios, así como las diversas acciones concretas que han sido ordenadas para su efectiva garantía. Previo a entrar en dicha revisión, se presenta una breve reflexión acerca de la denominación utilizada para referirse a este ámbito especializado de la administración de justicia.

Palabras clave: Justicia juvenil, jurisprudencia, Doctrina de la protección integral, Corte Constitucional, justicia restaurativa

Abstract: *The Constitutional Court of Ecuador, through its jurisprudence, has developed the content and scope of various juvenile justice principles, rights and guarantees, based on the international corpus juris of protection of the rights of children and adolescents. Since 2019, that Hight Court has issued a total of four sentences that refer mainly to the principles of specialty, impartiality, exceptionality of the deprivation of liberty and celerity with which the juvenile justice proceedings must be processed. In the present document, there is a review with a critic insight on the substantial content of the jurisprudential criteria that the Constitutional Court of Ecuador has developed around the aforementioned principles, as well as the various concrete actions that have been ruled for their guarantee. Before entering to that review, a brief reflection is presented regarding the name used to refer to this specialized area of the justice administration.*

Keywords: *Juvenile justice, jurisprudence, doctrine of comprehensive protection, Constitutional Court, restorative justice*

Introducción

El presente trabajo contiene los resultados de la investigación realizada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), en la que este Tribunal se pronuncia sobre el contenido de varios principios, derechos y garantías propios de la justicia juvenil, a la luz de los marcos constitucional ecuatoriano e internacional de los derechos humanos.¹

1 Analizar jurisprudencia quiere decir “estudiar las interpretaciones, criterios y consideraciones realizadas por parte de una autoridad competente respecto a uno o varios

Las sentencias seleccionadas pertenecen al período comprendido entre agosto de 2014 y junio de 2021; no obstante, a efectos de complementar determinado contenido, ha sido necesario revisar algunas sentencias anteriores a dicho lapso. La decisión de fijar aquel punto de partida obedece a que las últimas reformas realizadas a la legislación ecuatoriana en materia de justicia juvenil, en particular al Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), entraron en vigor con la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el 10 de agosto de 2014.²

Así mismo, cabe mencionar que las sentencias analizadas corresponden a diversas acciones jurisdiccionales instituidas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano: acciones de protección, acciones extraordinarias de protección y acciones de hábeas corpus; e igualmente, mecanismos de control constitucional como las consultas de constitucionalidad de norma.³

En tal sentido, como preámbulo de la cuestión central del presente trabajo, expondré mis reflexiones en torno a la denominación que utilizo para referirme al ámbito de la administración de justicia sobre el que

puntos de derecho, que en la mayoría de veces y si así cabe, la resolución de los conflictos jurídicos propuestas habrá acogido el contenido de lo manifestado por las partes en las oportunidades procesales respectivas". (Ruiz Guzmán et al., 2017, p. 25)

- 2 En virtud de tales reformas, por primera vez se reconoció a la mediación penal como un mecanismo de desjudicialización, con un incipiente enfoque restaurativo, y se crearon las unidades administrativas destinadas a la ejecución de las medidas socioeducativas no privativas de la libertad. Por otra parte, no debemos olvidar que también se incrementó el tiempo máximo de privación de libertad de una persona adolescente, de 4 a 8 años, y se establecieron requisitos poco flexibles para el cambio de régimen de cumplimiento de la sanción de privación de libertad, lo cual en su momento fue observado por el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN). Por lo demás, las reformas modificaron y ampliaron ciertas reglas relativas a la conciliación, agregaron normas sobre la reparación integral de las víctimas de las infracciones e incorporaron un libro para regular el régimen de cumplimiento de las medidas socioeducativas.
- 3 Debe considerarse que, en Ecuador, el modelo de control constitucional es concentrado, por lo que, si una jueza o juez considera que una norma infraconstitucional, al ser aplicada en un caso concreto, podría resultar contraria a la Constitución de la República (CRE) o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen derechos más favorables que los reconocidos en aquella, debe suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente para que la CCE resuelva sobre la constitucionalidad de la norma. Para más detalles, ver: Corte Constitucional Ecuador, Sentencia No. 001-13-SCN-CC, *Caso No. 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013.

versa este documento. De esta manera, los resultados de la investigación se exponen en función de los principios de la justicia juvenil que la CCE ha abordado con mayor detalle en sus sentencias, a saber: especialidad, excepcionalidad de la privación de libertad, celeridad e imparcialidad. Acompaño la exposición de dicho contenido con mis puntos de vista. Para cerrar, hago una breve síntesis de los lineamientos de política pública derivados de la resolución de los casos concretos.

I. Reflexiones liminares sobre la denominación utilizada

Algo que se identifica desde un inicio en el estudio de la presente materia es la variedad de denominaciones que existen para referirse al ámbito de la administración de justicia estatal a cargo de investigar, juzgar y sancionar a las personas menores de dieciocho años de edad por el cometimiento de infracciones penales. Esto no sucede, por ejemplo, en materia civil, penal (de adultos) o constitucional, pues hay uniformidad casi total en los ordenamientos jurídicos de raigambre europea-continental.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) denomina “niño” a toda persona menor de dieciocho años de edad.⁴ Al referirse a aquel ámbito de la justicia que es de nuestro actual interés, la CDN mantiene tal designación.⁵ Sin embargo, es indudable que resultaría odioso referirse a una “justicia penal de niños”.⁶

4 Salvo que, conforme a la legislación interna de un Estado Parte, se alcance antes la mayoría de edad. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989. Art. 1).

5 CDN, Artículo 40.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo *niño* de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado...”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989. Art. 40. Énfasis añadido)

6 Lo que podría también suceder al respecto de la expresión “niños privados de libertad”. Sin embargo, en este caso considero que su uso es necesario y estratégico, por el sacudido impacto que debe provocar en las personas, al menos si esperamos algún cambio sobre aquella situación. En todo caso, también debe recordarse que el Comité de los Derechos del Niño utiliza el término *child justice system* cuando se refiere a la justicia juvenil en los documentos en idioma inglés.

Por su parte, algunos instrumentos internacionales,⁷ legislaciones internas estatales⁸ y cierta doctrina⁹ utilizan el término “justicia de *menores*”, “responsabilidad penal de los *menores*” o “derecho penal de *menores*”.

Así también, es bastante común el empleo de la expresión “adolescentes en conflicto con la ley penal”, denominación respecto de la cual aún tengo ciertas dudas en cuanto a la pertinencia del término “conflicto” en este contexto.¹⁰

Por último, la normativa ecuatoriana utiliza la denominación “responsabilidad del *adolescente infractor*”,¹¹ que es un término exiguo puesto que abarca únicamente a las personas adolescentes cuya responsabilidad penal se ha declarado mediante sentencia,¹² con lo que excluye al conjun-

7 V. gr. las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985) o las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de La Habana, 1990).

8 V. gr. en España, la Ley Orgánica 5/2000, “reguladora de la responsabilidad penal de los menores”.

9 V. gr. Lina Díaz Cortés, quien señala al inicio de su obra: “Con el fin de guardar concordancia y tomando en cuenta que el término más usado por la doctrina ha sido el de ‘menor’, lo adoptaré en este trabajo, [...] entendiéndolo que es un concepto que ha sufrido evolución y que hoy identifica al menor como sujeto de derechos”. (Díaz Cortés, 2009, p. 2)

10 “Conflicto” entendido jurídicamente como: “la situación en la que dos o más personas u organizaciones persiguen metas diferentes, tienen intereses opuestos o distintos, defienden valores contradictorios, de modo que les lleva a una situación de enfrentamiento u oposición, e inclusive, a comportarse en ocasiones de forma agresiva” (Urcola Tellería & Urcola Martiarena, 2019, p. 217). De esa manera, a partir de esta conceptualización me pregunto: ¿cómo podría una persona adolescente estar “en conflicto” con un ente intangible llamado ley, el cual, muy remotamente lejos de ser una persona, es un enunciado normativo y por definición “general y abstracta”? ¿Cómo podríamos propiciar el encuentro de la justicia restaurativa con un ámbito jurisdiccional cuyo nombre impone la idea de que se trata de la responsabilidad de un solo individuo (aquel que se encuentra “conflictado” con la ley), si aquella plantea de partida considerar los hechos ofensivos, más que como meras transgresiones a las normas estatales, como conflictos que ocasionan daños a las personas y a las relaciones interpersonales, en cuya gestión tienen rol protagónico la víctima y la comunidad? Así también, hay propuestas para reemplazar la palabra “conflicto” por “contacto”, es decir, nos referiríamos a los “adolescentes en contacto con la ley”. Esta última propuesta tampoco me parece del todo precisa por las mismas consideraciones.

11 CRE, Art. 175 y CONA, Libro IV.

12 Una cuestión tan básica que ya era enunciada por Beccaria: “Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez” (Beccaria, 2002, p. 60). *Mutatis mutandis*,

to de causas que se resuelven en virtud del principio de desjudicialización. No está por demás señalar que el término *adolescente infractor* suele ser usado de manera imprecisa en determinados contextos.¹³

Sin el ánimo de dar una solución final y definitiva a este variado escenario de términos, debo mi preferencia a la expresión *justicia juvenil*, en primer lugar, porque noto que es la denominación más utilizada recientemente en los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, v. gr. el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN),¹⁴ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),¹⁵ en foros internacionales como la Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁶ o el Congreso Mundial de Justicia Juvenil,¹⁷ y en varias oenegés como la fundación belga Observatorio Internacional de Justicia Juvenil¹⁸ o Justicia Juvenil Internacional.¹⁹

diría que una persona adolescente no puede ser llamada *infractora* antes de la sentencia del juez.

- 13 La CCE usa indistintamente el término “adolescentes infractores” incluso para referirse a etapas procesales previas a la expedición de la sentencia. V. gr. en el numeral 9 de la decisión de la sentencia 207-11-JH/20, se dispone al Consejo de la Judicatura el envío de información sobre “los adolescentes infractores que actualmente se encuentren cumpliendo medidas de internamiento preventivo”. No obstante, el que una persona adolescente esté cumpliendo la medida cautelar de internamiento preventivo es un indicativo de que aún no se ha dictado sentencia sobre ella, por lo que no debe ser calificada como infractora.
- 14 Al respecto, Comité de los Derechos del Niño, “Observación General núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”, 18 de septiembre de 2019, CRC/C/GC/24. Especialmente párrafo 8, en el cual se define el término “Sistema de justicia juvenil”: “la legislación, las normas y reglas, los procedimientos, los mecanismos y las disposiciones aplicables específicamente a los niños considerados infractores y a las instituciones y los órganos creados para ocuparse de ellos”.
- 15 Al respecto, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 13 de julio de 2011, OEA/Ser.L/V/II.
- 16 Al respecto, puede consultarse la *Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa*, de abril de 2014.
- 17 Celebrado en Ginebra, Suiza, organizado por Suiza y la Fundación Terre des hommes, del 26 de enero al 30 de enero de 2015.
- 18 Ver: <https://www.oijj.org/>
- 19 Ver: <https://www.jjadvocates.org/>

En igual sentido, hay varios doctrinantes que se manifiestan favorables al uso de esta denominación. La jurista Mary Beloff afirma que la categoría “jóvenes”, a diferencia de la palabra adolescente: “tiene la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría ‘adolescente’, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es” (Beloff, 2001, p. 20).²⁰ Igualmente, juristas como Carlos Tiffer y Javier Llobet utilizan el término “juvenil” porque “los efectos del proceso superan la fase de la adolescencia [...] y en tanto el sistema debería tener una gradualidad en los sujetos pasibles de sanción y no una ruptura tan tajante como en legislaciones como la [costarricense]” (Tiffer & Llobet, 1999 citados por Guzmán Díaz, 2012, pp. 26–27).²¹

En todo caso, en donde sí reconozco dificultades para otorgar concesiones es en el uso de la palabra “menores” como referencia a las niñas, niños y adolescentes, por la sencilla razón de que la *minoridad*, propia del pasado modelo tutelar, no tiene ya cabida en la actual doctrina de la protección integral, de manera especial en virtud de la CDN y los criterios desarrollados sobre los derechos de los niños que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).²² Además, resulta forzado el intento

20 Entiendo que la profesora Beloff basa su afirmación en el significado etimológico de la palabra adolescencia, que es el resultado de la conjunción de las voces latinas *ad* (hacia) y *alescere* (madurez): “en camino a la madurez”, que se refiere a alguien que no es niño ni adulto, sino que se encuentra en una etapa de transición. En todo caso, valga la oportunidad para enfatizar que la palabra *adolescencia* no tiene relación alguna con el verbo *adolecer* (carecer, estar falto de), pues, además de no compartir la misma raíz etimológica, como puede confirmarse por su ortografía, al contrario de haber carencias, la adolescencia es una etapa de plenitud y de rebosamiento (sobre esto, todos podemos dar testimonio). Para mayor profundidad, recomendamos leer la Observación General núm. 20 (2016) del Comité DN, relativo a la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

21 Reconozco que este argumento también sería válido para utilizar la expresión “justicia penal *adolescente*”, puesto que, de acuerdo con la Psicología, la adolescencia es una etapa de la vida que puede llegar a extenderse, en algunos casos, hasta más allá de los 24 años de edad en función de diversas circunstancias, especialmente en aquellas personas que empiezan a trabajar después de culminar la carrera universitaria.

22 En especial la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño.

de negar la estrecha relación que existe entre la minoridad y el tradicional concepto civil de incapacidad, vínculo que obstaculiza el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos sociales, portadores de un “alma social” que les permite ser ciudadanos (Seda, 2010, p. 110), aspecto fundamental para el actual paradigma democrático. En palabras de Edson Seda, las viejas leyes de menores consideraban que: “[t]anto niños como adolescentes no eran capaces de manifestar su voluntad, de discernir entre lo cierto y lo errado, de tener el sentido ético de la vida, de ser responsables, ni capaces de ser culpables por su conducta” (Seda, 2010, p. 111).^{23, 24}

II. La justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

II.1. Situación general

Dentro de los límites temporales trazados en esta investigación, he identificado cuatro sentencias de la CCE que se refieren de manera específica a la justicia juvenil: 5-18-CN/19, de 04 de abril de 2019; 9-17-

23 Así también, José Eladio Coral nos recuerda que: “el libro IV del Código de la Niñez y Adolescencia [del Ecuador] genera un cambio de orientación en relación al tratamiento jurídico de los adolescentes que trasgreden la ley penal, dejando atrás el viejo, caduco e inconstitucional ‘derecho tutelar de menores’ y sus conceptos abstractos, como el de ‘conducta irregular’, que daban un cheque en blanco a la arbitrariedad” (Coral, 2008, p. 80).

24 De manera subsidiaria, y particularmente para el caso ecuatoriano, no podemos desconocer que aún resuenan las más de seis décadas en las que estuvo vigente el anterior modelo tutelar regulado por el Derecho de menores (cinco códigos en total, de 1938 a 2003), con un eco todavía palmario en el lenguaje profesional y coloquial. Sin embargo, considero que el derogado instituto jurídico de la minoridad no es compatible con el mandato constitucional que dispone observar los principios de la doctrina de la protección integral en la justicia especializada (Art. 175, CRE), pues aquel escasamente aporta para la aplicación del marco normativo y doctrinal vigente. Además, la CRE, en su artículo 45 (y otros más), utiliza los términos “niñas, niños y adolescentes”, no “menores”, a quienes reconoce la condición de sujetos de derecho, titulares de los derechos comunes del ser humano y los específicos de su edad. Finalmente, el aspecto semántico también es sustancial, ya que el término “menor”, sin duda, alude a una situación de inferioridad del niño, niña y adolescente frente al adulto y, en palabras de Emilio García Méndez, es un concepto “cargado de contenidos estigmatizantes” (García Méndez, 1991; citado por Simon, Farith, 2015, p. 53).

CN/19, de 09 de julio del mismo año; 207-11-JH/20, de 22 de julio de 2020; y 9-19-CN/21, de 02 de junio de 2021.²⁵ Otras sentencias revisadas, que también corresponden a este período de tiempo, contienen criterios útiles para complementar, ampliar o reforzar los temas que conciernen al presente cometido, *v. gr.* la condición jurídica de las personas adolescentes, los derechos constitucionales de las víctimas de las infracciones penales, así como algunas nociones básicas sobre la justicia restaurativa.²⁶

La primera de las sentencias mencionadas, signada con el número 5-18-CN/19, resolvió una consulta de constitucionalidad de norma elevada desde la jurisdicción de tránsito (materia totalmente infrecuente en la justicia juvenil del país), e incluye definiciones provenientes del Derecho penal general acerca de la inimputabilidad.²⁷

Por su parte, seguro de contar con el ascenso de las y los entendidos en el tema, puedo afirmar que la expedición de la sentencia 9-17-CN/19 es especialmente significativa para el sistema de justicia juvenil ecuatoriano, puesto que la CCE se explaya en el desarrollo del principio de especialidad y, de forma atinada, reafirma y sintetiza su contenido, ya presente

25 Nótese que todas corresponden a la actual conformación del pleno de la CCE, en funciones desde el 05 de febrero de 2019.

26 Cabe agregar que, a la fecha de elaboración del presente documento, aún está pendiente el pronunciamiento de la CCE sobre la consulta de constitucionalidad del artículo 175.5 del COIP (caso No. 0013-18-CN), que debe su importancia a que la aplicación de ese artículo sin criterio de especialidad ha derivado en la privación de libertad de personas adolescentes por el delito de violación, pese a que mantuvieron relaciones sexuales libres y consentidas con otros pares. Igualmente, se encuentra irresuelta la consulta de constitucionalidad de norma acerca de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes cuando el sujeto activo de la infracción es una persona adolescente, a propósito del referéndum constitucional realizado en febrero de 2018 (caso No. 0020-19-CN). Del mismo modo, espera su conclusión la selección realizada por la CCE del caso 513-20-JH para el desarrollo de jurisprudencia, sobre los procedimientos de aprehensión y condiciones de detención de personas adolescentes por la presunta comisión de un delito flagrante en el marco de la justicia especializada y de las obligaciones del Estado para garantizar sus derechos.

27 De las cuatro sentencias, solamente en esta la CCE recurre en ciertas ocasiones al término “menores”. En las otras, únicamente se utiliza tal denominación en citas textuales o en referencia a los nombres de determinados instrumentos internacionales.

en el “muy comprensivo” *corpus juris* internacional de protección de los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 194), de tal manera que no exista duda alguna en torno a los elementos sustanciales que distinguen a la justicia penal juvenil de la de adultos. Además, constituye aquel impulso que la realidad exigía para empezar a construir una política sólida en materia de justicia juvenil, que resista a los vaivenes de las decisiones políticas que impactan en la administración pública. Con esto, me refiero a la formulación y ejecución de una real *política jurisdiccional de especialización*, para lo cual, por mandato expreso de la CCE, debe garantizarse la participación de personas adolescentes en todo momento. Volveré sobre este último punto en la parte final del documento.

Un año después, la CCE dictó una sentencia que continuó abordando temas capitales para la justicia juvenil, en particular en el ámbito del sistema de garantías reforzadas que la sostienen, y permitió nutrir de mayor contenido a la acción de hábeas corpus. Me refiero a la sentencia 207-11-JH/20, que resolvió de modo concluyente una acción de hábeas corpus incoada a propósito de la situación de una persona adolescente privada de la libertad como medida cautelar,²⁸ que fuera negada previamente en la justicia ordinaria por la fehaciente inaplicación de criterios especializados por parte de las y los jueces que fallaron en las diversas instancias.

Por último, la sentencia 9-19-CN/21 no hace más que ratificar los criterios esgrimidos por la CCE sobre el principio de especialidad, constantes en la sentencia 9-17-CN/19, a propósito de una consulta de constitucionalidad de norma formulada en relación con los artículos 2 y 9 del Reglamento General de Turnos para Atención de Infracciones Flagrantes a Nivel Nacional, expedido por el Consejo de la Judicatura. Sin embargo, resulta destacable el que la CCE haya considerado “compatible con los principios de aplicación directa de la Constitución y el interés superior del niño como grupo de atención prioritaria” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021a, párr. 25) la decisión del juez consultante de no suspender la tramitación de la causa, tal como ordena el artículo 428 de la CRE, por cuanto se trataba de una situación límite en la que se encontraba de por medio la libertad de una persona adolescente.

28 En materia penal juvenil, denominada “internamiento preventivo”.

Por lo dicho, los temas y el contenido que a continuación se presentan provienen principalmente de las sentencias 9-17-CN/19 y 207-11-JH/20, por cuanto, como he señalado, establecen criterios fundamentales de la justicia juvenil en clave de protección reforzada de los derechos de las personas adolescentes.

II.2. Principios desarrollados

La CCE se ha referido con profundidad acerca de cuatro principios fundamentales: especialidad, excepcionalidad de la privación de libertad de las personas adolescentes, celeridad e imparcialidad. Acerca de otros principios también específicos de los derechos de los niños, la CCE no se ha ocupado *in extenso* en el contexto de la justicia juvenil, sino que se ha remitido al desarrollo realizado por la Corte IDH o el Comité DN. En su momento, la CCE ha señalado:

de acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño, la justicia especializada debe observar ciertos principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior de los niños, el derecho al desarrollo, el respeto a la opinión del adolescente, la dignidad, que implica un trato acorde al valor del adolescente, el fortalecimiento de sus derechos y de terceros y el fomento de su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 56).²⁹

29 Adicional a ello, es necesario destacar el importante desarrollo que ha realizado la CCE en relación con el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en procesos donde se discuten sus derechos, pues también tiene especial relación con los procesos en la justicia juvenil. Al respecto, puede consultarse la sentencia No. 2691-18-EP/21, del 10 de marzo de 2021, párr. 38 a 48. De igual manera, debemos destacar la línea jurisprudencial que la CCE ha desarrollado en relación con el principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, a propósito de diversas situaciones, como movilidad humana, derecho a la salud, pensiones alimenticias, entre otras. Al respecto, ver: Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 022-14-SEP-CC”, *Caso No. 1699-11-EP*, 29 de enero de 2014; Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 064-15-SEP-CC”, *Caso No. 331-12-EP*, 11 de marzo de 2015; Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2158-17-EP/21”, *Caso No. 2158-17-EP*, 18 de agosto de 2021; Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 983-18-JP/21”, *Caso No. 983-18-JP*, 25 de agosto de 2021.

II.2.1. Especialidad

La CCE erige el principio de especialidad de la justicia juvenil a partir de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 35,³⁰ 51.6³¹ y 175 de la CRE;³² artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);³³ y artículo 40, parágrafo 3 de la CDN.³⁴ En particular, a propósito de esta última norma, la CCE desarrolla criterios relativos a la especialidad de los operadores judiciales (“autoridades”, en los términos de la CDN) y de los procedimientos. Destaca además de manera especial el que la CCE haya determinado que la especialidad de la justicia juvenil, junto con la imparcialidad, *constituyen derechos de las personas adolescentes* (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 41), pues las consecuencias jurídicas de aquello son sustanciales.³⁵ De forma precisa la CCE ha señalado: “[l]as normas constitucionales, de instru-

-
- 30 CRE, “Art. 35.- Las personas adultas mayores, *niñas, niños y adolescentes*, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, *personas privadas de libertad* y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado [...]”. (Énfasis añadido)
- 31 CRE, “Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: [...] 6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, *adolescentes*, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.” (Énfasis añadido)
- 32 CRE, “Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de *justicia especializada*, así como a *operadores de justicia debidamente capacitados*, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en *responsabilidad de adolescentes infractores*”. (Énfasis añadido)
- 33 CADH, “Art. 5.5.- Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Llama particularmente mi atención que la CCE no haya invocado el artículo 19 de la CADH, puesto que este es uno de los principales fundamentos de la especialidad de la justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte IDH.
- 34 CDN, Art. 40, parágrafo 3: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e institucionales específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes [...]”.
- 35 Pensemos en una causa en la que se alegue la falta de especialidad de los operadores judiciales. Estaríamos frente a un proceso en el que se estaría violentando un derecho constitucional, esto es, el derecho de las personas adolescentes a ser juzgadas por una administración de justicia especializada. Aquello acarrearía la posibilidad de incoar una

mentos internacionales de derechos de los niños y el Código de la Niñez y Adolescencia exigen jueces imparciales y operadores jurídicos especializados. Cada adolescente infractor tiene derecho a ser juzgado por un juez imparcial y especializado, juicio en el que además deben intervenir fiscales y defensores públicos especializados” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 62).³⁶

Ahora bien, al referirse a los operadores judiciales, la CCE incluye a juezas, jueces, fiscales, así como defensoras y defensores públicos (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 41). Como puede advertirse, la CCE omite mencionar a las y los abogados en libre ejercicio,³⁷ a los profesionales que conforman los equipos interdisciplinarios de las unidades judiciales y de la institución a cargo de la ejecución de las medidas socioeducativas,³⁸ así como a los agentes policiales.³⁹ Si bien la falta de alusión a estos otros actores por ningún motivo podría entenderse como que estos no tendrían que ser especializados, me queda aún la sensación

acción extraordinaria de protección, con la consecuente posibilidad de declararse la vulneración de un derecho constitucional y se establezcan mecanismos de reparación.

- 36 Nótese en el texto citado el uso impreciso del término “adolescente infractor”.
- 37 En el Ecuador, es ínfima la cantidad de casos en los que abogadas y abogados privados actúan como defensores técnicos de personas adolescentes. Sin embargo, ello no sería razón suficiente para no exigir que estos también estén debidamente especializados, tanto más cuanto que, el artículo 35 de la CRE establece que la atención prioritaria y especializada que debe brindarse, entre otros, a las personas adolescentes, se debe garantizar en los ámbitos público y *privado*. En todo caso, en el proyecto de ley que actualmente se encuentra en debate en la Asamblea Nacional, denominado Código Orgánico de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, COPINNA, se incluye la obligación del Consejo de la Judicatura de procurar la especialidad de las y los abogados en libre ejercicio. Por otra parte, podemos encontrar experiencias en este sentido en otros países como España (Para más detalle ver: Diario del Derecho, “La Junta forma a más de 150 abogados de Huelva en materia de responsabilidad penal del menor”, 9 de diciembre de 2020, https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1205636).
- 38 En el Ecuador, esta institución es el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, SNAI.
- 39 La regla 12 de las Reglas de Beijing señala: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985)

de que su inclusión habría permitido reforzar la formulación de políticas de especialidad que consoliden un modelo de *sistema* de justicia juvenil. No obstante, el Comité DN ha sido claro en señalar que *todos los profesionales involucrados* deben recibir una formación multidisciplinaria y adecuada sobre el contenido y significado de la CDN (Comité de los Derechos del Niño, 2019, párr. 112).⁴⁰

¿Qué determina que una o un operador judicial es especializado? La CCE ha establecido que la especialidad de las y los operadores judiciales en la justicia juvenil se deriva de la posesión de tres capacidades elementales:

(1) conocimiento sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes (doctrina de protección integral); (2) comprensión de la distinción entre la justicia de adolescentes infractores y otras formas de hacer justicia, en particular la justicia penal de adultos; (3) compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 42).

Calificó a las dos primeras como capacidades *aptitudinales*, que se adquieren ya desde las aulas universitarias y a través de la ejecución efectiva de políticas jurisdiccionales de capacitación y formación continua. La tercera es para mí una capacidad *actitudinal*, que atraviesa las convicciones personales de las y los operadores judiciales, el sentido de justicia que orienta sus actuaciones y su comprensión acerca del aporte de la administración de justicia juvenil en la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia.⁴¹

40 Además, previamente, el Comité DN había señalado:

El Comité pone de relieve la obligación de los Estados de promover la formación y el fomento de la capacidad de todos los que participan en el proceso de aplicación [de la CDN] (funcionarios del Estado, parlamentarios y miembros de la judicatura) y de todos los que trabajan con los niños y para los niños. [...] La formación tiene por objeto destacar la situación del niño como titular de derechos humanos, hacer que se conozca y se comprenda mejor la Convención y fomentar el respeto activo de todas sus disposiciones. El Comité espera que la Convención se vea reflejada en los programas de formación profesional, en los códigos de conducta y en los programas de estudio en todos los niveles [...] (Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 53).

41 Además, soy de la opinión de que una o un operador de la justicia juvenil que realiza su función sin advertir que podría estar obrando sobre sí un sesgo impuesto por el discurso punitivo y retributivo que domina la opinión pública, cuyo sentido de justicia radica en la vindicación y la expiación del mal, en cierta medida conspira en contra de las aspiraciones del actual modelo de Estado constitucional, lo que ralentiza

1. Conocimiento sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes (doctrina de la protección integral)

La doctrina de la protección integral es, en palabras de la CCE, “el conjunto de normas e instrumentos jurídicos y doctrinas elaboradas por los órganos de protección de derechos humanos, que tienen como finalidad desarrollar el contenido y alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 43). En tal conjunto, la CCE identifica a la CDN, los comentarios generales del Comité DN,⁴² la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de La Habana) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). En su momento, la CCE también identifica al Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 52).

2. Comprensión de la distinción entre la justicia de adolescentes infractores y otras formas de hacer justicia, en particular la justicia penal de adultos

Igualmente, la CCE explica las diferencias que halla entre la justicia juvenil y la justicia penal de adultos, pues la comprensión de aquellas es una de las capacidades elementales con que debe contar un operador judicial especializado. La CCE encuentra diferencias en cuanto a: a) la formación del juzgador,⁴³ b) la consideración del procesado, c) el procedimiento encaminado a la desjudicialización y d) los fines del proceso.

el proceso de especialización de esta administración de justicia. Por ello, frente a la presión que puedan generar los persistentes *cantos de las sirenas* de los patrulleros punitivistas, los operadores judiciales deberían protegerse como Odiseo.

42 Llama mi atención que en la nota al pie 4 de la sentencia 9-17-CN/19, la CCE se refiere a diecisiete observaciones generales, no obstante que, a la fecha de dictación de dicha sentencia, el Comité DN ya había publicado veintitrés, entre las que se encuentra la Observación General núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

43 La CCE denominó “operadores judiciales”, además de las juezas y jueces, a las y los fiscales, así como a las y los defensores públicos; sin embargo, en esta sección de la

a. Formación del juzgador

Sobre la primera diferencia, la CCE únicamente señala que se refiere a la formación que asegure el conocimiento sobre la doctrina de la protección integral (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 45).

b. La consideración del procesado

Es claro que la consideración del procesado es un aspecto medular en la justicia juvenil, particularmente porque esta debe su existencia, como ámbito diferenciado y separado de la justicia penal de adultos, al estatus jurídico específico del sujeto activo de la infracción. La CCE acoge las palabras del Comité DN para establecer la obligación de los operadores judiciales de atender al desarrollo físico y psicológico, así como a las necesidades emocionales y educativas de la persona adolescente, lo cual conlleva además al derecho de esta a contar con la presencia de sus progenitores o una persona de confianza que aquella decida (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 46).

La CCE señaló en una sentencia anterior que las personas adolescentes, al igual que las niñas y niños, tienen una protección jurídica especial en virtud de la CRE y la CDN, en armonía con otros instrumentos internacionales (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, párr. 28). Junto a ello, recalcó su calidad de sujetos de derechos, titulares de prerrogativas reconocidas en la CRE y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, “lo cual implica la consideración de que los derechos de las y los adolescentes no deben pasar por un proceso de concesión de parte

sentencia 9-17-CN/19, se refiere a la formación solamente del juzgador. Es mi criterio que la formación especializada no debería ser únicamente exigida a las y los juzgadores, si se toma en cuenta que la justicia juvenil requiere un cambio en el rol que tradicionalmente se le asigna a las y los fiscales, especialmente por el principio de desjudicialización; así también, en el caso de las y los defensores (públicos y privados) se espera una formación que les permita exigir el reforzamiento de las garantías procesales conforme al principio de doble garantía (Ver: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párr. 98, y punto 3 de la opinión), así como el ejercicio del derecho de la persona adolescente a ser escuchada en todas las etapas del proceso (Ver: Comité DN, Observación General núm. 24, párrafo 45).

los adultos, sino que estos les son atribuibles por el sólo hecho de ser seres humanos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, párr. 32).

Ahora bien, la CCE aclaró que el reconocimiento de las personas adolescentes como sujetos de derechos no implica el abandono de su consideración como sujetos de protección especial y atención prioritaria (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, párr. 35). Así, se configura un estatus jurídico al que califico como *bidimensional*.

A este respecto, la CCE afirmó:

En efecto, el hecho de que las y los adolescentes gocen de los derechos comunes a las personas adultas, no debe dar pie a su homogeneización, pues, aún persiste la necesidad de su protección especial. La calidad de sujetos de derechos que la Constitución ecuatoriana otorga a los adolescentes va orientada a permitirles ejercer sus derechos de conformidad con la evolución de sus facultades y con la guía que las personas encargadas de su cuidado deben brindarles. [...] El contenido y el ejercicio de los derechos de los adolescentes están, pues, íntimamente ligados al principio de autonomía.

Dado que el desarrollo de la autonomía es paulatino, aquellas personas que aún no han culminado este proceso deben ser sujetos 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, de ahí que, de conformidad con la Constitución, el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de promover de forma prioritaria su desarrollo integral y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, párr. 38 y 41).

Una cuestión que merece especial atención es la referencia que la CCE ha hecho en algunos momentos al concepto de *inimputabilidad* de las personas adolescentes, que corresponde con la doctrina general del Derecho penal. Para ello, ha sido menester para la CCE remitirse a normas legales que así lo establecen⁴⁴ y ha señalado que: “[e]l procesado puede ser responsable de un delito pero es inimputable penalmente” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 46). En el mismo sentido, la CCE menciona que las personas adolescentes, “[a]l ser inimputables, carecen de la

44 Particularmente, normas contenidas en el CONA.

capacidad de culpabilidad y, por ende, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a una persona adulta” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 56), por lo que deben “responder a su jurisdicción especializada mediante el cumplimiento de medidas socio-educativas” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 24).

En la sentencia 5-18-CN/19 es mayor la referencia a la doctrina del Derecho penal general sobre el concepto de imputación (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 21), lo que le permite a la CCE arribar al siguiente criterio: “la inimputabilidad penal implica que una persona no es capaz de asumir las consecuencias establecidas penalmente, es decir es inimputable por circunstancias naturales (trastorno mental permanente), transitorias (pérdida de la razón temporal), y por el desarrollo progresivo de su personalidad (niños, niñas y adolescentes)” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 22). Seguido de esto, llama la atención la siguiente afirmación de la CCE:

[...] si una infracción es cometida por un inimputable (Aquí una pausa. Recordemos que la CCE ha incluido en el grupo de los inimputables, junto con las personas con trastornos mentales, a las personas adolescentes), no cabe continuar con la atribución de la responsabilidad penal, pues la premisa de que la persona ha actuado con consciencia y voluntad, ha sido desvanecida al constatarse que no puede arribar a un cabal discernimiento de las consecuencias de sus actos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 23).

Infiero de este criterio que, para la CCE, estaría descartado que las personas adolescentes actúan con consciencia y voluntad, y que estas no están en la capacidad de arribar a un cabal discernimiento de las consecuencias de sus actos. De ser así el sentido expresado por la CCE, cabría pensar que nos encontramos ante un Derecho penal de autor, pues la sanción que se le impone a una persona adolescente no provendría de la determinación de su grado de *culpabilidad*, al ser inimputable, sino por su *peligrosidad*.⁴⁵ Por ello, considero que el concepto que maneja la CCE so-

45 Es decir, en el análisis sistemático de la conducta, se podría confirmar el injusto penal, o sea, aquella puede ser típica y antijurídica, pero no cabría entrar a la categoría dogmática de la culpabilidad, con lo que el *quantum* de la sanción sería definido con criterios excesivamente discrecionales. ¿No es esto lo que pretende superar el modelo de responsabilidad establecido en la CDN en relación con la doctrina tutelar?

bre este punto en particular requiere una pronta actualización con base en el modelo de responsabilidad establecido en la CDN, recurriendo además a la doctrina emergente del Derecho penal juvenil.^{46 47}

¿Por qué la CCE ha tenido que ingresar en estos terrenos? Para resolver una consulta elevada desde la jurisdicción de tránsito en relación con

46 V. gr. la denominada imputabilidad “sui géneris”, la “semi-imputabilidad”, la imputabilidad “específica” o capacidad de culpabilidad particular (Díaz Cortés, 2009, p. 257 y ss.); o la “imputabilidad diferenciada” (Guzmán Díaz, 2012, p. 116 y ss.). Carlos Guzmán Díaz también comenta: “la consideración del adolescente como inimputable implica tratar a quien simplemente no ha alcanzado los 18 años, igual que a quien ha sufrido un trastorno mental, esto es, como un incapaz. Ello no solamente no se advierte como válido, sino que se estima contrario a la lógica. En efecto, para los efectos civiles es incapaz quien no puede asumir ciertos actos como los contractuales en materia comercial, cosa que sí puede hacer (restringidamente) alguien de 16 o 17 años. A su vez, resultaría inconcebible pensar que a esa edad no se comprendan conceptos tales como la ajénidad, la muerte o la libertad sexual de otra persona. Esa equiparación, parece, no resulta muy afortunada” (Guzmán Díaz, 2012, p. 106).

47 La referencia sin beneficio de inventario que realiza la CCE al concepto de inimputabilidad del Derecho penal general, en el contexto de la justicia juvenil, también pondría en tensión la incorporación de los objetivos de la justicia restaurativa, al no reconocer la capacidad de una persona adolescente para comprender el daño que ha causado con su conducta y a adquirir compromisos para la reparación, mediante un proceso psicoeducativo asistido. En definitiva, es preciso recordar que el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es progresivo, de acuerdo con su edad y madurez, por lo que la justicia especializada debe reconocer las capacidades de la persona adolescente para garantizar su participación en la gestión del conflicto y en su proceso de reintegración. Por su parte, el Comité DN señala que a los niños se les reconoce una “menor culpabilidad” (Comité de los Derechos del Niño, 2019, párr. 2), concepto proveniente del sistema anglo-americano que en la doctrina del Derecho penal juvenil ha sido explicado en el siguiente sentido: “[s]e puede decir que [...] en un proceso cuya finalidad es la pedagogía y la inserción social, el aprendizaje sí surge como punto válido para la imposición de la sanción, constituyéndose la culpabilidad en el límite de cantidad de aflicción que mejore en el adolescente las expectativas cognitivas y de respeto para los bienes y/o valores jurídicos ajenos” (Guzmán Díaz, 2012, p. 98). Otro peligro que se advierte en torno a mantener vigente un concepto del Derecho penal general en la justicia juvenil sobre inimputabilidad, señala que: “la ausencia del estudio de una culpabilidad específica a ser reconocida para los menores de edad permite que la intervención siga estando marcada por la inmensa arbitrariedad e inseguridad jurídicas. Además, el tratamiento a situaciones dispares de forma generalizada ha favorecido la percepción (errónea) en la opinión pública de que la delincuencia juvenil es uno de los problemas contemporáneos más graves y sin solución” (Sposato, 2011; citada por Gonçalves Ferraz, 2019, p. 85).

el tipo de sanciones que pueden imponerse a las personas adolescentes que contravienen tal clase de normas, puesto que la descripción de estas infracciones se encuentra en el COIP y sus sanciones son incompatibles con la justicia juvenil.⁴⁸ Al respecto, la CCE señaló que, en caso de darse la conducta descrita en el numeral 3 del artículo 387 del COIP, la persona adolescente deberá ser juzgada dentro del trámite de la justicia especializada y será sancionada con medidas socioeducativas (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, Sección resolutive).

c. **El procedimiento encaminado hacia la desjudicialización.**

En mérito del estatus jurídico de la persona adolescente, la CCE determina que el procedimiento en la justicia juvenil debe estar encaminado a evitar que las personas adolescentes tengan una experiencia que pueda perjudicar a su desarrollo físico, emocional y social.⁴⁹ Esto se logra mediante la *desjudicialización* (la *diversion* del sistema anglo-americano), que implica tomar todas las medidas que sean necesarias para resolver el conflicto sin necesidad de llegar a la fase de juicio y para que la privación de libertad sea realmente excepcional (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 47). En consecuencia, la desjudicialización, en palabras de la CCE, debe ser la primera opción para los operadores de justicia, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 48).⁵⁰

48 En concreto, se refiere al artículo 387 numeral 3 del COIP: “Art. 387.- Contravenciones de tránsito de segunda clase.- Serán sancionados con multa del cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de nueve puntos en el registro de su licencia de conducir: [...] 3. La persona adolescente, mayor a dieciséis años, que posea un permiso de conducción que requiera compañía de un adulto que posea licencia y no cumpla con lo normado”.

49 Al respecto, es importante destacar que el Comité DN señala expresamente que: “[s] e ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables” (Comité de los Derechos del Niño, 2019, párr. 2).

50 Por consiguiente, de acuerdo con nuestra legislación penal juvenil, las y los operadores judiciales deberían priorizar las formas de terminación anticipada del proceso determinadas en el CONA: remisión fiscal, remisión judicial, suspensión del proceso a prueba, conciliación y mediación penal.

d. **Los fines del proceso.**

La CCE ha sido reiterativa en determinar que por ningún motivo el fin del proceso puede ser la imposición de una pena, sino la dictación de medidas socioeducativas, encaminadas a cumplir los fines específicos de la justicia juvenil (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 50). A este respecto, encuentro un criterio llamativo en la sentencia 207-11-JH/20, en la que la CCE señala:

[...] en el juzgamiento de adolescentes infractores, el fin del proceso no es, ni puede ser, una sanción penal *ni una sanción como tal*, sino *únicamente* la imposición de “medidas socio-educativas proporcionales a la infracción atribuida” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 58. Énfasis añadido).

Infiero esta vez de este criterio que, para la CCE, las medidas socioeducativas no son sanciones. De ser así el sentido expresado, es preciso señalar que la CCE inobserva el artículo 77 numeral 13 de la CRE, que dispone:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: [...]

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley *sanciones privativas y no privativas de libertad*. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas. (Énfasis añadido)

Es decir, al contrario de lo que manifiesta la CCE y según se desprende de la norma constitucional citada, las medidas socioeducativas *son sanciones* que deben establecerse mediante ley, conforme al principio de legalidad en materia penal.

Incluso más allá de aspectos meramente normativos, planteo lo siguiente: aun si en un caso concreto se eliminase todo sesgo retributivo y se dictase una medida socioeducativa de internamiento institucional con criterios especializados, interdisciplinarios, considerándose primordialmente el interés superior de la persona adolescente, etc., persistiría

el efecto de restringir severamente en ella el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, situación que no llamaría de otra forma que no sea como *sanción*. Por tanto, es indudable que las medidas socioeducativas sí constituyen un tipo de sanciones, impuestas por el Estado en ejercicio del *ius puniendi*, eso sí, regulado por un Derecho penal de garantías híper reforzadas o, en palabras de Carlos Guzmán Díaz, un Derecho penal “doblemente mínimo” (Guzmán Díaz, 2012, p. 51 y ss.).⁵¹

Regresando al análisis de la jurisprudencia, en cuanto a los fines de las medidas socioeducativas, la CCE se ha remitido a la regla 5 de las Reglas de Beijing para referirse a aquellos: fomentar el bienestar de la persona adolescente y la proporcionalidad, la cual se garantiza al tomar en cuenta la gravedad del daño y las circunstancias personales de la persona adolescente (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 50). En su momento, la CCE también ha señalado que la consideración del interés superior de la persona adolescente, en el contexto de la justicia juvenil, determina que los objetivos que deben procurarse a través de la imposi-

51 Considero que puede ser peligroso restarle gravedad de esa manera a las medidas socioeducativas, en especial por aquella medida que tiene como efecto la privación total de la libertad de la persona adolescente, denominada internamiento institucional. El señalar que no son sanciones sino “únicamente” medidas socioeducativas desconoce el grado de afectación a los derechos de las personas adolescentes que aquellas pueden generar, especialmente si se considera la situación real de muchos centros de privación de libertad para adolescentes, cuya infraestructura obsoleta y manejo altamente securitista los convierten en cárceles a pequeña escala en donde se cumplen verdaderas penas. Por ello, no debemos dejarnos llevar por denominaciones que pueden parecer simpáticas e inocuas, como en efecto podría suceder con el término “medida socioeducativa” en contraste con la palabra “pena”, porque puede dejarse una ventana abierta por la que ingrese un tufo a modelo tutelar, en virtud del cual se considere que se le impone “únicamente” una medida socioeducativa a una persona adolescente por hacerle un bien. Todo esto nos recuerda la siguiente reflexión de Eugenio Raúl Zaffaroni: “El poder punitivo puede liberarse de límites argumentando de varias maneras, y en esto nunca se queda corto, pues el ingenio perverso que caracteriza sus discursos legitimantes es inusitadamente fértil. Uno de ellos consiste en ocultar o disimular su propio carácter punitivo, lo que se sigue haciendo mediante el expedito recurso de dejar de llamar *penas* a las *penas*” (Zaffaroni & Rep, 2018, p. 45). Además, al respecto de la prisión, Foucault escribía: “no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimentario, privación sexual, golpes, celda. [...] De hecho, la prisión en sus dispositivos más explícitos ha procurado siempre cierta medida de sufrimiento corporal” (Foucault, 2018, p. 25).

ción de medidas socioeducativas deben ser: la protección de la persona adolescente y sus derechos, y la promoción de su reintegración familiar y social (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 57).⁵²

En ese sentido, habiendo explicado los objetivos específicos de las medidas socioeducativas como uno de los elementos que distinguen a la justicia juvenil de la justicia penal de adultos, tendría sentido afirmar que los medios utilizados en cada ámbito también pueden ser distintos. En efecto, la CCE afirma que la mejor forma para lograr tales objetivos es mediante la aplicación de la *justicia restaurativa* (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 50). De esa manera, la CCE reconoce el favorable encuentro entre la justicia juvenil y la justicia restaurativa, pues esta última

permite [a la persona adolescente] asumir la responsabilidad de forma consciente;⁵³ por otro, permite el encuentro con la víctima y viabiliza la reparación de los daños provocados por el cometimiento de un ilícito. En suma, promueve la solución del conflicto al mismo tiempo que educa e integra en la comunidad al adolescente en conflicto con la ley penal (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c. Párr. 53).

En la misma línea, la CCE resalta de la justicia restaurativa la posibilidad que tiene la persona adolescente de ser parte de la solución del conflicto, además que aquella permite que se consideren y se comprendan sus circunstancias sociales, “de tal forma que el proceso y la medida sean formativos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 54).

Podría llegar a pensarse que la responsabilización en la justicia restaurativa, también llamada *responsabilidad activa*, esto es, la asunción de la responsabilidad por parte de la persona adolescente sobre los daños

52 Previamente, la CCE afirmó que, por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, “dicho grupo de atención prioritaria tiene el *status* de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objeto primario de toda actuación que les compete” (Ruiz Guzmán et al., 2017, p. 67).

53 Nótese aquí una contradicción con aquella afirmación de la CCE acerca de la inimputabilidad de las personas adolescentes y su supuesta incapacidad para actuar con consciencia y voluntad.

causados por su conducta ofensora, podría reñir con el derecho a la no autoincriminación. La CCE, a propósito de la conciliación en materia de tránsito,⁵⁴ se ha pronunciado acerca de este posible problema jurídico. Resumiré a continuación el criterio formulado por la CCE, no sin antes reconocer que puede ser insuficiente en el contexto de la justicia juvenil por las exigencias normativas y doctrinales propias de esta relativas a las garantías procesales de las personas adolescentes; sin embargo, nos proporciona elementos para la discusión.

Al respecto, la CCE ha dicho que la exigencia de reconocer la responsabilidad “es propia de la conciliación como mecanismo de justicia restaurativa, por lo cual, por sí sola no comporta una vulneración al derecho a la no incriminación” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019b, párr. 32). Así también, al basarse la conciliación en el principio de voluntariedad, la persona infractora

[e]n el evento que decida acudir a la conciliación, lo hará bajo el entendimiento que deberá admitir su responsabilidad con relación a la infracción; es decir, no existe una coacción estatal que obligue al infractor a acudir a la conciliación para que admita su responsabilidad, y por tanto, no se configura una trasgresión al derecho de no autoincriminación del infractor (Corte Constitucional del Ecuador, 2019b, párr. 34).

De esta manera, en un germinal intento por adaptar estos criterios a la justicia juvenil, podría decirse que la responsabilización por parte de la persona adolescente, alcanzada en el marco de la justicia restaurativa, no estaría reñida con el derecho a la no autoincriminación siempre que sea el resultado de procesos psicoeducativos que procuren el entendimiento de las consecuencias de la conducta ofensiva y permitan la gestión cooperativa del conflicto, a efectos de fijar los términos de la reparación. Tales procesos deben desarrollarse con el debido respeto de la dignidad

54 De acuerdo con el COIP, Art. 663 numeral 2, está permitido el uso de la conciliación en delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano.

de las personas, de las garantías de sus derechos y la consideración primordial del interés superior de la persona adolescente.⁵⁵

Adicionalmente, la CCE ha destacado que, a diferencia de la justicia retributiva, “[u]n aspecto fundamental de la justicia restaurativa [...] es el rol protagónico de la víctima, [quien] puede ejercer sus derechos a la verdad, justicia y reparación y el adolescente infractor puede comprender el hecho, sus consecuencias y reparar cuando fuere posible” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 55).⁵⁶ En sentencias previas, la CCE se ha pronunciado acerca de los derechos constitucionales de las víctimas de infracciones penales. El contenido general del derecho a la verdad, establecido en el artículo 78 de la CRE,⁵⁷ ha sido descrito de la siguiente manera:

en un contexto general, podemos indicar que el conocimiento de la verdad de los hechos, como elemento integrante y sustancial del derecho a la reparación integral, constituye una garantía a favor de las víctimas de infracciones pe-

55 Sobre este mismo punto, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños ha señalado:

La justicia restaurativa se usa comúnmente como medida extrajudicial, y por este motivo las conferencias de justicia restaurativa tradicionalmente no incluyen a profesionales del sistema judicial. Sin embargo, se han establecido varias prácticas para dar garantías procesales durante el proceso restaurativo, sin afectar la integridad del proceso y de las personas que participan en él. Para garantizar que se respeten los derechos del niño en todo momento y que el proceso se lleve a cabo conforme a las leyes, una autoridad competente, como un tribunal de justicia de niños, debe efectuar un control judicial efectivo. [...]

Para lograr cambios reales se requieren incentivos reales. Dado que las infracciones representan una ruptura en las relaciones sociales (entre la víctima y el infractor, y entre el infractor y la comunidad), un requisito clave para reducir la reincidencia es hacer que los niños entiendan las consecuencias del daño que han causado y asuman activamente la responsabilidad por ese daño. La dimensión participativa de la justicia restaurativa brinda a los niños la oportunidad de entender por completo la extensión del daño que han causado y de formar parte de una respuesta constructiva. Si el acuerdo de la conferencia se respeta y las disposiciones se sostienen, lo más probable es que el tribunal cierre el caso (Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, 2016, pp. 25 y 33).

56 Nuevamente, un uso impreciso del término “adolescente infractor”.

57 CRE, “Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.”

nales y/o sus familiares y la sociedad en general, en función de la cual, estas, tienen el derecho a conocer en qué circunstancias se perpetró la infracción -fijación del supuesto fáctico- los autores de la misma con identificación clara de su grado de participación y responsabilidad, y de ser el caso, el destino que ha recibido el sujeto pasivo o el bien objeto del delito; así, el derecho a la verdad a su vez permite reivindicar otros derechos constitucionales como el de la tutela judicial efectiva y debido proceso (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, p. 7).

En una sentencia posterior, nuevamente sobre al artículo 78 de la CRE, la CCE ha señalado que:

es propio de la justicia restaurativa penal, la cual considera al delito como una relación entre victimario-víctima siendo esta última la que sufre las consecuencias del obrar del primero. Siendo que el objetivo del derecho penal no se circunscribe a la mera aplicación de sanciones penales, en tanto, tiene vital importancia el rol protagónico que asume la víctima y la reparación que deba darse a su favor (Corte Constitucional del Ecuador, 2017, p. 12).

Con ese marco, al respecto de la indemnización como elemento de la reparación integral, la CCE señala que aquella debe ser proporcional al daño causado y que no puede constituirse en una medida desproporcionada que sobrepase el daño inferido y a partir de la cual el ofendido vea incrementado su patrimonio de manera ilegítima (Corte Constitucional del Ecuador, 2017, p. 14).

Es menester manifestar que existe una amplia producción jurisprudencial de la CCE relativa a los derechos de las víctimas de infracciones penales;⁵⁸ sin embargo, aún es necesaria la formulación de criterios sustanciales sobre el ejercicio de tales derechos en el contexto de la justicia juvenil y de la justicia restaurativa. Por el contrario, en la mayoría de ocasiones, la CCE ha formulado precedentes a este respecto pensados en el contexto de la justicia penal de adultos y en el marco del proceso penal acusatorio y adversarial. En algunos momentos, se divisan ciertos crite-

58 Otras sentencias de la CCE que pueden consultarse: Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 0001-09-SCN-CC", *Caso No. 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009; "Sentencia No. 214-12-SEP-CC", *Caso No. 1641-10-EP*, 17 de mayo de 2012; y "Sentencia No. 114-14-SEP-CC", *Caso No. 1852-11-EP*, 6 de agosto de 2014.

rios que, en manos de operadores judiciales no especializados, podrían ser contrarios a los principios específicos de la justicia juvenil.⁵⁹

En definitiva, para cerrar su explicación sobre la comprensión elemental que deben tener los operadores judiciales especializados en torno a las diferencias de la justicia juvenil con la justicia penal de adultos, la CCE se refiere al rol de cada uno de ellos en la garantía de la especialidad:

El rol de todos y cada uno de los operadores de justicia especializada es fundamental para un efectivo y adecuado funcionamiento del sistema judicial. En algunos momentos procesales el rol de la fiscalía es crucial para evitar la judicialización y el cumplimiento de la justicia restaurativa. En otros momentos, el rol del juzgador como garante del debido proceso y de los derechos de los adolescentes también es importante. De igual modo, el rol de la defensa pública especializada contribuye a que el sistema respete los derechos de los adolescentes y se cumplan los fines procesales (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 57).

3. Compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores

Por último —pero no menos importante—, la CCE se refiere al compromiso de los operadores judiciales especializados con los fines del proceso de la justicia juvenil, capacidad que he calificado de actitudinal. Al respecto, la CCE señala: “[e]l juzgador, fiscal y defensor de adolescentes infractores deben tener una *sensibilidad diferente* a la que normalmente se exige a un operador de justicia penal” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 58. Énfasis añadido). ¿A qué se refiere esta sensibilidad? Al convencimiento de que la persona adolescente es un ser humano en

59 Piénsese por ejemplo el criterio de la CCE que señala: “vale indicar que el derecho a la verdad, se deriva de la obligación que tiene el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, de investigar y sancionar todo hecho con contenido delictivo [...] el derecho a la verdad, impone *prima facie*, dos obligaciones de los órganos jurisdiccionales del Estado ante el cometimiento de hechos tipificados como infracción penal, a saber: investigar y sancionar” (Corte Constitucional del Ecuador, 2016. Págs. 7 y 10). En otras palabras, el derecho a la verdad de las víctimas de las infracciones penales obligaría al Estado a ejercer su potestad para sancionar, lo cual pondría a tambalear la aplicación de los mecanismos de desjudicialización en la justicia juvenil.

desarrollo y que una experiencia de privación de libertad puede tener efectos criminógenos (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 58). En consecuencia, los operadores judiciales deberían adecuar sus actuaciones de manera que la persona adolescente esté expuesta a experiencias positivas, “que se logran mejor con medidas alternativas a la privación de libertad, en un ambiente de ser posible familiar y en el que se garantice su derecho a la educación” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 58), lo que además contribuye al logro de los objetivos establecidos en el primer párrafo del artículo 40 de la CDN.⁶⁰

En el mismo ámbito, la CCE responde a la siguiente inquietud: los operadores de la justicia penal ordinaria y de la justicia especializada de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes,⁶¹ ¿están en capacidad para adherirse al compromiso con los fines del proceso de la justicia juvenil? En primer lugar, dice la CCE, debido a su formación, los operadores de la justicia penal ordinaria tienden a tratar a las personas adolescentes como si fuesen personas adultas, con lo cual se extravían los objetivos de las medidas socioeducativas (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 59). Por su parte, los operadores de la justicia de protección de derechos “no necesariamente distinguen las diferencias entre un derecho protector de uno restaurador ni tampoco tienen conocimientos específicos y necesarios sobre derecho penal, que puede ser muy necesario en particular en casos de alta complejidad” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 60).⁶²

60 CDN, “Art. 40.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

61 Debe considerarse que la legislación ecuatoriana determina que en los cantones donde no existe una judicatura especializada de justicia juvenil, la competencia en esa materia debe ser asumida por las judicaturas de Familia, mujer, niñez y adolescencia. Al respecto, ver: COFJ, artículo 234.4; CONA, artículo 262.

62 Esta afirmación de la CCE debería ser acogida con especial atención por parte del Consejo de la Judicatura, para que los procesos de acreditación incluyan la formación de las y los jueces de Familia, mujer, niñez y adolescencia en Derecho penal juvenil.

En mi criterio, la CCE ha sabido zanjar de forma acertada la discusión que existía en torno al entendimiento de la especialidad de la justicia juvenil, conforme al mandato constitucional del artículo 175 de la CRE. La precisión acerca del perfil elemental de un operador judicial especializado en justicia juvenil es fundamental para la formulación de políticas judiciales de capacitación, evaluación⁶³ y de ingreso a la carrera judicial.⁶⁴

II.2.2. Excepcionalidad de la privación de libertad en la justicia juvenil

De forma general, la CCE se refiere a este principio en el marco de las diferencias entre la justicia juvenil y la justicia penal de adultos. En ese sentido, al explicar la sensibilidad propia de las y los operadores judiciales especializados, la CCE ha señalado que estos deben estar conscientes de que una experiencia de privación de libertad de una persona adolescente, “como ha sucedido en muchos casos, puede ser el comienzo de una carrera criminal” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 58). Además, la CCE resalta que la privación de libertad de adolescentes: “afecta a su desarrollo integral reconocido constitucionalmente, en cuanto perturba gravemente el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y capacidades, potencialidades y aspiraciones” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 64).

Al contrario, según señala la CCE, las experiencias positivas a las que debe estar expuesta la persona adolescente se logran mejor mediante medidas alternativas a la privación de libertad (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 58).⁶⁵ En ese sentido, para garantizar que la

63 El segundo inciso del artículo 89 del COFJ dispone al Pleno del Consejo de la Judicatura la aplicación prioritaria de instrumentos y herramientas de justicia especializada para adolescentes infractores en el diseño de parámetros y metodologías de evaluación.

64 Considero que existen dos elementos adicionales que podrían ser determinantes para la especialidad de un operador de la justicia juvenil: 1) competencias para actuar en una dinámica interdisciplinaria; y 2) habilidades comunicativas para garantizar los derechos de las personas adolescentes a ser escuchadas y a ser instruidas de forma clara y comprensible.

65 Considero que el calificar de “alternativas” a las medidas que no privan de libertad a una persona adolescente puede ser contradictorio con el concepto de excepcionali-

privación de la libertad sea realmente excepcional, la CCE remarca la obligación de las y los operadores judiciales de optar, cada vez que fuera posible y como opción preferencial, por la desjudicialización, a través de figuras como la remisión, la conciliación, la mediación penal y la suspensión del proceso a prueba (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 47 y 48). Así mismo, la CCE señala: “en relación con la excepcionalidad de la privación de libertad, el juzgador deberá utilizar como regla las medidas cautelares y las penas alternativas a la privación de libertad” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 49).⁶⁶

De forma particular, acerca de la medida cautelar de privación de libertad, denominada en la legislación ecuatoriana como internamiento preventivo,⁶⁷ la CCE ha señalado que esta debe utilizarse como *última y excepcional medida*, cuando la persona adolescente represente un peligro inmediato y real para los demás, y *por el período mínimo necesario* (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 60). Además, el internamiento preventivo, a diferencia de la prisión preventiva en la justicia penal de adultos, tiene como único fin la inmediación del adolescente inculpa-do con el proceso (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 59).⁶⁸ Por consiguiente, la CCE establece que, siempre que sea posible, se debe procurar recurrir a medidas cautelares alternativas al internamiento preventivo, “en cuanto esta no es la medida más adecuada para cumplir las

dad de la privación de libertad, por cuanto su uso tácitamente genera la idea de que la medida estándar o el camino ordinario sería la privación de libertad, mientras que “lo alternativo” sería la no privación; como si la regla fuese lo primero y la excepción, lo segundo. Es más, en la justicia juvenil las medidas socioeducativas son privativas y no privativas de la libertad; la legislación no denomina a estas últimas como “alternativas”.

66 Evidencio una imprecisión de la CCE en este párrafo al referirse a “penas” en el contexto de la justicia juvenil pues, como se ha dicho, la CRE en su artículo 77 numeral 13 establece un sistema de medidas socioeducativas.

67 CONA, Arts. 330 y 331.

68 En la justicia penal de adultos, la prisión preventiva además asegura que la persona procesada, en caso de declararse su responsabilidad penal, cumpla la pena (Art. 534, COIP). Entonces, dado que en la justicia juvenil no existe el objetivo de imponer sanciones penales, para la CCE esta finalidad adicional no sería aplicable. Otro fin que suele atribuirse a la prisión preventiva es evitar que la persona procesada obstaculice las investigaciones (Avila Santamaría, 2013, p. 24).

finalidades de este tipo de procesos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 59).

La CCE agrega que en la dictación de una medida de internamiento preventivo deben garantizársele a la persona adolescente todos sus derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales. En particular, debe asegurarse que la medida se cumpla en centros distintos a los de los adultos privados de libertad y en instalaciones separadas de las personas adolescentes que se encuentren cumpliendo medidas socioeducativas (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 60).

Así mismo, la CCE determina que la persona adolescente sobre la que se ha dictado la medida cautelar de internamiento preventivo, “debe tener la posibilidad de solicitar que la legalidad del internamiento preventivo sea revisada periódicamente, con el objeto de revisar si los motivos que originariamente fundaron el internamiento aún subsisten y justifican que permanezca privado de su libertad” (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 83; citado por Corte Constitucional del Ecuador, 2020. Párr. 61).⁶⁹ Para ello, dice la CCE, el hábeas corpus es una vía idónea —aunque no única— para que la persona adolescente pueda pedir la revisión de los motivos que fundamentaron el internamiento preventivo o de las circunstancias en que este se ejecuta.

En relación con el tiempo máximo de duración del internamiento preventivo, la CCE ha determinado que, una vez cumplidos los noventa días permitidos por la ley, si no existe sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad penal de la persona adolescente, esta última mantiene intacto su estatus de inocencia y, en consecuencia, debe ser puesta en libertad de forma inmediata, *sin la necesidad de orden judicial previa*. Esto debe ocurrir aun si, habiéndose dictado sentencia condenatoria en primera instancia, esta todavía no ha adquirido la calidad de ejecutoriada debido a la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, como casación (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, Decisión, numeral 4.)

69 Llama la atención que la CCE cite la Observación General núm. 10 del Comité DN, si consideramos que, a la fecha de expedición de la sentencia 207-11-JH/20, ya se había publicado la Observación General núm. 24, que sustituye a la primera de las nombradas.

Lo contrario deviene en una detención arbitraria, frente a la cual procede la interposición de una acción constitucional de hábeas corpus.

Por último, la CCE señala que, si una vez cumplido el tiempo máximo de internamiento preventivo, existen razones para considerar necesario asegurar la comparecencia del adolescente en el proceso, las y los jueces tienen a su disposición las demás medidas cautelares personales contempladas en legislación penal juvenil (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 74).⁷⁰

II.2.3. Celeridad

Según la CCE, en virtud de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y de la especialidad de la administración de justicia, debe otorgarse una consideración especial a la duración de los procesos judiciales, por cuanto: “se ha evidenciado el impacto que posee el transcurso del tiempo, en general, y la duración del proceso penal, en particular, en la vida de los adolescentes” (Muñoz, 2018, p. 22; citado por Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 62). Además, “la demora en el proceso impide al adolescente tener certeza de su situación jurídica y afecta la efectividad de su posterior reintegración” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 70). En consecuencia, según señaló la Corte IDH en el caso conocido como “Panchito López”, el retardo injustificado en la resolución de los procesos seguidos a adolescentes es contrario a las normas internacionales que los protegen (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párr. 215 y 226; citada por Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 63).

Por su parte, la CIDH ha establecido que “toda la duración del proceso penal afecta los derechos de los niños, independientemente de que estén privados de la libertad o no” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr. 204; citada por Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 63). Por consiguiente, continúa la CCE, “se alcanzó un importante consenso internacional en relación con la máxima brevedad que debe operar entre el inicio de la causa y su resolución definitiva, a fin de intentar garantizar las finalidades propias del sistema especializado y

70 La CCE se refiere a las medidas cautelares establecidas en el artículo 324 del CONA.

evitar el proceso de estigmatización de los adolescentes” (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 51; citado por Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 63).⁷¹ En síntesis, por sus efectos negativos, la CCE ha señalado especialmente que la privación de libertad prolongada genera daños físicos y psicológicos en la persona adolescente que perduran en el tiempo (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 64).

Señalados estos efectos, la CCE determina que el procedimiento en la justicia juvenil impone el cumplimiento de plazos estrictos, inferiores a los contemplados en la justicia penal de adultos, “que necesariamente deben cumplirse para garantizar los derechos de los adolescentes durante el proceso” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 66). En consecuencia, deben adoptarse todas las medidas para cumplir de manera irrestricta con los plazos establecidos para este procedimiento.

II.2.4. Imparcialidad

La CCE se pronunció acerca de la imparcialidad en la justicia juvenil debido a que, por causa de una imprecisión legal, en el *usus fori* de la administración de justicia juvenil sucedía que la o el juez que actuaba en las dos primeras etapas del proceso penal juvenil sustanciaba también la etapa de juicio y dictaba sentencia.⁷² Para la CCE, esta interpretación de la ley y la práctica procesal atentaban contra el derecho de las personas

71 Puesto que dicha observación general fue sustituida, el párrafo que corresponde con este tema es el siguiente:

El Comité recomienda a los Estados partes que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten plenamente las garantías jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales (Comité de los Derechos del Niño, 2019, párr. 54).

72 CONA, “Art. 340.- Etapas.- El proceso para el juzgamiento del adolescente tiene estas etapas:

1. Instrucción.
2. Evaluación y Preparatoria de Juicio.
3. Juicio.”

adolescentes a un juzgador imparcial (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 35).

En ese sentido, la CCE realizó una exposición sobre la imparcialidad en la justicia juvenil que no es distinta del fundamento de aquella en la justicia penal de adultos. Esto se debe a que el modelo de responsabilidad, vigente desde la aprobación de la CDN, se implementó de tal manera que la mayoría de Estados de la región tomaron prestado el diseño procesal penal ordinario, de carácter acusatorio y adversarial, para adoptarlo en la legislación sobre justicia juvenil dictada bajo la inspiración de la CDN, en aras de garantizar el derecho de las personas adolescentes a un juicio justo y a un juzgador imparcial (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 55). En consecuencia, las bases teóricas son compartidas. Así, la CCE señaló:

[...] en juicios contradictorios y adversariales, como regla general, se considera que la imparcialidad se pierde cuando un juzgador ha conocido elementos de convicción antes de la etapa de juzgamiento [...]. El modelo respetuoso de la Constitución requiere que el juez decisor de la causa no esté sesgado por la etapa de instrucción. Esto evita que se formen convicciones sobre el fondo del asunto antes de que se produzcan pruebas para probar la hipótesis de las partes (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 21).

Por tanto, para garantizar la imparcialidad de la o el juzgador en la justicia juvenil:

El juez o jueza de adolescentes infractores que haya tramitado las etapas de instrucción evaluación, preparatoria de juicio y convoke a audiencia de juzgamiento, no podrá sustanciar la fase de juicio ni dictar sentencia. El auto de llamamiento a juicio deberá ser enviado a otro juez especializado en adolescentes infractores para que señale día y hora para audiencia, sustancie el juicio y dicte sentencia (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, Decisión, numeral 2.).

Acciones concretas sobre la especialidad ordenadas por la CCE

En párrafos previos se señaló que la sentencia 9-17-CN/19, además de desarrollar el contenido de los principios de imparcialidad y espe-

cialidad, dispone la realización de diversas acciones concretas para su garantía. El cumplimiento de estas disposiciones corresponde al Consejo de la Judicatura, en su calidad de órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.⁷³

Para el aseguramiento de la imparcialidad, la CCE dictó una serie de reglas relativas a la determinación de las y los jueces competentes para sustanciar la etapa de juicio en los procesos penales juveniles. Cada una de tales reglas debe su formulación a las diversas situaciones que, en materia de cobertura judicial, suceden alrededor del país, en particular, respecto de la disponibilidad de judicaturas competentes en justicia juvenil, así como de Familia, mujer, niñez y adolescencia, y multicompetentes. De esta manera, la CCE resolvió:

2. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 357 del Código de la Niñez y Adolescencia, siempre y cuando la disposición se interprete de este modo:

El juez o juez de adolescentes infractores que haya tramitado las etapas de instrucción, evaluación, preparatoria de juicio y convoke a audiencia de juzgamiento, no podrá sustanciar la fase de juicio ni dictar sentencia. El auto de llamamiento a juicio deberá ser enviado a otro juez especializado en adolescentes infractores para que señale día y hora para audiencia, sustancie el juicio y dicte sentencia.

3. En los lugares donde no sea posible aplicar el precepto anterior, hasta que el Consejo de la Judicatura disponga del número suficiente de juzgadores especializados y garantice de forma progresiva el derecho a ser juzgado por un juez o jueza especializado, se seguirán las siguientes reglas:

a. Las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustanciará un juez o jueza de familia, mujer, niñez y adolescencia, y el juicio lo sustanciará un juez o jueza especializado en adolescentes infractores.

b. En los lugares donde no hubiere juez o jueza especializado en adolescentes infractores, las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustanciará un juez o jueza de familia, mujer y niñez y adolescencia, y el juicio lo sustanciará otro juez o jueza de familia, mujer y niñez y adolescencia.

73 CRE, Art. 178. COFJ, Art. 254.

c. En los cantones que tuvieren jueces o juezas multicompetentes y no hubieren suficientes jueces o juezas de familia, las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustanciará el juez multicompetente y el juicio lo sustanciará un juez de familia, mujer y niñez y adolescencia (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, Decisión, numerales 2 y 3).

De igual manera, por mandato de la CCE, la garantía del derecho de las personas adolescentes a tener una justicia imparcial y especializada ha de efectuarse mediante el diseño y ejecución de un plan para la implementación de la “Administración de Justicia Especializada para adolescentes infractores”, que debe incluir tanto el modelo de justicia especializada como la formación continua y la acreditación a operadores de justicia especializada. Esta importante actividad debe ser cumplida por el Consejo de la Judicatura “en un plazo razonable” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, Decisión, numeral 4).

La *acreditación* de operadores judiciales especializados se refiere a la comprobación objetiva y certificación oficial de sus capacidades en torno a la justicia juvenil, especialmente aquellas elementales que fueron desarrolladas por la CCE en la sentencia. Esto quiere decir que, en un plazo razonable, únicamente operadores judiciales acreditados por el Consejo de la Judicatura podrán actuar en el ámbito de la justicia juvenil.

Así también, uno de los puntos que más debe destacarse de la sentencia 9-17-CN/19 es la obligación del Consejo de la Judicatura de conformar y coordinar una comisión, cuya finalidad será: “promover y consolidar el derecho de los adolescentes a ser juzgados por un juez imparcial y especializado, para la formulación de políticas, implementación de la institucionalidad, revisión de normas sustantivas y procedimentales que fueren necesarias para el cumplimiento de la justicia imparcial y especializada, en los términos de esta sentencia” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 75).

La CCE detalla que la comisión deberá estar integrada por representantes de las siguientes instituciones públicas: Consejo de la Judicatura, Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública, Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, Policía Nacional y Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. Se incluye la opción de convocar, de ser necesario,

al Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública y Secretaría del Deporte (hoy con rango de ministerio).

Así mismo, con base en el principio de corresponsabilidad, la CCE ha señalado que: “las organizaciones de la sociedad civil, con la participación de adolescentes en general y adolescentes privados de la libertad o que se encuentren cumpliendo medidas alternativas, deberán participar en la elaboración y evaluación de los programas de capacitación y en las medidas contempladas en los párrafos anteriores” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 74). Por consiguiente, la CCE ordena que representantes de la sociedad civil integren la comisión de marras, con la participación de adolescentes infractores (Corte Constitucional del Ecuador, 2019c, párr. 76). De igual manera, de ser necesario, se podrá contar con la participación de universidades e institutos tecnológicos, casas de acogida, fundaciones e institutos tecnológicos.

Finalmente, la CCE ordena al Consejo de la Judicatura y a los representantes de la sociedad civil que informen a la Corte sobre la ejecución de la sentencia, cada seis meses.

III. Conclusiones

En términos generales, es positivo constatar que en años recientes la justicia juvenil ha empezado a ubicarse con más frecuencia en la esfera de análisis de la CCE, para el desarrollo de precedentes jurisprudenciales vinculantes. Considero que la importancia de esta labor radica fundamentalmente en que nos encontramos en un ámbito de la administración de justicia ordinaria que debe constreñir a la más mínima expresión el poder punitivo del Estado, puesto que este se ejerce sobre las personas adolescentes, a quienes la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos les otorgan una protección jurídica reforzada.

Entre muchos otros, destaco especialmente dos temas que se han abordado en el presente documento: la definición de las capacidades elementales que debe tener un operador judicial para ser considerado especializado y el reconocimiento de la justicia restaurativa como un paradigma

idóneo para conseguir los fines de la justicia juvenil. Ambas cuestiones han sido adecuadamente desarrolladas por la CCE en sus sentencias, de tal manera que es posible tener mayor claridad en la definición de políticas jurisdiccionales de capacitación y contar con una orientación que permita a las y los operadores judiciales comprender el enfoque que proporciona la justicia restaurativa para el abordaje de los casos en los que intervienen. Evidentemente, son aspectos que deben implementarse gradualmente, ya que en ambos casos el desafío atraviesa incluso la formación de las y los abogados desde las aulas universitarias.

No obstante, también advierto dos temas sobre los cuales debe prestarse especial atención. Me refiero a la inexactitud con la que la CCE aborda la aparente incapacidad de culpabilidad de las personas adolescentes, lo que como he dicho, hace pensar en un Derecho penal de autor, y el intento de edulcoración de las medidas socioeducativas al considerar que estas no son sanciones y, con esto, desestimar sus efectos. En ambos casos, pueden identificarse ciertos rezagos de doctrinas jurídicas ya superadas: por un lado, la doctrina de la situación irregular, que exigía alejar a los niños del Derecho penal, con lo cual el espectro de arbitrariedad era bastante amplio, y por otro, un modelo tutelar en el que el juez, actuando como buen padre de familia, ordenaba la institucionalización de un niño convencido de que era por su bien.

En definitiva, hago votos por que continúen dictándose nuevos pronunciamientos de la CCE en relación con la justicia juvenil, pues la autoridad de sus criterios coadyuva en la consolidación de un sistema de garantías reforzadas destinado a contener el poder punitivo del Estado, en especial en los tiempos que vivimos, en los que cobran más fuerza y se amplifican con mayor frecuencia en los medios masivos los discursos de mano dura, que exigen el relajamiento de garantías y el endurecimiento de las penas, y generan estigmatización sobre los jóvenes marginados.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1985, noviembre 29). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) [Entrevista]. Resolución 40/33.

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989, noviembre 20). Convención sobre los Derechos del Niño [Entrevista]. Resolución 44/25.
- Avila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal* (Primera edición). Ediciones Legales Edele : Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Beccaria, C. (2002). *De los delitos y de las penas* (A. Bonanno, Trad.; 1a. ed.). Editorial Losada S. A.
- Beloff, M. (2001, diciembre). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos. *Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, 3, 9–36.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II
- Comité de los Derechos del Niño. (2003). *Observación General núm. 5 (2003) medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/C/GC/05
- Comité de los Derechos del Niño. (2007). *Observación General núm. 10 (2007) relativa a los derechos del niño en la justicia de menores*. CRC/C/GC/10
- Comité de los Derechos del Niño. (2019). *Observación General núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*. CRC/C/GC/24
- Coral, J. E. (2008). *Juzgamiento de adolescentes infractores: Análisis doctrinario de sus fundamentos* (1a. ed.). Cevallos.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009, mayo 14). Sentencia No. 0001-09-SCN-CC. Caso No. 0002-08-CN.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2012, mayo 17). Sentencia No. 214-12-SEP-CC. Caso No. 1641-10-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013, febrero 6). Sentencia No. 001-13-SCN-CC. Caso No. 0535-12-CN.

- Corte Constitucional del Ecuador. (2014a, enero 29). Sentencia No. 022-14-SEP-CC. *Caso No. 1699-11-EP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2014b, agosto 6). Sentencia No. 114-14-SEP-CC. *Caso No. 1852-11-EP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015, marzo 11). Sentencia No. 064-15-SEP-CC. *Caso No. 331-12-EP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2016, abril 6). Sentencia No. 111-16-SEP-CC. *Caso No. 1105-13-EP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2017, marzo 29). Sentencia No. 87-17-SEP-CC. *Caso No. 0477-15-EP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018, junio 27). Sentencia No. 003-18-PJO-CC. *Caso No. 0775-11-JP*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019a, abril 9). Sentencia No. 5-18-CN/19. *Caso No. 5-18-CN*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019b, abril 23). Sentencia No. 9-15-CN/19. *Caso No. 9-15-CN*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019c, julio 9). Sentencia No. 9-17-CN/19. *Caso No. 9-17-CN*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, julio 22). Sentencia No. 207-11-JH/20. *Caso No. 207-11-JH*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021a, junio 2). Sentencia No. 9-19-CN/21. *Caso No. 9-19-CN*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021b, agosto 18). Sentencia No. 2158-17-EP/21. *Caso No. 2158-17-EP*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999, noviembre 19). Sentencia (fondo). *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, septiembre 2). Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Caso “*Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*”.
- Diario del Derecho. (2020, diciembre 9). *La Junta forma a más de 150 abogados de Huelva en materia de responsabilidad penal del menor*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1205636
- Díaz Cortés, L. M. (2009). *Derecho penal de menores: Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Colombia y en España*. Editorial Temis.
- Ecuador. (2009, marzo 9). Código Orgánico de la Función Judicial [Entrevista]. Registro Oficial Suplemento No. 544.
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (A. Garzón del Camino, Trad.). Siglo Veintiuno Editores.
- García Méndez, E. (1991). Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: Política jurídica y Derechos Humanos en América Latina. En E. García Méndez & M. del C. Bianchi (Eds.), *Ser niño en América Latina: De las necesidades a los derechos*. UN Interregional Crime and Justice Research Institute.
- Guzmán Díaz, C. A. (2012). *Responsabilidad penal del adolescente: Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo*. Grupo Editorial Ibañez.
- Muñoz, D. (2018). Problemas actuales de la justicia penal adolescente y aborda-
jes posibles de la defensa pública especializada. *Revista del M*
- Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la violencia
contra los niños. (2016). *Promover la Justicia Restaurativa Para Niñas, Niños y Adolescentes*. United Nations. <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210583206>
- Ruiz Guzmán, A., Aguirre Castro, P., & Ávila Benavidez, D. (Eds.). (2017). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Seda, E. (2010). El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina. En R. Ávila Santamaría & M. B. Corredores Ledesma (Eds.), *Derechos y garantías*

de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 109–178).

Sposato, K. (2011). *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito.

Tiffer, C., & Llobet, J. (1999). *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica* (1era ed.). UNICEF.

Urcola Tellería, J. L., & Urcola Martiarena, N. (2019). *Gestión de conflictos: Teoría y práctica*. ESIC Editorial.

Zaffaroni, E. R., & Rep, M. (2018). *La cuestión criminal* (1a. ed.). Grupo Ed. Ibáñez.

Breve aproximación a la ciberdelincuencia desde una perspectiva criminológica

Brief approach to cybercrime from a criminological perspective

Pablo D. Punín Tandazo*

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 30 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 11 de enero de 2022

Citación

Punín, P. (2021). *Breve aproximación a la ciberdelincuencia desde una perspectiva criminológica*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (191-230).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.85

Resumen: En el presente artículo se hace una breve aproximación a lo que son la ciberdelincuencia y el ciberdelincuente. También se muestra una clasificación de los ciberdelitos que permite identificar de mejor manera las características de este tipo de criminalidad. Se analizan cuáles son las teorías criminológicas que pueden ser adoptadas para tratar de explicar la ciberdelincuencia y en qué forma se puede presentar el desplazamiento en estos delitos. Por último, se indican algunas de las formas principales de combatir este tipo de criminalidad y la situación de Ecuador en la materia.

La finalidad de este artículo es brindar al lector información necesaria para comprender lo que implica la ciberdelincuencia; y, a partir de ahí,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en el año 2018. Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universitat Pompeu Fabra en el año 2020. Especialista de Patrocinio Penal en la Contraloría General del Estado. Coordinador y miembro fundador del Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal de Ecuador. Docente. Investigador jurídico independiente. Contacto: puninpablo@gmail.com

que pueda profundizar en el estudio de alguno de los temas que de ella se desprenden.

Palabras clave: Ciberdelincuencia, criminología, teorías criminológicas, tecnologías de la información y comunicación, Internet.

Abstract: *This article makes a brief approach to what cybercrime and a cybercriminal are. Also shows a classification of cybercrimes in order to identify in a better way the characteristics of this type of criminality. In the same way, it analyzes which are the criminological theories that can be adopted to explain cybercrime and how displacement can be presented. Finally, some of the main forms to combat this type of criminality are exposed and the situation of Ecuador in this area is analyzed to know if the efforts have been sufficient to reduce the problem.*

The purpose of this article is to provide the reader the necessary information to understand what cybercrime entails and, from there, delve into the study of some issues that stem from it.

Keywords: *Cybercrime, criminology, criminological theories, information and communication technologies, Internet.*

Introducción

El acelerado desarrollo que se ha presentado en las tecnologías de la información y comunicación -en adelante TIC- ha generado la presencia de más usuarios en el ciberespacio y la reducción de la brecha que lo separa del mundo físico. Cada vez son más las conductas y actos ejecutables en el entorno virtual, lo que parece indicar que su objetivo podría ser llegar a convertirse un sitio en el que se pueda realizar todo lo que se puede hacer en la realidad física, sin las limitantes que esta última presenta.

En este sentido, se puede decir que los problemas de la delincuencia no son ajenos a la realidad virtual. La continua expansión del ciberespacio ha derivado en la presencia de conductas consideradas ilícitas. De hecho, mucho de lo que se realiza en este lugar tiene incidencia en el mundo físico,

siendo los ciberdelitos un claro ejemplo. Si se toma en cuenta esto, añadiendo el mayor grado de participación que tendrán los medios tecnológicos dentro de nuestras relaciones interpersonales en un futuro, es lógico comprender que resulte tan necesario el estudio de la ciberdelincuencia.

En el presente artículo se busca hacer una breve aproximación al cibercrimen para quienes estén interesados en conocer más sobre el tema. La idea es otorgar al lector algunos conceptos clave relacionados con este tipo de criminalidad, para posteriormente analizarla desde una perspectiva criminológica que permita comprender de mejor forma las características que la diferencian de la delincuencia tradicional.

Es por esto por lo que en un inicio se analiza el concepto de ciberdelincuencia, para una vez definido, indicar cómo las conductas que se encasillan en ella pueden ser clasificadas. Posteriormente se hace un acercamiento al ciberdelincuente, trayendo a colación algunos estudios de perfilación criminal relacionados con su figura, y se exponen cifras que permiten observar cómo los ciberdelitos tienen una tendencia en aumento.

Desde el campo criminológico se analiza si cabe la aplicación de algunas teorías de la delincuencia en este tipo de criminalidad. Además, se realiza una descomposición del problema referente al desplazamiento en este tipo de delitos. Por último, se describen algunas recomendaciones que se han planteado para combatir al cibercrimen, para luego dar paso a un breve análisis sobre la situación de Ecuador en este campo y conocer si los esfuerzos ejecutados son suficientes para dar un tratamiento efectivo a la problemática.

I. La Ciberdelincuencia

No existe una sola definición sobre ciberdelincuencia aceptada de forma universal; justamente Wall es quién indica que, para lograr definirla, se debe conocer cuál es el impacto que las TIC han tenido en la transformación del mundo (2007). Se señala que este término no es jurídico, sino genérico para describir hechos cometidos contra, o a través, del uso de datos o sistemas informáticos (Yar & Steinmetz, 2019).

Los orígenes de internet se remontan al desarrollo del sistema de alerta temprana e intercepción de bombarderos enemigos desarrollado por el ejército de los EEUU (Yar & Steinmetz, 2019), debido a que se necesitaba coordinación en las estaciones de radar a tiempo real y gran escala. Tras la creación del ARPA², se dispuso la creación de una red de computadoras militares, que permita el flujo ininterrumpido de comunicaciones en territorio norteamericano ante un posible ataque nuclear soviético.

En 1996, Lawrence Roberts fue empleado por ARPA y al año siguiente presentó un proyecto para crear lo que se conocería como ARPANET³ (Paloque - Bergés & Schafer, 2019). El primer nodo de ARPANET fue la computadora central del Centro de Medidas de Red de la Universidad de California, realizando la conexión con el Instituto de Investigación de Standford, enviando el primer mensaje a ese destino. Una vez que se logró comunicar con éxito, se agregaron nuevos nodos que darían origen a la ARPANET inicial (Sain, 2015). El resto es historia.

Se puede decir que la aparición de Internet se erigió como un momento que marcaría el inicio de una forma distinta para acceder a sistemas de información. Hoy en día, resulta muy sencillo encontrar todos los ámbitos del día a día reflejados en la red (Mateos Pascual, 2013). Cyber se utilizó para definir a un nuevo campo emergente que gira en torno a máquinas y sistemas, haciendo referencia en específico a máquinas que pudieran interactuar recíprocamente con sus entornos, llegando incluso a relacionarse con cualquier cosa que implique computadoras y su potencial.

Mientras la sociedad en general daba sus primeros pasos en el ciberespacio, lo hacían también quienes esperan obtener un beneficio ilícito de los nuevos medios que se encontraban a su disposición (Mateos Pascual, 2013). Entonces, esta nueva creación no solamente implicaba avances en lo positivo; sino que, también significó una nueva oportunidad para la delincuencia.

2 Advanced Research Projects Agency (Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados).

3 Así se conoció a la red de computadoras para enviar datos militares y generar conexión entre grupos de investigación estadounidenses. Para más desarrollo véase Arpanet (1969–2019) (Paloque - Bergés & Schafer, 2019)

Así, podemos describir al ciberespacio como un dominio artificial que ha sido construido por personas, el cual se diferencia del espacio físico, y pese a que su historia no sea tan larga como la de la humanidad, puede afectar actividades en otros dominios y viceversa. El ciberespacio no es indiferente al mundo físico, sino que también se encuentra vinculado y apoyado de por medios físicos, como computadoras o redes de electricidad. Además, muchos efectos de lo que se haga en el ciberespacio se palparán en el mundo real. Es por esto por lo que se indica que, si se ataca a esta interconexión, pueden existir repercusiones graves sobre las estrategias de seguridad nacionales e internacionales (Pons Gamón, 2017).

Los términos ciberdelincuencia y cibercrimen suelen utilizarse para referirse a situaciones similares. De hecho, el ciberdelito se asocia a aquellas actividades ilegales que se ejecutan mediante el uso de los actuales sistemas de comunicación e información (Fernández - Rodríguez, Miralles Muñoz, & Millana Cuevas, 2019). La ciberdelincuencia se puede definir como cualquier tipo de actividad ilegal en la que se hace uso de internet, una red privada o pública o un sistema informático doméstico; comprende cualquier acto delictivo que usa ordenadores y redes. Además, incluye delitos tradicionales realizados a través de internet (Reyes Neira, 2015).

Los ciberdelincuentes no tienen un perfil de objetivo diseñado, sino que pueden atacar a personas, entidades públicas o privadas y gobiernos. Todo dependerá del objetivo del ataque. Para Miró (2012) ciberdelincuencia es cualquier delito en el que las Tecnologías de la Información y Comunicación juegan un papel determinante en su concreta comisión. Siguiendo esta línea, podríamos decir que los términos ciberdelincuencia y cibercrimen parecen utilizarse de manera indistinta. En este sentido, los vocablos ciberdelito y cibercrimen se pueden considerar sinónimos.

No obstante, no podemos decir que cualquier ataque a un elemento TIC constituye un cibercrimen, esto resultaría en una generalización imprecisa (Miró, 2012). Por ejemplo, partiendo de lo anterior, no podría ser un cibercrimen destrozarse a golpes una antena que emite señal de internet; mientras que sí lo sería dañar un puerto de acceso de red mediante la utilización de un virus.

Por lo tanto, para no caer en equívocos, podemos decir que la ciberdelincuencia engloba los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías. Es

un concepto que utilizamos para referirnos al conjunto de conductas que vulneran los derechos de terceros y se producen en un campo tecnológico, misma que provocan un rechazo social y, sobre las que interviene el derecho penal (Fernández Bermejo & Martínez Atienza, 2020).

II. Clasificación de los ciberdelitos

Una vez que hemos comprendido el significado de ciberdelincuencia, es necesario también precisar en qué forma se clasifican los denominados ciberdelitos. Al tratarse de un espacio con características totalmente distintas a la realidad física, es evidente que la ciberdelincuencia tampoco será un fenómeno homogéneo.

Resulta sumamente complicado encasillar a los ciberdelitos en una clasificación única, porque existen varias formas distintas de organizarlos. Se puede, por ejemplo, clasificar debido a las víctimas, así como debido a los objetivos esperados por los ofensores. De igual forma, se podrían clasificar teniendo en cuenta los medios utilizados, por la complejidad de su ejecución, o de acuerdo con el tipo de conductas legalmente prohibidas (Trochez Arias, 2020).

Es por esto por lo que, en este punto, es necesario indicar que he considerado que la clasificación de los ciberdelitos más adecuada para fines didácticos, tomando en cuenta su complejidad, es la establecida por el profesor Fernando Miró. Él hace una diferenciación entre 3 categorías de criminalidad en el ciberespacio, contenidas en dos clasificaciones, atendiendo al propósito criminal con el que se actúa y al contexto de incidencia del ciberespacio al que afectan los delitos.

2.1. Primera clasificación

La primera sistematización atiende la incidencia de las TIC en el comportamiento criminal, de ella se desprenden: 1) Ciberataques puros; 2) Ciberataques réplica; y 3) Ciberataques de contenido.

Dentro de la realidad criminológica se ha comprobado que el ciberespacio puede generar conductas delictivas si la única forma de materializarlas es a través de las TIC. En otros casos, el surgimiento del ciberespacio no ha llevado a la creación de nuevas formas de delincuencia, sino más bien, a la adaptación de conductas criminales realizadas en el entorno físico que ahora tienen lugar en el entorno virtual.

Por último, el ciberespacio ha traído a debate el contenido que se maneja en su interior, si se tiene presente que internet es un medio idóneo para la difusión global; por lo que, existirán conductas en las que lo ilícito verse sobre la difusión, o acceso, a cierta información considerada socialmente peligrosa (Wall, 2005). A continuación, se profundizará en cada una de estas subclasificaciones.

1. Ciberataques puros

Tal como ya se ha indicado con anterioridad, la aparición del ciberespacio y las TIC ha generado el surgimiento de nuevos objetos, bienes y servicios con valor económico y social. En relación con ellos, aparecen también nuevas conductas que tienen lugar solamente en internet (Miró, 2012). Se encontrarán muchos comportamientos ilícitos nuevos que se dirigen contra estos servicios, bienes o terminales que se encuentran en el espacio cibernético. Es justamente a este tipo de conductas ilícitas, que surgen del ciberespacio y solamente pueden llevarse a cabo en él, a las que se conoce como ciberataques puros.

De esta forma, podemos decir que son aquellos que solamente deben -y pueden- ser posibles en el ciberespacio. En ellos las TIC constituyen el único medio comisivo de los ataques, en cuánto son medio y objetivo; y, no es posible cometer estas infracciones si no es en este espacio.

Se establece que la problemática más complicada a la que se enfrentan estos ciberdelitos surge de la total novedad de los comportamientos y la consiguiente falta de estrategias preventivas de carácter criminológico frente a ellas (Miró, 2012). Esto tiene mucho sentido si se comprende que, al ser conductas nuevas, merecen un análisis profundo e integral

para plantear algún tipo de tratamiento preventivo, cuestión que requiere tiempo para comprender la conducta de mejor manera y su evolución.

Un ejemplo claro de ciberataque puro es el Hacking. Esta conducta consiste en el acceso ilícito (sin autorización) a sistemas informáticos ajenos para destruir, modificar o tener acceso a datos de empresas o particulares (Giménez Solano, 2011). Esto quiere decir que la persona que comete esta conducta (hacker) intenta romper las barreras informáticas. Esta conducta también implica siempre un acceso realizado a distancia, ya que, el ofensor busca acceder a los datos sin tener algún tipo de contacto físico con el sistema. El Hacking apareció en el mismo momento en el que surgieron los sistemas informáticos y no como una conducta ilícita, sino como una forma de ayudar a la evolución del sistema (Miró, 2012); sin embargo, hoy en día se asocia con mayor fuerza a la criminalidad porque el solo hecho vulnerar un sistema privado pone en riesgo el valor de la información.

Se entiende, entonces, que el Hacking es una conducta que solamente puede realizarse a través del ciberespacio, comprendiendo a este último como el medio para alcanzar los objetivos que se encuentran también en el (datos e información). Siendo, de esta forma, un ciberataque puro.

2. Ciberataques réplica

Así como existen nuevas conductas que surgieron con el ciberespacio, también hay conductas que ya se realizaban en el espacio físico y se adaptaron para encontrar lugar en la realidad virtual. A las nuevas formas de conducta que no existirían si no lo hiciera el ciberespacio, se deben añadir aquellas que son reflejo de las tradicionalmente ejecutadas en el espacio físico.

Se puede decir que el hecho de adaptar conductas tradicionales al ciberespacio implica que dentro de ellas también estén inmersas algunas conductas criminales tradicionales. Estas son las nuevas formas de realización de infracciones tradicionales que tienen las redes telemáticas. Aquí el ataque no se realiza a un terminal informático, ni tampoco es el contenido el objeto de la ilicitud, sino que la red es el medio a través del

cual se comete una infracción que utilizaba anteriormente otros medios para llevarse a cabo (Miró, 2012).

Son ataques llevados a cabo en el ciberespacio, iguales o similares a crímenes que ya se realizaban en el espacio físico. La adaptación de esta conducta al entorno virtual la hace ver como un tipo de conducta con particular singularidad, de forma en la que pareciese que estuviésemos hablando de una conducta nueva, hasta el punto de que, si bien en el espacio territorial podría apenas tener relevancia dañina, esto podría cambiar en el espacio virtual (Miró, 2012).

Se ha determinado que el problema principal que presentan este tipo de delitos es la potenciación del riesgo para los intereses sociales (Miró, 2012), misma que se desprende del nuevo medio, vasto e inmenso como es el ciberespacio, en el que se ejecuta la infracción.

Un ejemplo de ciberataque réplica es el phishing. Este ciberdelito es un tipo de estafa en la que se hace uso de algunas técnicas de ingeniería social para engañar a una persona con el fin de obtener información o algún beneficio de manera ilícita (López Sánchez, 2019). Usualmente se roban datos de identidad personal o de tarjetas de crédito y cuentas bancarias; utilizando la ingeniería social para hacer uso de la identidad personal de otro, falsificando sitios web, buscando que el usuario confíe en la veracidad del mensaje y proceda a entregar los datos.

3. Ciberataques de contenido

El profesor Miró (2012) establece que este grupo de tipologías de cibercriminalidad es una forma concreta de los que hemos denominado ciberataques réplica, pero con particularidades y problemáticas jurídicas tan especiales, que merece ser tratada por separado. Señala que esta clasificación engloba a todas aquellas conductas en las que el centro de la infracción lo constituye el contenido que se comunica o transmite a través de las redes telemáticas.

Hoy en día podemos decir que internet funciona como un medio de edición y comunicación, por lo que, es normal que se cree una preocupa-

ción sobre los contenidos que se manejan en la red, tomando en cuenta la aparición de conductas en las cuales la ilicitud proviene del contenido distribuido por Internet (Miró, 2012).

Un ejemplo de este tipo de ciberataque es la pornografía infantil que se difunde en el ciberespacio. Este delito comprende toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas (Morillas Fernández, 2005); por lo que, se entiende que la ilicitud como tal recae sobre el contenido. Estos ciberdelitos plantean dificultades propias relacionadas tanto con la dificultad de prevenir la mera difusión de contenidos en el ciberespacio, como con la compleja cuestión de atribuir responsabilidad a todos los intervinientes en tal proceso⁴.

2.2. Segunda clasificación

La segunda sistematización que realiza el profesor Miró es teniendo en cuenta el móvil y contexto criminológico. Esto quiere decir que se toma en cuenta el motivo que lleva al ciberofensor a cometer el delito (Miró, 2012). Esta perspectiva criminológica permite comprender que dentro del ciberespacio existen tres categorías de delitos: aquellos cuyo propósito es la obtención de un beneficio patrimonial, aquellos cuyo objeto es una persona individual dentro de los aspectos de su desarrollo personal y aquellos que tienen un objetivo ideológico o político.

1. Cibercriminalidad económica

Se puede decir que esta es la principal categoría de delitos en el ciberespacio. El cibercrimen económico no es solamente el que afecta al patrimonio de las personas o al sistema económico, sino que, también entran en esta categoría aquellos cuyo objetivo sea conseguir un beneficio económico, aunque afecte a otros bienes jurídicos como la intimidad. El cibercriminal económico utiliza las TIC como medio, atendiendo al propósito de obtención de un beneficio patrimonial. Resulta en el apode-

4 Para mayor desarrollo véase: El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio (Miró, 2012).

ramiento de patrimonio ajeno a través de técnicas informáticas (Luciano & Lo Giudice, 2015).

El ejemplo más claro de este tipo de ciberdelitos puede ser el Scam. Se utiliza este término para referirse a los fraudes que se ejecutan a través de la red, sea por correo electrónico o por una página web. Por lo general, los scammers intentan engañar a las personas enviando cadenas por correo electrónico, en las cuales indican que harán una donación benéfica o que obtendrán viajes, vacaciones, dinero, o algo a cambio. Las víctimas ingresan datos bancarios y ahí es en donde los ofensores de este delito ejecutan la estafa (Universidad Veracruzana, 2015). Aquí se evidencia cómo el objetivo principal del ciberdelincuente es obtener un beneficio económico en perjuicio de las víctimas.

2. Cibercriminalidad social

El ciberespacio se ha convertido en un ámbito de comunicación social sumamente importante, en especial por las nuevas generaciones que han nacido en épocas en donde existe la total implantación de las TIC. Las redes sociales e internet se constituyen como un nuevo ámbito de desarrollo personal en el que las personas crean relaciones. Es por esto por lo que se afirma que, todas las esferas personales, al entrar en contacto con los demás, también pueden estar en peligro en el ciberespacio (Miró, 2012). Entonces, podemos decir que este tipo de criminalidad engloba ataques que afectan a las esferas más personales del desarrollo del individuo.

Un ejemplo que se adecúa a la cibercriminalidad social es el acoso por internet o ciberacoso. Esta conducta es la adaptación del acoso tradicional realizado por medio de las tecnologías digitales. Ocurre en redes sociales, plataformas de mensajería, plataformas de juegos y teléfonos. Es un comportamiento repetitivo que busca atemorizar, enfadar o humillar a otras personas (UNICEF, 2021). Estas conductas pueden variar, no existe una sola forma de acosar; por ejemplo, se pueden difundir mentiras o material fotográfico que genere hostigamiento hacia una persona; o, enviar mensajes de amenaza con insultos a través de redes sociales.

Aquí se evidencia que las acciones cometidas por el ofensor causan un detrimento en el ámbito de desarrollo personal de las víctimas, siendo éste el fin último del delito.

3. Cibercriminalidad política

Internet se ha convertido en un instrumento de lucha política e ideológica, puede transmitir información de forma en la que se convierta en una manera de captación ideológica, puede servir para atacar servicios o instituciones estatales y puede ser un medio para comunicaciones entre individuos separados físicamente, pero unidos por un fin político o ideológico (Miró, 2012). Esto quiere decir que existirán ciberdelitos en los que el motivo de la conducta no sea económico ni social, sino político.

Por lo tanto, no se busca obtener un beneficio económico o afectar el ámbito de desarrollo personal de alguien, sino más bien causar daños a infraestructuras u objetivos sensibles, con el propósito de desestabilizar un Estado, una institución o una organización política.

Hay varias formas de manifestación de ciberdelitos políticos. Por ejemplo, en relación con el ciberterrorismo, se define a esta conducta como la posibilidad de usar las TIC para ejecutar ataques premeditados y políticos contra sistemas de información, así como la difusión de sus fines y logros, añadiendo el riesgo o peligro que sufren los intereses individuales de las personas y el daño a la paz social (Brown & Korff, 2009).

Otro ejemplo puede ser el hacktivismo. Los hacktivistas son activistas políticos que usan las herramientas tecnológicas para protestar en Internet. Además, se conoce que los principales motivos de sus actividades son la lucha por una sociedad alternativa relacionada con la libertad de información, la lucha por la democracia y la lucha por una sociedad abierta (Loreto, 2004). Dentro de este último tipo de conductas podrían encasillarse muchos de los ataques realizados por la organización ANONYMOUS.

Estas dos clasificaciones no son excluyentes una de otra, resultan compatibles y complementarias para comprender de forma más amplia el

tipo de ciberdelito ante el que se encuentra. Se podría encasillar un mismo delito dentro de las dos sistematizaciones, atendiendo las características de la conducta.

Por ejemplo, un caso de Hacking, que como ya vimos, es un ciberdelito puro al solamente poder ser cometido a través de las TIC, también puede ser un ciberdelito económico o político, dependiendo del fin con el que se ejecute. Si se ejecuta con el fin de obtener un beneficio económico estaremos ante un ciberdelito puro/económico; mientras que, si se ejecuta con el fin de liberar información para que su acceso sea gratuito y universal, el ataque será encasillado como un ciberdelito puro/político.

III. El ciberdelincuente

Desde una perspectiva criminológica, es necesario estudiar al delincuente para poder implementar una adecuada política preventiva. Identificar perfiles puede ser una técnica eficaz para introducir políticas de seguridad y posterior identificación de los delincuentes (Cámara Arroyo, 2020).

En este sentido, el estudio de determinados tipos de comportamiento asociados a perfiles socioeconómicos concretos ha arrojado algunas conclusiones importantes en el campo de la prevención delictiva. Sin embargo, existe un acuerdo común en que el perfil del ciberdelincuente es muy heterogéneo en cuanto a sus competencias en el medio informático (Cámara Arroyo, 2020). Esto es comprensible si se tiene presente la alta variación que existe en los ciberdelitos y las características que los particularizan.

Esto se dificulta aún más por la facilidad latente en convertirse en un ofensor de este tipo de criminalidad, tomando en cuenta el nivel de desarrollo tecnológico en el que vivimos actualmente. Es decir, cualquiera podría ser un ciberdelincuente.

Esto no quiere decir que no existan estudios orientados a la perfilación del ciberdelincuente. Para tener una idea, según una investigación realizada en la Universidad de Yale para estudiar las características de los ciberdelincuentes, se ha demostrado que las personas que cometen frau-

des informáticos reúnen las siguientes características: 1) la mayoría son hombres de edad media mayor, 2) casados, 3) económicamente estables porque disponen de un puesto fijo de trabajo, 4) tienen un alto nivel de educación, 5) buena consideración de sí mismos, y 6) no se consideran delincuentes (Garrido, Stangeland, & Redondo, 2006).

Tomando en consideración los estudios de tipo criminológico que se han ocupado de estudiar los perfiles de estos delincuentes, se puede decir que poseen unos conocimientos mínimos del medio informático, sin los cuales no podrían acceder a los distintos sistemas (De la Cuesta & Pérez Machío, 2010).

De acuerdo con Mateos (2013), existe un número elevado de estudios que apuntan a que el perfil típico del ciberdelincuente es una persona de sexo masculino, entre 25 y 35 años de edad, y con ciertos conocimientos tecnológicos e informáticos que le posibilitan usar internet como medio para ejecutar sus actividades, aunque vale acotar que la edad de inicio en la ciberdelincuencia es cada vez menor; por lo que, se deben estudiar los móviles causantes de este hecho (González García & Campoy Torrente, 2018).

En concordancia con lo anterior, se indica que la mitad de las bandas dedicadas al cibercrimen están compuestas usualmente por seis o más personas, de las cuales 76% son hombres cuyas edades oscilan entre los 14 (8%) y los 50 años (11%), con una media de 35 años (43%) (Fernández - Rodríguez, Miralles Muñoz, & Millana Cuevas, 2019). En el informe sobre ciberdelincuencia en España del año 2017, se desprende que la cifra total de detenciones o de personas investigadas por las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado fue de 4912, de los cuales 77.04% eran hombres (Ministerio del Interior, 2017).

Hay varios factores pueden explicar la brecha de género en la ciberdelincuencia, al respecto Sergio Cámara establece que los principales son los siguientes: 1) El tipo de socialización primaria que enseña a los hombres y a las mujeres una actitud diferente hacia la tecnología; 2) Diferencias en la capacitación; y, 3) Un sesgo de género en el lenguaje informático. Sin embargo, también menciona que, desde los 90, la presencia de mujeres comenzó a aumentar progresivamente y se hizo más relevante (2020).

Si bien los distintos estudios parecen indicar que el ciberdelincuente se perfila como un hombre joven, con ciertos conocimientos sobre informática o las TIC; es necesario volver a indicar que, por la naturaleza misma de estos delitos y el avance de la tecnología, cualquier persona, sin importar sexo, edad, o cualquier otro rasgo distintivo, podría convertirse en un ciberdelincuente.

Un ciberdelincuente es todo aquel que puede ser acusado de ejercer la ciberdelincuencia. De igual forma, se consideran ciberdelincentes a quienes han logrado adaptar sus comportamientos ilícitos con la tecnología, como puede ser el caso de pederastas, proxenetas, etc. (Fernández - Rodríguez, Miralles Muñoz, & Millana Cuevas, 2019).

En otras palabras, se puede afirmar que, a fin de cuentas, será un ciberdelincuente todo aquel que esté en capacidad de usar las TIC -y efectivamente lo haga- como medio o fin del delito.

IV. La ciberdelincuencia en cifras

Caneppele y Aebi se refieren a la caída de los índices delictivos, en aquellos delitos denominados como “tradicionales” en las sociedades occidentales altamente industrializadas, y la evolución de nuevas formas delictivas, siendo una de ellas el delito cibernético (2017). Entre los argumentos expuestos por los autores se puede evidenciar cómo se intenta relacionar la caída de los delitos tradicionales con la evolución del ciberdelito. De esta forma se crea el debate respecto a si la universalidad de la caída del crimen y las cifras que reflejan menor cantidad de delitos tradicionales, son resultado de nuevas formas de criminalidad; o, un fracaso en la recopilación de datos.

Si bien se llegó a determinar que efectivamente existe una caída del crimen en ciertos delitos, no se puede afirmar de forma sencilla que el aumento del ciberdelito sea el motivo. Efectivamente, existen muchos problemas en la recopilación de datos por parte de la policía, lo que genera un problema en las fuentes estadísticas que reflejan las tasas de criminalidad (Cámara Arroyo, 2020).

Este problema versa sobre la recopilación de datos deriva en una amplia cantidad de cifra negra, siendo esta última la que no permite realizar afirmaciones exactas para determinar causas o motivos de la caída del crimen tradicional ante nuevas formas de delincuencia. No se puede pasar por alto que los delitos cibernéticos han servido para evidenciar la ineficiencia de los métodos policiales de registro de datos. Las nuevas formas de delincuenciales son problemas que deben ser abordados de forma correcta y eficiente por lo organismos de control y persecución del crimen.

No se puede dejar a un lado el crecimiento que ha tenido la ciberdelincuencia ante otros tipos de criminalidad con el pasar de los años. Este tipo de delincuencia es muy atrayente para los ofensores debido a las particularidades que la caracterizan. Una de las singularidades que hacen a las nuevas tecnologías atractivas para los ciberdelincuentes, en especial para cometer ciberataques de diferente tipo, es el efecto masivo que podrían conseguir con sus acciones.

Por ejemplo, con el uso de troyanos en miles de ordenadores se pueden realizar ataques de forma simultánea con consecuencias realmente graves. Además, en estos casos resulta sumamente complicado señalar al autor de los ataques, hay mecanismos y técnicas que permiten camuflar y ocultar la dirección de algunos equipos (Roca, 2014).

Estos elementos intrínsecos a este tipo de delitos son los que derivan en que esta criminalidad ocupe un mayor espacio dentro del espectro social. Si a la dificultad de identificar autores (impunidad), se le añade la posibilidad de obtener resultados masivos fácilmente (objetivo del delito), es lógico que los ofensores busquen adaptar sus conductas a este nuevo tipo de criminalidad. El delincuente se encuentra ante menores riesgos y mayores beneficios.

Este decantamiento, que se presume pueden tener los ofensores respecto a este tipo de criminalidad, ya es palpable en algunas cifras. En el año 2015 en España, por ejemplo, fueron registrados 81 307 delitos, de los cuales 74.4% se relacionaron con fraudes informáticos (estafas), mientras que 13.9 % se vincularon con amenazas y coacciones (2017). El fraude informático es el principal delito cometido en la actualidad en

el contexto español, seguido de las amenazas y coacciones, y la falsificación informática (Pons Gamón, 2017).

Según indica el Ministerio del Interior (2019), en el 2019 se denunciaron 218.302 delitos cometidos en internet, lo que representa un 35,8% más que en el año 2018, en el que fueron 160.729, y prácticamente el doble de los 117.399 registrados en 2017. Además, se señala que los ciberdelitos ya representan el 10% de las infracciones penales conocidas en ese año, mientras que tres años antes solamente eran el 4,6% de toda la delincuencia (López - Fonseca, 2020).

En la misma línea, una evaluación de la INTERPOL relacionada con los efectos del COVID 19 en la ciberdelincuencia, manifiesta la extensión que ha tenido esta criminalidad. Se indica que en un solo cuatrimestre -entre enero y abril de 2020- un socio de INTERPOL del sector privado detectó 907 000 correos basura, 737 incidentes de tipo malware y 48 000 URL maliciosas (2020). Además, según el informe de Riesgo Globales 2020 del Foro Económico Mundial, el riesgo de ciberataques dirigidos a la infraestructura crítica, fraude o robo de datos, están entre los 10 principales riesgos con mayores posibilidades de ocurrir (BID & OEA, 2020).

En Colombia, entre enero y junio de 2020, se registraron 17. 211 denuncias (6.340 más que el primer semestre del 2019); y, también existieron 2. 103 casos de suplantación de sitios web, convirtiéndose en un delito que aumentó en 364% (PORTAFOLIO, 2020).

En Ecuador, de enero hasta mayo del 2021, se denunciaron 606 casos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos en la Fiscalía a nivel nacional; mientras que, en el 2020 se registraron 682 casos y en 2019 un total de 828. Según las denuncias presentadas en Fiscalía, en el 2017 se registraron 9421 casos relacionados a delitos informáticos, en 2018 subieron a 9571 y en 2019 a 10 279 (El Universo, 2021).

Por lo tanto, resulta evidente afirmar que la ciberdelincuencia es un tipo de criminalidad que está expandiéndose dentro del espectro social. La tendencia global existente indica un aumento en las tasas de denuncias relacionadas con los ciberdelitos. Es de esperarse que las cifras au-

menten con el pasar del tiempo debido a que las nuevas tecnologías de la información cada vez ocupan más lugares y la brecha con el espacio físico se reduce.

Esta tendencia al aumento también responde, como se mencionó antes, a las facilidades que brinda este tipo de criminalidad a los ofensores. Una criminalidad con bajos riesgos y altos beneficios siempre resultará más atrayente que aquella que conlleva un nivel de dificultad mayor en la ejecución.

Por lo que, si bien no se puede afirmar que la caída del crimen tradicional se debe únicamente al surgimiento de la cibercriminalidad, tampoco podemos negar que sí ha tenido incidencia al respecto.

V. Teorías criminológicas en la ciberdelincuencia

A lo largo de la historia han existido varios estudios dedicados a la comprensión de la delincuencia, con el fin de obtener respuestas que expliquen estas conductas. El estudio de este campo social ha dado como resultado el planteamiento de teorías direccionadas a explicar sus razones de ser.

Resulta necesario indicar en este punto que no existe una concordancia respecto a cuál es la teoría que explica como tal la delincuencia, así como tampoco hay quien diga que la ha encontrado. Lo que sí hay, por otra parte, son teorías que permiten comprender de mejor forma este fenómeno social, tomadas desde perspectivas distintas, aunque no necesariamente excluyentes.

Al ser un nuevo campo o espacio para la materialización de conductas criminales, la cibercriminalidad también merece un tratamiento que pueda explicarla. Es aquí en donde algunas veces se ha cuestionado si, quizás, las teorías relacionadas con la delincuencia tradicional podrían servir, de cierto modo, para explicar la ciberdelincuencia. Es justamente esto lo que trataremos en este punto. A continuación, se explicará cómo

algunas teorías de la delincuencia tradicional podrían también utilizarse para comprender la ciberdelincuencia.

5.1. Teoría de la frustración o tensión

Entre los principales defensores de esta teoría encontramos a Agnew, quién desarrolló a profundidad el concepto de anomia planteado por Durkheim y Merton. Justamente, para este último la conducta delictiva es una reacción esperada a las contradicciones de las estructuras sociales, mismas que ejercen una presión definida sobre sus miembros para que adopten comportamientos disconformes; advirtiendo entonces que, la conducta delictiva, es la reacción normal: un modo de adaptación individual a las contradicciones de la estructura social (Merton, 1968).

Es decir, Merton establece que existe un desajuste entre los fines establecidos culturalmente por la sociedad (un trabajo, una casa, educación de calidad, un auto, etc) y los medios lícitos para obtenerlos. Este desajuste puede entenderse como la “anomia”. Esta anomia conlleva reacciones para la persona que no puede alcanzar los fines socialmente establecidos, siendo una de ellas la frustración.

Cuando nos frustramos tendemos a buscar una solución a la situación. Dependiendo de cómo se adapte la gente a la situación de anomia, una posible respuesta, y mayoritaria debido a la imposibilidad de acceder a medios lícitos por la estructura social, será la delincuencia (Merton, 1968).

Agnew, por otro lado, define como frustración a las relaciones negativas con otros. Es decir, relaciones en las que la persona no recibe el trato que le gustaría recibir (Tejión Alcalá, 2019). El autor hace la clasificación de las fuentes de la frustración en tres tipos ideales que engloban las situaciones de tensión, siendo estos: 1) Impedir al sujeto alcanzar objetivos valorados positivamente, 2) Retirar estímulos valorados positivamente, o 3) Exponer al sujeto a estímulos valorados como negativos o nocivos.

Al ser un nuevo sitio, el cuál carece de muchas limitaciones existentes en el espacio físico, este podría servir como una vía de escape o supe-

ración de las tensiones a las cuáles se enfrenta la persona, referidas por Agnew. Por lo tanto, el ciberespacio reduce los medios de control social y se erige como un sitio en el que las personas pueden desatar libremente la frustración que viven en la vida real.

De Floor Jansen y Van Lenthe (*Cybercrimne Through an Interdisciplinary Lens*, 2016) se desprende que la teoría de la frustración es la más usada por los académicos para examinar el acoso cibernético y cyberbullying, partiendo de que el entorno virtual permite a las personas desahogar fácilmente su ira y frustración, siendo muchas veces dirigido contra otras personas o usuarios de la red.

5.2. Teoría del aprendizaje social y la asociación diferencial

El máximo expositor de esta teoría es Sutherland, quien sostiene que los sujetos han llegado a aprender a ser criminales por una serie de técnicas transmitidas culturalmente, principalmente por el empoderamiento que adquiere el crimen en determinados grupos, donde se consolida dicha actividad y se refuerza para continuar haciéndola (Hikal, 2017).

Esta teoría plantea que el delito es causado por la adquisición de conocimientos relativos a la forma en la que se cometen actividades delictivas y la suma de definiciones favorables a su cometimiento, acompañada de la menor presencia de definiciones desfavorables (Matsueda, 1988).

Esto quiere decir que si una persona se encuentra o convive en un ambiente en el que la percepción del acto delictivo no es negativa, sino positiva, será más propensa a internalizar esta percepción; y, sumando el aprendizaje de técnicas o formas en las que se puede materializar dicho acto, el resultado será una persona con altas probabilidades de cometer un delito.

Dentro del estudio de la teoría del aprendizaje social, se ha mencionado que se trata de una teoría que puede ser aplicada efectivamente en relación con el ciberdelito. Varios estudios han demostrado la existencia de relación de pares delincuentes, definiciones favorables y aprendizaje de técnicas delictivas (Teji3n Alcal3, 2019).

Un ejemplo de esto puede ser el hacking. Este ciberdelito puede aprenderse de manera sencilla en internet; además, existen portales dedicados a facilitar información respecto a este tipo de procesos. El grupo de hackers, al relacionarse con sus pares, suma una carga de definiciones favorables al cometimiento de delitos. La combinación de estos dos elementos, a mi opinión, pueden derivar en la materialización de un delito como este.

5.3. Teoría del autocontrol o control social

Las teorías del control sostienen que los individuos se involucran en el delito por la naturaleza humana y las recompensas que puede dar su materialización, sean económicas o emocionales. De esta manera, lo que separa a los delincuentes y a quienes no lo son, es el autocontrol, brindado por cualquier vínculo social (Hirschi, 2003). Es decir, quienes tienen un nivel de autocontrol más bajo, delinquirán más fácilmente. Desde esta teoría se habla de impulsividad y baja capacidad de analizar el coste-beneficio en el tiempo; por lo que, estos elementos pertenecientes al bajo autocontrol conducen al delito.

Hirschi y Gottfredson (1990) establecen que los delincuentes tienen características en común, siendo estas: a) Actitud impulsiva, b) Insensibilidad y c) Poca consideración a futuro. De esta manera, se puede decir que, desde esta teoría, los delincuentes actúan de forma imprevista e impulsiva, sin tomar en consideración cuáles serán los costos de sus actos a futuro.

Colocando esta teoría en aplicación con el cibercrimen, se indica que el surgimiento de las nuevas tecnologías de la comunicación puede contribuir a la destrucción de vínculos sociales tradicionales, si se toma en cuenta la expansión de la globalización y las interconexiones, lo que significa menos capacidad de comunicación real. De esta forma, Internet, al ser un espacio en el que la velocidad de obtención de información o recompensas es mucho mayor que en el mundo físico, podría debilitar la capacidad de autocontrol de las personas (Cámara Arroyo, 2020).

5.4. Teoría de las actividades rutinarias

Según la teoría de las actividades rutinarias hay tres elementos que favorecen la probabilidad de ser víctima de un delito: 1) Delincuente motivado, 2) Víctima propicia y, 3) Ausencia de guardianes capaces de evitar el delito (Rodríguez, Oduber, & Mora, 2017).

Nuestras actividades diarias nos posicionan en momentos y espacios en los que somos o más, o menos, propicios a ser víctimas de algún delito. Es por esto por lo que en esta teoría promovida por Cohen y Felson, se indica que la convergencia de los tres elementos mencionados con anterioridad puede generar la oportunidad perfecta para que el ofensor ejecute el acto ilícito (Summers & Rossmo, 2015).

Ya hemos analizado las facilidades que brinda el ciberespacio a los ofensores con relación a la impunidad y los beneficios masivos que puede obtener del ciberdelito; por lo que, es evidente que existirá mayor motivación en los delincuentes en realizar este tipo de delitos antes que delitos tradicionales.

Respecto al segundo y tercer elemento es necesario traer a colación lo mencionado a lo largo de este artículo, el uso de las TIC y los medios informáticos ha llegado a un nivel mundial, cada vez existen más usuarios de internet y el ciberespacio. De esta forma, al tener un crecimiento exponencial, resulta también claro que la cantidad de personas que pueden ser víctimas de un ciberdelito aumente.

Si a esto se le añade la complejidad existente en crear brechas de seguridad efectivas, o medios de vigilancia eficaces ante la prevención de los ciberdelitos, debido a la constante evolución y desarrollo del espacio virtual, el resultado será el surgimiento de más víctimas propicias para la ejecución del ciberdelito ante la ausencia de guardianes capaces de prevenirlo o evitarlo.

5.5. Teoría de las subculturas delictivas

Esta teoría, expuesta por Cohen, se relaciona en cierta medida con la teoría de la anomia de Merton, misma a la que se hizo referencia dentro

de la teoría de la frustración. Debemos recordar que Merton hacía referencia solamente a objetivos de carácter económico o material como causantes de la frustración. Cohen, por otro lado, establece que los jóvenes, sobre todo los que pertenecen a clases sociales bajas, pueden ver otros objetivos como el estatus social de clase media y el reconocimiento social; siendo la falta de oportunidades para conseguir reconocimiento social, o lograr un status, lo que puede llevar a que las personas comenten conductas antisociales (Tejión Alcalá, 2019).

Cohen incluso sugiere que algunos jóvenes conocen desde edades tempranas que no van a alcanzar cierto éxito económico ni un status social determinado y, por lo tanto, no alcanzarán aprobación o reconocimiento social. Es por esto por lo que es posible que estos jóvenes se planteen objetivos y valores distintos a los que han sido impuestos socialmente. Estos objetivos o valores nuevos pueden contribuir a la aparición de una nueva subcultura.

Esta subcultura nueva tendrá valores oponibles a los establecidos por los individuos de la cultura dominante porque son valores que les han sido negados, y porque los miembros de esta nueva subcultura responsabilizan a estos sujetos de su fracaso económico y social (Tejión Alcalá, 2019). Dentro de esta teoría se considera que muchos de los delitos que aparentemente carecen de motivación son dirigidos contra la fuente de su frustración, sea para identificarse con su nueva cultura, o como forma de venganza.

En consideración a la ciberdelincuencia, se puede afirmar que Internet facilita el contacto, diálogo y acercamiento entre personas. Resulta más sencillo encontrar pares a ideas y valores distintos y, así, crear subculturas. Al reconocer que el ciberespacio también puede ser un lugar propicio para el contacto interpersonal y la creación de redes de diálogo, incluso mejor que el mundo físico por la ausencia de barreras, es claro que existirá un mayor intercambio de valores y costumbres que generan el surgimiento de nuevas subculturas con principios propios.

Los grupos hacktivistas internalizan valores e ideas en común, mismas que luego se traducen en principios de acción. Por lo general, los prin-

cipios del hacktivismo, como vimos, van dirigidos al desarrollo de una sociedad con libre información; sin embargo, la cultura dominante tiene claro que, si bien existe el acceso a la información, no toda la información puede estar disponible para cualquiera.

En el ejemplo se evidencia la colisión de valores entre una subcultura y la cultura dominante. Será el nivel de internalización de los valores lo que definirá el accionar de la persona. Es decir, si la persona tiene un nivel de creencia elevado en los valores de la subcultura, o simplemente cree más en los valores de la subcultura que en los de la cultura dominante, en este caso una sociedad con libertad de información no tendrá reparo en ejecutar las acciones que considere necesarias para precautelar los valores en los que cree, pese a que sus actos puedan causar un detrimento, o irse contra los valores establecidos por la cultura dominante.

5.6. Técnicas de neutralización

Las técnicas de neutralización sirven para explicar cómo una persona puede llegar a delinquir mediante la negación del orden social dominante y sus reglas. Surgen como una crítica a la teoría anterior.

Aquí se indica que las dificultades de visualizar al comportamiento delictivo como el fruto de un conjunto de valores y normas desviadas, son de carácter empírico y teórico. Si existe una subcultura delictiva en función de la cual el delincuente considera su comportamiento ilegal como algo correcto moralmente, se debería suponer que el delincuente no debería mostrar sentimientos de culpa; sin embargo, ya existen varios estudios que demuestran que muchos delincuentes si experimentan un sentimiento de culpa o de vergüenza (Sykes & Matza, 2008).

Los defensores de esta teoría indican que esto significa que es sumamente difícil negar completamente la validez de las demandas de conformidad y sustituirlas por un nuevo sistema de normas. Por lo que, consideran que la postura teórica que manifiesta que tanto la delincuencia juvenil, como el comportamiento de obediencia a la ley, se basan en nor-

mas y valores de una subcultura delictiva y la sociedad en su conjunto, genera muchas dudas (Sykes & Matza, 1957).

Estos mismos autores indican que el delincuente no está en una especie de oposición total con la sociedad que cumple la ley, sino que, lo que los lleva efectivamente a cometer delitos que afectan los valores de la sociedad general es la neutralización momentánea del orden establecido, mediante la justificación de los actos ilícitos (Sykes & Matza, 2008). Las técnicas de neutralización consisten en formas en las cuáles las personas justifican su comportamiento delictivo.

Los autores han clasificado las técnicas de neutralización en 5 tipos: 1) Negación de la responsabilidad, 2) Negación del daño, 3) Negación de la víctima, 4) La condena a quien condena y, 5) Apelación a lealtades superiores (Sykes & Matza, 2008).

- La primera hace referencia a que el delincuente no se considera responsable del acto ilícito, se concibe a sí mismo como alguien impulsado por factores externos inevitablemente a cometer el delito, por lo que, la responsabilidad no debe recaer sobre él.
- En la segunda categoría se establece que para el ofensor la maldad de un acto dependerá de si alguien sufrió o no un daño por su conducta, cuestión que está sujeta a interpretación. Es decir, un delincuente puede considerar que un acto de vandalismo es una travesura, que el robo es un préstamo o que las peleas son un simple acuerdo.
- La tercera técnica indica que incluso si el ofensor acepta la responsabilidad de sus actos y admite que causó un daño, el reproche moral se puede neutralizar al considerar el daño no es un mal sino, quizás, algo merecido por quien lo recibe.
- La cuarta neutralización consiste en trasladar el foco de atención de los actos del ofensor al comportamiento de quienes desapruban su conducta. Aquí el delincuente alega que quienes lo juzgan

son hipócritas al ser personas que también cometen actos desviados de alguna forma.

- Por último, la quinta técnica hace referencia a que el control social puede ser neutralizado mediante el sacrificio de las demandas de la mayoría ante las demandas de grupos más pequeños a los que pertenece el delincuente. Esto significa que el incumplimiento de ciertas reglas puede surgir por el sentimiento de lealtad superior hacia otras normas con las que se identifica el ofensor⁵.

Considero que todas las técnicas de neutralización pueden ser utilizadas en el ciberespacio, todo dependerá del enfoque analítico que se le dé a cada caso en concreto. Para ejemplificarlo de forma clara, tomaré solamente una de ellas.

En un caso de ciberacoso, el delincuente sin duda alguna tiene conocimiento de la ilicitud de su conducta, pero esto no quiere decir que va a dejar de hacerlo. Si el ciberacoso se realiza sobre una persona que ha causado algún tipo de daño al ofensor, supongamos un antiguo bravucón de su escuela, un posible argumento del ofensor para justificar su conducta podría ser “este tipo lo merece, durante mucho tiempo abusó de mí”, por lo que, estaría negando la calidad de víctima de la persona a quién está acosando, tratando de forzar una lógica que da a entender que merece el daño que le sucede.

VI. Tipos de desplazamiento en la ciberdelincuencia

Para conocer cuáles son los tipos de desplazamiento que pueden presentarse en la cibercriminalidad, considero necesario explicar lo que significa el desplazamiento y los tipos existentes en primer lugar. Este problema criminológico tiene relación con la oportunidad delictiva y la prevención situacional. Al buscar un mecanismo de prevención, dirigido a reducir o eliminar la oportunidad efectiva para que el delincuente realice la ofensa, puede presentarse el desplazamiento.

5 Para mayor desarrollo véase: Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia (Sykes & Matza, Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia, 2008).

Este último consiste en que puede darse el caso de que, al reducirse las oportunidades delictivas en un lugar o a un tipo de delitos, también la atención de los delincuentes se dirija hacia otros lugares o tipos de delitos (Serrano Maíllo A., 2017), es decir, que adecúan su conducta para poder materializar el delito con distintas condiciones. Justamente, el profesor Alfonso Serrano Maíllo señala que la doctrina contempla las siguientes posibilidades de desplazamiento:

- a. Temporal: el delito se pospone para otro momento que se considere menos peligroso.
- b. Espacial: el delito que se tenía pensado cometer, se lleva a cabo en otro lugar en que sea más sencillo realizarlo sin ser detectado.
- c. Táctico: cometer el mismo delito, pero de forma diferente.
- d. De objetivo: se busca un objeto que sea más sencillo de victimizar.
- e. De tipo de delito: se comete en un delito distinto del que se tenía pensado en un primer momento.
- f. Desplazamiento del ofensor: cuando un nuevo delincuente sustituye al que ha sido detenido o ha desistido de su delito (Teoría criminológica: la explicación del delito en la sociedad contemporánea, 2017)

De este listado corresponde ahora hacer un análisis sobre qué formas de desplazamiento pueden ser observados en la ciberdelincuencia. El primer tipo de desplazamiento que se puede aplicar en la ciberdelincuencia es el de objetivo, mismo que puede darse con amplia facilidad en el entorno virtual. Al elegir un objetivo e intentar acceder a su información, por ejemplo, puede darse que se encuentre protegido a un nivel muy alto, o haya tomado acciones que puedan imposibilitar el cometimiento del delito. El ofensor podrá buscar en la red otros objetivos menos preparados para el ataque con mucha facilidad al existir tantos usuarios.

Por otro lado, un segundo tipo de desplazamiento aplicable al ciberdelito es el táctico. El ofensor puede variar la técnica de materialización

dependiendo de lo que llegue a necesitar en relación con las vulnerabilidades en software y hardware (Jansen & Van Lenthe, 2016), debido a la complejidad que cada una implique.

El desplazamiento temporal también es aplicable a la ciberdelincuencia. Su relevancia es prácticamente nula al entender que el cibercrimen no se enfrenta a barreras espaciales ni temporales (Jansen & Van Lenthe, 2016), dejando a su aplicación casos extraordinarios. Mientras que, el desplazamiento de tipo de delito si se aplica de forma más común en la ciberdelincuencia, permitiendo un cambio entre un delito cibernético a otro, o de un delito cibernético a un delito en el entorno físico.

El desplazamiento espacial también puede aplicarse al cibercrimen, pero debe cambiar sus conceptualizaciones. Como se mencionó anteriormente, el ciberespacio no tiene límites espaciales, por lo que aquí se debería distinguir a los “espacios en línea” (Jansen & Van Lenthe, 2016). A manera de ejemplo, puede entenderse como un espacio en línea a un foro online.

Para finalizar, el desplazamiento del ofensor tiene total cabida en el cibercrimen. Se debe entender que la red facilita el anonimato de las personas (por ende, también de ofensores), por lo que, muchos delitos cibernéticos son realizados por personas distintas, dando continuación a actividades delictivas ya iniciadas por alguien más. Un ejemplo se da con los ataques spam, en los que los patrocinadores pueden cambiar a otros spammers si los que contrataron son atrapados.

De esta manera, se evidencia que los diferentes tipos de desplazamiento pueden llegar a aplicarse en el cibercrimen; algunos con adaptaciones, otros con los mismos elementos del entorno físico, y otros en mucha menor medida, como es el caso del desplazamiento temporal.

VII. ¿Cómo combatir la ciberdelincuencia?

Tal como hemos podido observar a lo largo de este artículo, hay algunos puntos en común en los que convergen quienes se han dedicado a estudiar la ciberdelincuencia. Sobre todo, respecto a lo atrayente que

es este tipo de criminalidad por la facilidad con la que hoy se pueden realizar este tipo de ataques⁶, los bajos niveles de riesgo que conlleva y los beneficios cuantiosos que se pueden obtener sin requerir del mismo esfuerzo que se necesita en el espacio físico.

Así mismo, el ciberespacio se ha convertido en el lugar idóneo para obtener datos e información de todo tipo de cualquier persona, organización, institución o Estado. Esto es resultado de la globalización de la información y el avance de las nuevas tecnologías como herramienta para establecer comunicaciones y conexiones libres.

Frente a este contexto, los países se han centrado principalmente por mejorar e implementar medidas de seguridad informáticas como la protección a datos públicos, especialmente por la afectación a sus instituciones estatales⁷. El acelerado crecimiento de las redes criminales y la sofisticación de los ciberataques han llevado a que los Estados soliciten asesoría privada para la implementación de políticas públicas y programas de seguridad (Ochoa Marcillo, 2021).

Según el Índice de Ciberseguridad Global que mide indicadores basados en los niveles de seguridad y protección de datos públicos y privados de varios países del mundo en una escala de 0 a 1. Los países que lideran este ranking son Reino Unido (0.93), Estados Unidos (0.92) y Francia (0.91). En relación con Latinoamérica, Uruguay ocupa la posición 51 con 0.68 puntos, México posición 63 con 0.62, Paraguay posición 66 con 0.60, mientras que Ecuador en la posición 98 con 0.36 puntos (ITU, 2017).

Uno de los conceptos que han surgido para encasillar a varias estrategias direccionadas a combatir la ciberdelincuencia es la gobernanza de

6 Me refiero a la facilidad con la que se puede cometer un ciberdelito que su naturaleza misma no implique el conocimiento de técnicas informáticas de vulneración más complicadas. Por ejemplo: cualquiera de nosotros puede ser un ciber acosador solamente con crearse una red social.

7 Un ejemplo de esto puede ser el reciente ataque que se dio contra la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, en el cual existía mucha confusión respecto al tipo de vulneración que sufrió la institución, pero se hablaba de la sustracción de información relacionada con datos personales de los usuarios.

la ciberseguridad. En ella se propone la instauración de una cultura de ciberseguridad que se someta a principios éticos y responsables en el tratamiento de la información y la comunicación, mismos que deben tener alcance en todos los actores sociales e instituciones (Mehan, 2014).

Para alcanzar la gobernanza de la ciberseguridad se necesita de un conjunto de políticas integrales y coherentes que deriven en una mejor forma de organización. Así existirá más probabilidad de anticiparse a futuros riesgos, aunque es necesario advertir que el factor de vulnerabilidad siempre estará presente por la constante evolución y avance de la tecnología (Ochoa Marcillo, 2021).

En la misma línea, Fernando Miró ha dado algunas recomendaciones para reducir los riesgos de ser víctimas de ciberdelitos. Estas indicaciones están dirigidas al ámbito preventivo en su mayoría.

En primer lugar, indica que se deben identificar zonas de riesgo. Esto se logra mediante campañas de información sobre riesgos, avisos en red de infección de spam, sistemas de listas blancas y negras de webs y spam, entre otros. Señala también que se deben separar los objetivos, cuestión que puede conseguirse creando subredes de seguridad o separando la información. En el mismo sentido, también resulta efectivo ocultar los objetivos, cuestión que se puede realizar mediante encriptación, evitar el uso de datos personales en la red, o mejorar los niveles de protección de los canales de pago online (Miró, 2012).

El autor también señala que es importante descontaminar constantemente las máquinas con las que trabajamos y en las que almacenamos información, ya que, es más probable la presencia de virus mientras menos desinfección se haga; para esto se necesita también un buen sistema de detección de intrusos como herramientas antisпам, antivirus, etc. En relación con lo último, se debe controlar el acceso al sistema, es decir, limitar quienes puede acceder a lo que se busca proteger, cuestión que se puede alcanzar, por ejemplo, mediante el uso de claves y su renovación continua (El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, 2012).

Entre las acciones que pueden permitir la prevención del cibercrimen, pero al mismo tiempo pueden servir para perseguirlo, encontramos en primer lugar que se debería aumentar el número de guardianes, esto no quiere decir que se aumente la cantidad de personas que están cuidando la información, sino que se implementen guardianes virtuales, por ejemplo: moderadores de foros, sistemas echelon, enfopol, carnivore, etc. En este mismo sentido, también se debería reforzar la vigilancia formal a través de equipos especializados de persecución del cibercrimen o grupos encargados de identificar el ciberdelito y darle seguimiento (Miró, 2012).

Por último, la mayor recomendación es el establecimiento de reglas internacionales, acompañado de canales de cooperación que permitan más celeridad y eficacia en el combate al cibercrimen⁸. Al tratarse de un fenómeno transnacional, que puede ejecutar desde cualquier parte del mundo sin la necesidad de estar presente en el espacio físico en donde se encuentra el objetivo, la ciberdelincuencia se beneficia del trato diferenciado que da la legislación interna de cada país al problema.

Al no existir una forma concreta de combatirlo, o incluso al existir realidades en donde ni siquiera se da un tratamiento a esta criminalidad, las normas pueden convertirse en un límite y, por ende, obstáculo en la lucha contra el ciberdelito. La armonización internacional del derecho en este ámbito libera la posibilidad de unir esfuerzos para que las soluciones que se pretendan ejecutar también sean globales.

VIII. Esfuerzos de Ecuador ante la ciberdelincuencia

Desde el aspecto preventivo, en Ecuador se propuso la Estrategia Nacional de Ciberseguridad, trabajando juntamente con el Banco Interamericano de Desarrollo y la consultora NRD Cyber Security, bajo directrices y coordinación del Ministerio de Telecomunicaciones; sin embargo, no hay más información al respecto.

8 Para más desarrollo véase: Prevención y solución de conflictos internacionales de jurisdicción en materia de ciberdelincuencia (Flores Prada, 2015) & La ciberdelincuencia (Cordero Ruiz, 2021).

El objetivo planteado en esta estrategia es establecer líneas de acción en cuanto a la ciberseguridad en coordinación con sectores públicos, privados, academia y sociedad civil para fortalecer la seguridad y gestionar los riesgos del ciberespacio de forma integral (MINTEL, 2018).

Con esta iniciativa se busca gestionar la infraestructura de la información, analizar el marco legal penal ecuatoriano, la cooperación internacional, la formación y capacitación y la institucionalidad de la ciberseguridad. Entre los principales programas están la seguridad de información y uso responsable de las TIC, economía digital, tecnologías emergentes, fortalecimiento de la inclusión digital y la protección de datos.

Se creó el Centro de Respuesta a Incidentes Informáticos del Ecuador (EcuCERT) con la misión de brindar apoyo para prevenir y resolver incidentes en materia de seguridad informática. El resultado esperado es la masificación del uso seguro de internet, las TIC y los sistemas de telecomunicación. Este centro está direccionado a seguir las posibles amenazas y vulnerabilidades a las redes informáticas del Ecuador (ARCOTEL, 2021).

Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, se introdujeron nuevos tipos penales relacionados con la ciberdelincuencia. En esta normativa se reflejan 15 artículos referentes al delito informático, por ejemplo: art. 103: pornografía con utilización de niños, niñas y adolescentes; y, art. 190: apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

Con relación a ciberataques puros, el COIP contempla 5 tipos penales: revelación ilegal de base de datos, interceptación ilegal de datos, transferencia electrónica de activo patrimonial, ataque a la integridad de sistemas informáticos y acceso no consentido a un sistema informático⁹.

En el mismo sentido, el 26 de mayo de 2021 se publicó la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales con el fin de que esta normativa permita una mejor protección en este campo. La ley contempla un régimen

9 Véase los artículos 229, 230, 231, 232 y 234 del Código Orgánico Integral Penal respectivamente. La redacción de estos tipos penales previene la única posibilidad de que se materialicen en el ciberespacio.

sancionatorio para algunas conductas que puedan llegar a afectar el tratamiento de datos personales (Naranjo & Subía, 2021). Habrá que ver si la tipificación de este tipo de conductas influye sobre los ofensores en relación con la prevención, ante lo cual la literatura pone resistencia con bases empíricas. Sobre todo, si se toma en cuenta la transnacionalidad de estos delitos y las altas probabilidades de impunidad (Kemp, 2021).

En este punto resulta adecuado mencionar que Ecuador se ubicó en el puesto 8 del ranking global 2018 de phishing y tiene un nivel bajo en ciberseguridad (0,367 puntaje IGC) (Ochoa Marcillo, 2021). Las capacitaciones sobre ciberseguridad se han llevado a cabo mayormente por el sector privado, cuándo esto debería ser una iniciativa estatal para facilitar la ciberprotección en todos los niveles.

Los efectos de las estrategias y planes estructurados no son visibles debido a que no existe información respecto a su ejecución. Sin embargo, e puede decir que el trabajo de las agencias encargadas de atender las emergencias relacionadas con ciberseguridad no ha sido efectivo si tomamos en cuenta que los ciberdelitos tienen más espacio en nuestra realidad cada año¹⁰.

La misma lógica anterior puede ser aplicada para los efectos que se han derivado de la tipificación de nuevas conductas relacionadas con el ciberespacio. Es decir, la creación de nuevos delitos en el código penal tampoco ha surtido efectos que reduzcan la presencia de esta criminalidad; sino que, la tendencia ha ido al aumento.

Para finalizar, es importante indicar que Ecuador no forma parte del convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, ni de ningún otro instrumento internacional relacionado con la materia. La importancia de la armonización del derecho a nivel internacional en este ámbito y el establecimiento de relaciones de cooperación resultan fundamentales para lograr crear estrategias eficaces que, de alguna forma, permitan combatir la ciberdelincuencia. Por lo tanto, es urgente aumentar los esfuerzos y establecer vínculos de cooperación.

10 Esto puede observarse en el apartado “La ciberdelincuencia en cifras”.

IX. Conclusiones

Es evidente el desarrollo de la tecnología y todo lo que ella representa dentro de nuestra realidad. Las nuevas formas de comunicarse, intercambiar ideas, palabras, fotografías, o todo tipo de información a través de las redes, emergen cada día. Como bien se señaló, la brecha entre el ciberespacio y el entorno físico cada vez es menor. Hoy en día se puede hacer prácticamente todo lo que es realizable en el mundo físico.

Este avance no conlleva solamente beneficios, sino que, muchos de los problemas del mundo “exterior” también han encontrado un lugar en el ciberespacio. La ciberdelincuencia es una nueva forma de criminalidad que se vincula directamente con Internet y las TIC, a tal punto que su expansión va de la mano. Pese a que existan distintas concepciones del fenómeno, en todas ellas es fundamental el papel de la red y los medios tecnológicos.

Existen varias formas de clasificar los ciberdelitos, muchas de ellas dependen de características propias de las conductas, así como existen otras que atienden a factores distintivos externos a ellos. Las distintas clasificaciones existentes pueden complementarse para brindar una percepción más adecuada de cada ciberdelito.

Al ser un tipo de criminalidad distinta de la tradicional, puede simplemente asumirse que las teorías criminológicas que abordan la delincuencia en el mundo físico no se podrían aplicar en ella. Sin embargo, hemos podido observar cómo algunas de las teorías más discutidas también pueden adecuarse a la ciberdelincuencia. Esto no quiere decir que ellas sean suficientes para explicar este tipo de criminalidad, sino que, pueden servir para tener una mejor comprensión de estas conductas y continuar en la elaboración de nuevas teorías más completas.

Así mismo, podría parecer que la ciberdelincuencia como tal es una forma de desplazamiento delictivo, cuestión que no me atrevo a descartar tomando en cuenta que los ciberataques réplica pueden ser un ejemplo de esto. Sin embargo, no toda la delincuencia tradicional se ve reflejada en el ciberespacio, por lo que, tampoco es preciso afirmar que este tipo de criminalidad en general sea una forma de desplazamiento. Todo dependerá

del enfoque y el delito. Algo que sí pudimos observar es que este problema criminológico puede presentarse también dentro de los cibercrimitos.

El problema de la cibercriminalidad radica principalmente en que la naturaleza misma del ciberespacio, basada en libre intercambio de información y el surgimiento de nuevas conexiones, genera las condiciones adecuadas para que el delincuente encuentre aquí un sitio en el que pueda ejecutar actos delictivos de manera más sencilla y con menos control. Esto genera que la cibercriminalidad sea cada vez más atrayente para los ofensores, cuestión que se evidencia con las cifras expuestas indicativas de una mayor presencia de cibercrimitos en el espectro social con el paso del tiempo.

Es por esta misma razón que los esfuerzos para combatirla también deben avanzar. Un fenómeno con alcance mundial requiere de unión y cooperación, por lo que, resulta prioritaria y urgente la armonización del marco legal que le da tratamiento. Es necesario que todos los actores sociales, a nivel micro y macro, trabajen continuamente por la protección en el ciberespacio.

Referencias bibliográficas

- Miró, F. (2012). *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons.
- Holt, T., Bossler, A., & Seigfried-Spellar, K. (2017). *Cybercrime and Digital Forensics an Introduction*. Nueva York.
- Cohen, E. (1955). *Teoría de las subculturas delictivas*.
- Serrano Maíllo, A. (2017). *Teoría criminológica*.
- Jansen, F., & Van Lenthe, J. (2016). *Cybercrime Through an Interdisciplinary Lens*. Londres.
- Fernández - Rodríguez, J. C., Miralles Muñoz, F., & Millana Cuevas, L. (2019). Perfil psicológico en el cibercriminal. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*.

- Cámara Arroyo, S. (2020). Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La Ciber-criminología y el perfil del ciberdelincuente. *Derecho y Cambio Social*, 470-512.
- Sain, G. (2015). Historia de Internet. *Revista pensamiento penal*.
- Mateos Pascual, I. (septiembre de 2013). Ciberdelincuencia. Desarrollo y persecución tecnológica. *Ciberdelincuencia. Desarrollo y persecución tecnológica*. Madrid, España: Universidad Politécnica de Madrid.
- Pons Gamón, V. (2017). Internet, la nueva era del delito: ciberdelito, ciberterrorismo, legislación y ciberseguridad. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 80-93.
- Fernández Bermejo, D., & Martínez Atienza, G. (2020). *Ciberdelitos*. Ediciones Experiencia.
- Trochez Arias, I. (2020). *Universidad Santiago de Cali*. Obtenido de <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/4251/REVISI%c3%93N%20DE%20LA%20CLASIFICACI%c3%93N.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Wall, D. (2008). *Hunting shooting and Pishing: New Cybercrime Challenges for Cybercanadians in the 21st Century*. British Library.
- Wall, D. (2005). *What are Cybercrimes?* California: Sage Publications.
- Giménez Solano, V. (2011). Hacking y ciberdelito. *Hacking y ciberdelito*. Valencia, España: Universitat Politècnica de Valencia.
- López Sánchez, J. (enero de 2019). Métodos y técnicas de detección temprana de casos de phishing. *Métodos y técnicas de detección temprana de casos de phishing*. Barcelona, España: Universitat Oberta de Catalunya.
- Morillas Fernández, D. (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración a las modalidades comisivas relacionadas con internet*. Madrid: Dykinson S.L.
- Luciano, G., & Lo Giudice, M. E. (octubre de 2015). *UADE*. Obtenido de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/4243/A14S20%20Material%20Did%c3%a1ctico%202.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

- Universidad Veracruzana, U. (18 de mayo de 2015). *Universidad Veracruzana*. Obtenido de https://www.uv.mx/infosegura/general/noti_scam-3/
- UNICEF, U. (octubre de 2021). *UNICEF*. Obtenido de <https://www.unicef.org/es/end-violence/ciberacoso-que-es-y-como-detenerlo>
- Brown, I., & Korff, D. (2009). Terrorism and the Proportionality of Internet Surveillance. *European Journal of Criminology*, 119-134.
- Loreto, V. (2004). ¿Movimientos sociales en la red? Los hacktivistas. *El Cotidiano*, 0.
- INTERPOL. (2020). Obtenido de INTERPOL: <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Un-informe-de-INTERPOL-muestra-un-aumento-alarmando-de-los-ciberataques-durante-la-epidemia-de-COVID-19>
- BID, B., & OEA, O. (2020). *Ciberseguridad. Riesgos, avances y el camino a seguir en América Latina y El Caribe*. OEA.
- El Universo, E. (25 de mayo de 2021). *El Universo*. Obtenido de El Universo: <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/mas-de-600-denuncias-por-delitos-ciberneticos-se-han-registrado-en-ecuador-en-lo-que-va-del-2021-nota/>
- PORTAFOLIO. (15 de septiembre de 2020). *PORTAFOLIO*. Obtenido de PORTAFOLIO: <https://www.portafolio.co/economia/delitos-informaticos-la-otra-pandemia-en-tiempos-del-coronavirus-544642>
- López - Fonseca, Ó. (07 de junio de 2020). *El País*. Obtenido de <https://elpais.com/espana/2020-06-07/los-ciberdelitos-son-ya-el-10-de-las-infracciones-penales-conocidas.html>
- Sykes, G., & Matza, D. (2008). Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *Delito y sociedad*, 163-171.
- Tejión Alcalá, M. (2019). Las teorías de la frustración en la sociedad contemporánea. Un análisis multinacional de los efectos de la frustración y la ira en conductas antisociales. *Las teorías de la frustración en la sociedad contemporánea. Un análisis multinacional de los efectos de la frustración y la ira en conductas antisociales*. Madrid, España: UNED.

- Hikal, W. (2017). La teoría de la asociación diferencial para la explicación de la criminalidad y la articulación de una política criminal. *Derecho y cambio social*.
- Flores Prada, I. (2015). Prevención y solución de conflictos internacionales de jurisdicción en materia de ciberdelincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Cordero Ruiz, N. F. (2021). La ciberdelincuencia. *La ciberdelincuencia*. Alcalá, España: Universidad de Alcalá.
- Wall, D. (2007). *Cybercrime: the transformation of Crime in the Information Age*. Cambridge Polity.
- Yar, M., & Steinmetz, K. (2019). *Cybercrime and society* (Tercera ed.). SAGE.
- Paloque - Bergés, C., & Schafer, V. (2019). Arpanet (1969-2019). *Internet Histories*, 1-14.
- Reyes Neira, J. M. (29 de septiembre de 2015). Ciberdelincuencia: una realidad virtual contada a medias. *Ciberdelincuencia: una realidad virtual contada a medias*. Bogotá, Colombia: Universidad Piloto de Colombia.
- Garrido, V., Stangeland, P., & Redondo, S. (2006). *Principios de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Cuesta, J. L., & Pérez Machío, A. (2010). Ciberdelincuentes y cibervictimias. En J. L. De la Cuesta, & N. De la Mata, *Derecho penal informático* (págs. 99-120). Madrid: Civitas.
- González García, A., & Campoy Torrente, P. (2018). Ciberacoso y cyberbullying: diferenciación en función de los precipitadores situacionales. *Revista Española de Investigación Criminológica*.
- Ministerio del Interior, E. (2017). *Estudios sobre la cibercriminalidad en España*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Caneppele, S., & Aebi, M. (2017). Crime drop or police recording flop? on the relationship of decrease of offline crime and the increase of online and hybrid crimes. *Journal of Policy and Practice*.

- Roca, J. L. (28 de marzo de 2014). Cibercrimen y ciberterrorismo: ¿exageración mediática o realidad? *Trabajo de Fin de Grado*. Madrid, España: Universidad Politécnica de Madrid.
- Ministerio del Interior, E. (2019). *Estudio sobre la cibercriminalidad en España*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Merton, R. (1968). *Teoría y Estructuras Sociales*. Columbia: Columbia University.
- Matsueda, R. L. (1988). The current state of differential association theory. *Crime & delinquency*, 277-306.
- Hirschi, T. (2003). Una teoría del control de la delincuencia. *Capítulo Criminológico*, 5-31.
- Gottfredson, M., & Hirschi, T. (1990). *A general theory of crime*. Stanford University Press.
- Rodríguez, J., Oduber, J., & Mora, E. (2017). Actividades rutinarias y cibervictimización en Venezuela. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 63-79.
- Summers, L., & Rossmo, K. (2015). Aplicaciones prácticas de la teoría de las actividades rutinarias a la investigación criminal. *Crimen, oportunidad y vida diaria: libro homenaje al profesor Dr. Marcus Felson*, 171-186.
- Sykes, G., & Matza, D. (1957). Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *American Sociological Review*, 664-670.
- Serrano Maíllo, A. (2017). *Teoría criminológica: la explicación del delito en la sociedad contemporánea*. Dykinson.
- ITU, I. T. (2017). *Global Cybersecurity Index*. International Telecommunications Union.
- Ochoa Marcillo, A. (2021). Trabajo de fin de máster. *Desafíos globales del cibercrimen*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Mehan, J. (2014). *CyberWar, CyberTerror, CyberCrime and CyberActivism*. Ely, UK: It Governance Publishing.

MINTEL, M. d. (2018). *Plan Sociedad Información*. Obtenido de Estrategia Nacional de Ciberseguridad: <https://plansociedadinformacion.mintel.gob.ec/pr1/p1-proy1/>

ARCOTEL, A. d. (2021). *Ecucert*. Obtenido de Centro de respuesta a incidentes informáticos del Ecuador: <https://www.ecucert.gob.ec/centro-de-respuesta-a-incidentes-informaticos-del-ecuador/>

Kemp, S. (22 de septiembre de 2021). Ciberdelincuencia. (R. Bolaños, Entrevistador)

Naranjo, J., & Subía, M. (30 de mayo de 2021). *Naranjo, Martínez & Subía*. Obtenido de <https://nmslaw.com.ec/ley-organica-proteccion-datos-personales/>

Comparación de sistemas penitenciarios internacionales basada en teorías de la pena desde una perspectiva filosófica: Cómo el sistema carcelario ecuatoriano podría restaurarse para evitar la violencia carcelaria

Comparison of international prison systems based on theories of punishment from a philosophical perspective: How the Ecuadorian prison system could be restored to avoid prison violence

Verónica Alexandra Sigcho Espinoza*
Investigadora Jurídica Independiente

Información del Artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 4 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 7 de enero de 2022

Citación

Sigcho, V. (2021). *Comparación de sistemas penitenciarios internacionales basada en teorías de la pena desde una perspectiva filosófica: Cómo el sistema carcelario ecuatoriano podría restaurarse para evitar la violencia carcelaria*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (231-289).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.69

Resumen: El presente artículo compara los sistemas penitenciarios internacionales a través de una perspectiva filosófica, y así, evalúa sus respectivas ventajas y desventajas para sugerir el tipo de restauración que el sistema carcelario ecuatoriano necesita para reducir la violencia carcelaria. Varios pensadores y filósofos, clásicos y contemporáneos, proponen teorías penológicas para determinar el propósito y los rasgos que caracterizan la pena. Desde el propósito de la pena propuesto por Thomas Hobbes, relacionada a su teoría contractualista, hasta las ideas disuasorias de

* Estudiante de séptimo semestre de Criminal Justice, con un Minor en Psychology en University of Southern Mississippi. Correo electrónico: veronica.sigcho@usm.edu

Jeremy Bentham, este artículo analiza diversas teorías que ejemplifican la manera en la que diversos sistemas penitenciarios operan, enfatizando en los sistemas penitenciarios de Noruega, Estados Unidos y Ecuador. A partir de este análisis, se mencionan diferentes métodos para reformar el sistema de cárceles, facilitar la digna rehabilitación de reos y disminuir violencia dentro de los centros penitenciarios en Ecuador.

Palabras clave: Prisión, castigo, derechos de los prisioneros, rehabilitación

Abstract: *This article compares the international prison systems through a philosophical perspective, and thus evaluates their respective advantages and disadvantages to suggest the type of restoration that the Ecuadorian prison system needs to reduce prison violence. Various thinkers and philosophers, classical and contemporary, propose penological theories to determine the purpose and the features that characterize punishment. From the purpose of punishment proposed by Thomas Hobbes, related to his contractual theory, to the deterrent ideas of Jeremy Bentham, this article analyzes various theories that exemplify the manner in which various prison systems operate, emphasizing the penitentiary systems of Norway, United States and Ecuador. Based on this analysis, different methods are mentioned to reform the prison system, facilitate the dignified rehabilitation of inmates, and reduce violence within prisons in Ecuador.*

Keywords: *Prison, punishment, rights of prisoners, rehabilitation*

Introducción

La violencia carcelaria es un problema que ha ocurrido desde el surgimiento de las primeras penitenciarias, y persiste hasta la actualidad. Durante los últimos años, Ecuador ha enfrentado un desafío penitenciario latente, al afrontar varias crisis de violencia carcelaria extrema. Por lo tanto, es crucial examinar los principios penológicos utilizados internacionalmente para así poder determinar que propósito de la pena es más eficiente en reducir violencia carcelaria, reincidencia penal, y el cometimiento de delitos en general. Para esto, el presente artículo de indagación compara y analiza los sistemas penitenciarios de países cuyas políticas económicas y sociales son extremadamente diferentes. Además, se examinan varias teo-

rías filosóficas que guían la penología en general, para así determinar qué tipo de sistema beneficiaría al sistema penitenciario ecuatoriano.

I. Propósitos de la pena basada en teorías filosóficas

Los sistemas penitenciarios a nivel internacional se adhieren a diferentes propósitos del castigo y de la penología, enfatizando en la disuasión del crimen futuro, la retribución, la incapacitación del infractor, la restitución y la rehabilitación. Cuando se trata de la disuasión del crimen futuro, se propone que el castigo hacia los infractores podría detener a transgresores potenciales en el futuro. La disuasión recae en la suposición de que las personas actúan de manera racional y buscan evadir un castigo.

Otro de los propósitos principales del castigo es la retribución. La retribución¹ se basa en la noción de que castigar a infractores es una manera eficiente de prevenir el crimen debido a que provee cierto nivel de satisfacción hacia la comunidad, sobre todo hacia quienes fueron directamente afectados por la desviación de la ley causada por el acusado. Además, se considera que la retribución conlleva a que la comunidad confíe en las instituciones que aplican y protegen la ley, lo que previene futuras infracciones derivadas de crímenes pasados.

Por el otro lado, la incapacitación como propósito penológico consiste en detener- incapacitar- al infractor para así evitar que cometa crímenes futuros. El problema con la incapacitación recae en el hecho de que encerrar a todos los infractores por un tiempo indefinido sin intentar rehabilitarlos es logísticamente imposible y socialmente ineficiente.

1 El concepto retributivo es una idea que se remonta hace varios siglos, siendo utilizado desde el apareamiento de las primeras civilizaciones; dicho concepto se utiliza en el Código de Hammurabi, creado durante el auge del Imperio Babilónico (Foster & Foster, 2021). El Código de Hammurabi menciona el principio de Ley de Talión, o *lex talionis*, el cual incentiva la retribución al mencionar el principio de reciprocidad “ojo por ojo” (Bruckshaw, 2020). Posteriormente, este principio se menciona en el Éxodo, segundo libro de la Biblia, en donde el concepto de reciprocidad es utilizado para aludir al propósito del castigo (Bruckshaw, 2020).

Adicionalmente, la restitución reside en la idea de que el individuo que comete un crimen tiene la responsabilidad de reponer o reparar el daño cometido, ya sea a través de penas financieras, indemnizaciones a los afectados, o incluso ayuda comunitaria (Anant, 2021). Finalmente, la rehabilitación² como finalidad de la pena se fundamenta en la noción de que alterar la conducta de un infractor previene el crimen futuro (Gerton, 2021).

II. Teorías dominantes sobre la penología filosófica

A lo largo de la historia, filósofos y pensadores han explorado la duda sobre la finalidad de la pena, y el modo en el que la pena debe ser aplicada (Newman, 2020). Los principales pensadores que se analizarán en este artículo basan sus ideas en el concepto del contrato social, la naturaleza humana, y el raciocinio utilitarista. Las ideas de Locke, Rousseau, y Hobbes se enfocan principalmente en el contrato social y las responsabilidades y obligaciones básicas que vienen adjuntas de manera implícita a los beneficios de dicho contrato (Slusarenco & Pozneacova, 2021). Por otro lado, la filosofía kantiana se enfoca en la universalidad de la moralidad y de los principios punitivos basados en la fundamentación y en el imperativo categórico (Herszenbaun, 2019). Al contrario de los principios penológicos basados en el contrato social y la moralidad, las ideas de Bentham se enfocan en los beneficios sociales y comunitarios que surgen debido al castigo de actos criminales (Safaei, 2020). Así mismo, las ideas acuñadas por Foucault sobre las relaciones de poder enfatizan la influencia de la infraestructura carcelaria que se destaca por su excesiva vigilancia y castigo relacionado al miedo y la obediencia consecuente (Safaei, 2020). Finalmente, Beccaria propone una ideología pseudo-utilitarista ya que considera que el propósito del castigo penal es disuadir ofensas potenciales (Schofield, 2019).

2 La rehabilitación incluye programas educativos, vocacionales, y psicológicos. Estos programas se consideran los más eficientes para reducir la reincidencia penal (Larsen et al., 2019).

III. Sistemas carcelarios

El presente artículo enfatiza las diferencias más significativas entre tres sistemas carcelarios que comparten más variaciones que similitudes en su metodología punitiva. Los sistemas penitenciarios analizados son los de Noruega, Estados Unidos, y Ecuador. El sistema carcelario noruego representa un modelo al cual otros sistemas deberían imitar; Noruega enfatiza la rehabilitación como el propósito principal del castigo, lo que contribuye a sus ínfimas tasas de reincidencia penal (Larsen et al., 2019). Por el otro lado, el sistema estadounidense se concentra en el control de crimen, la incapacitación de infractores, lo que ha conllevado a la actual crisis carcelaria en Estados Unidos, relacionada a la encarcelación en masa y a severas restricciones por uso y posesión de drogas (Lynn, 2019). Finalmente, el sistema ecuatoriano, al enfrentar altas tasas de violencia dentro de las instalaciones carcelarias – mayoritariamente correlacionada al hacinamiento y a la carencia involuntaria de servicios de rehabilitación – se enfoca en una metodología de control de reclusos y retribución (Arrias et al., 2020; Muñoz & Arrias, 2020).

IV. Teorías penológicas

IV.1. Teoría del contrato social y el enfoque retributivo

Como se había mencionado anteriormente, la noción de que la sociedad tiene derecho a castigar a aquellos que desafían ciertas normas sociales recae sobre el principio del contrato social. Uno de los primeros pensadores en acertar que la sociedad se rige bajo un acuerdo similar a un contrato fue Thomas Hobbes. Hobbes utilizó su teoría sobre el contractualismo para justificar la legitimidad del Estado³; en su obra *Leviatán* se detalla el propósito del Estado: prevenir que los individuos que habitan el estado de naturaleza se destrocen entre sí, para así alcanzar un estado

3 Hobbes escribió su obra que lo caracteriza en el mundo filosófico, *Leviatán*, durante un periodo de guerras y conflictos civiles en Inglaterra; A dichos sucesos de descontento civil se le atribuye el hecho de que Hobbes comenzara a dudar sobre quien debe ejercer soberanía en el Estado (Olsthoorn, 2021).

pacífico entre ciudadanos (Olsthoorn, 2021). Para Hobbes, el soberano obtiene el poder absoluto; por lo tanto, una vez que las personas aceptan el contrato social, aceptan un régimen autoritario (Olsthoorn, 2021).

Igualmente, John Locke, utilizando una filosofía meramente teológica, ratifica que la vida de cualquier individuo no está a disposición ni de sí mismo ni de nadie más. Al concebir un contrato social que se deriva del poder de una deidad superior, en su obra *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Locke percibe al poder político como la habilidad de aplicar leyes con penalidades proporcionales al incumplimiento de dicha ley (Harris, 2020). Consecuentemente, Locke considera que en la convivencia humana se requiere de un ente exterior que actúe, ya que la deidad alabada por Locke cree que todos los humanos nacen con igualdad de derechos (Tuckness, 2020). Bajo el estado de la naturaleza, Locke afirma que el individuo busca la autopreservación al ejercer propios castigos ante incumplimientos de la ley natural, y que, por lo tanto, bajo el sometimiento de un contrato social en el cual los ciudadanos renuncian a ciertos derechos y libertades, el Estado es el único ente con potestad de castigar infracciones legales (Harris, 2020). Por lo tanto, para Locke, el contrato social surge ante la necesidad de alcanzar justicia, la cual es inexistente en el estado de la naturaleza. Similar a la tradición hobbesiana, las ideas de Locke concluyen que el individuo que quiere ser parte de una sociedad pacífica en la que sus derechos básicos -vida, libertad, y propiedad- sean respetados, es crucial el ceder ciertos derechos naturales, para que el Estado sea el que precautele y resguarde los derechos de los individuos (Tuckness, 2020).

Así mismo, Locke considera que el castigo debe ser proporcional al crimen cometido, y que el propósito de dicho castigo debe ser la restitución a los individuos afectados por la infracción, la disuasión de infracciones consecuentes, y la protección de la comunidad (Harris, 2020). Para Locke, incluso antes del establecimiento de un contrato social, es decir, en medio del estado de la naturaleza, el castigo debe resultar en un bien mayor, una meta positiva que defienda los derechos básicos como lo son la vida y la propiedad (Tuckness, 2020). Por lo tanto, es sencillo inferir que Locke no aceptaría la retribución – “ojo por ojo”- como un propósito punitivo legítimo. Sin embargo, Locke considera que los derechos naturales de cada individuo que accede al contrato social limitan el poder

del soberano, por lo que el soberano solamente podía imponer leyes que resguarden los derechos de las personas, lo cual previene el autoritarismo penal (Harris, 2020).

Finalmente, las ideas presentadas por Jean-Jacques Rousseau no son más que la continuación de la filosofía de Hobbes y Locke. Sin embargo, Rousseau añade su originalidad a este principio al afirmar que las personas no admiten la soberanía del Estado a partir de su volición y cognición propia, es decir, la comunidad renuncia a sus derechos y libertades bajo coerción y manipulación de las élites (Svetlana & Pozneacova, 2020). Rousseau creía que existen ciertos derechos inalienables que no pueden transgredirse, los cuales no solamente incluyen vida, libertad y propiedad, sino otros derechos que hacen que una vida merezca ser vivida, como el derecho a autogobernarse (Sonenscher, 2020). Sin embargo, Rousseau reconoce que la libertad que Locke y Hobbes atribuyen al individuo no es más que una libertad percibida, ya que el soberano, rey -el Leviatán⁴ - arrebató todas las decisiones, libertades, e incluso propiedades para así defender el pacifismo comunitario (Svetlana & Pozneacova, 2020). Por lo tanto, el contrato social descrito por Rousseau no describe un régimen autoritario que protege los derechos fundamentales, sino un gobierno comunitario al cual individuos pueden acceder y abandonar voluntariamente (Sonenscher, 2020). A partir del razonamiento presentado por Rousseau emerge uno de los principales criticismos del contrato social. Este criticismo explica que no todos los individuos que forman parte del contrato social lo hacen de manera voluntaria, es decir, nunca accedieron explícitamente a apearse a las normas de la sociedad en la que nacieron.

Como se mencionó previamente, enfoque retributivo se basa en la suposición de que el individuo no solo merece ser castigado por la transgresión que cometió, sino también que el Estado tiene la prerrogativa de aplicar dicho castigo (Bronsther, 2021). En este aspecto, otro pensador influyente, Immanuel Kant, asegura que las penas deben derivarse

4 Hobbes, en su obra *El Leviatán*, describe al soberano -el Estado- como una criatura que sirve como analogía al gobierno perfecto que Hobbes idealiza, aquel gobierno que se asegura que el contrato social descrito por Hobbes se cumpla; el Leviatán se encarga que los individuos no regresen al estado de naturaleza (Olsthoorn, 2021).

del imperativo categórico⁵, es decir, cualquier violación a la ley moral universal que la sociedad acepta, requiere un castigo proporcional (Herszenbaun, 2019). Es decir, el castigo funciona como un fin en sí mismo en el universo categórico kantiano. El castigo retributivo kantiano no tiene que estar relacionado a la disuasión y prevención, sino a la universalidad de la acción cometida por el criminal, en donde la moralidad se encuentra en obedecer el imperativo categórico (Anant, 2021). De esta manera, se entiende que Kant sugiere que el castigo es necesario sin importar la consecuencia, debido a sus rasgos retributivos que surgen de la razón -castigo per se-, es decir, el castigo no es un medio para alcanzar una meta, sino un fin en sí mismo (Herszenbaun, 2019).

IV.2. Teoría penológica utilitarista.

Contrario al enfoque retributivo, la teoría utilitarista intenta maximizar el bienestar social al infligir una pena. El principio básico del utilitarismo es maximizar el beneficio de la mayoría y minimizar el dolor individual y social. Por lo tanto, el utilitarismo, a pesar de percibir al castigo como intrínsecamente negativo, lo justifica siempre y cuando resulte en un bien mayor. Entonces, al contrario de las teorías enfocadas en el contrato social, que se centra en la ilegalidad de quebrantar un acuerdo implícitamente aceptado, la teoría utilitarista se enfoca en la disuasión del crimen futuro, la rehabilitación de los infractores, y la incapacitación de aquellos que cometen crímenes (Sinha, 2020).

Este concepto utilitarista se remonta a la antigüedad. Incluso los filósofos más influyentes de la antigua Grecia ya se enfocaban en el castigo y su justificación moral. Por ejemplo, Platón afirmaba que el castigo era necesario porque beneficia a la persona al mejorar su alma tripartita⁶,

5 El imperativo categórico es un concepto básico de la ética kantiana, el cual representa un mandato moral absoluto e inquebrantable. Bajo el concepto del imperativo categórico, se sugiere que la moralidad recae en que el ser humano actúe de manera en la que sus acciones puedan ser consideradas leyes absolutas y universalizables (Herszenbaun, 2019).

6 El alma tripartita es un concepto propuesto por Platón, el cual afirma que el alma se divide en tres partes principales: el alma concupiscible, el alma irascible y el alma

enseñando al individuo a guiar su alma a partir de la razón (Jorgenson, 2020). Así, Platón contradice la noción de que el castigo debe ser impuesto como venganza o retribución pura, ya que una vez que el crimen es cometido, el infractor no puede deshacerlo, ni auto superarse de ninguna manera significativa (Natoli, 2020). En su obra *Las Leyes*, Platón describe los tipos de castigos que deben ser infligidos dependiendo del tipo de infractor. Para los infractores que tenían la posibilidad de ser curados, cuya alma tripartita podía ser sanada, Platón apoyaba un castigo conforme al estatus de ciudadanía del criminal (Natoli, 2020). La severidad del castigo dependía de la clase social a la cual el infractor pertenecía; para esclavos, la mayoría de los castigos estaban relacionados a flagelación corporal; por otro lado, los ciudadanos recibían castigos como lo son el exilio o represalias económicas (Jorgenson, 2020).

Por su parte, Jeremy Bentham, una de las figuras más influyentes en el utilitarismo como una rama filosófica, afirmaba que el castigo puede ser utilizado con proporcionalidad para disuadir transgresiones futuras. Bentham concluye que el ser humano es un ser biológicamente diseñado para buscar la maximización del placer propio y minimizar el dolor o la incomodidad (Sinha, 2020). A esto Bentham lo definió como un cálculo hedonista⁷ – *felicific calculus* –, el cual, ante un enfoque utilitarista, sirve para identificar la naturaleza del castigo y el bienestar social que este castigo brinda (Martin et al., 2021). Por lo tanto, tomando en cuenta el raciocinio propuesto por Bentham, el bienestar social que surge tras sancionar una infracción pesa más que el daño causado por el castigo en cuestión de importancia hedonística. Como producto de este tipo de castigo, Bentham asegura que el ser humano, al ser dominado por la razón,

racional (Jorgenson, 2020). El alma concupiscible es la fuente del alma en la que los apetitos y emociones se encuentran, el alma irascible es la parte del alma en la que la nobleza se encuentra situada e incluye virtudes como la fortaleza y el coraje y, finalmente, el alma racional, la única parte del alma que según Platón es inmortal, es donde yace la inteligencia y la razón (Jorgenson, 2020). Platón creía que, aunque todas las partes del alma constituyen partes esenciales, el alma racional es la parte que debe controlar a las otras almas (Natoli, 2020).

7 El término cálculo hedonista es un principio utilitarista el cual calcula el bienestar social tomando en cuenta a todos los miembros de la sociedad, cuyo propósito es siempre alcanzar resultados que maximicen el bienestar social y minimicen el dolor (Sinha, 2020).

escogería atenerse a las leyes y evitaría infraccionar las normas sociales (Sverdlik, 2019).

Así mismo, Bentham desarrolló el concepto de la prisión panóptica, la cual es un esquema institucional bajo el cual todos los prisioneros enfrentan la misma probabilidad de ser observados desde un punto de vigilancia fijo (Safaei, 2020). Lógicamente, es imposible supervisar a un gran número de infractores simultáneamente. Por lo tanto, este esquema diseñado por Bentham sugiere que los prisioneros no serían capaces de saber si su comportamiento está siendo observado, lo que los incentivaría a comportarse de manera adecuada perdurablemente (Safaei, 2020). Así, Bentham ejemplifica el tipo de prisión que el idealiza: un modelo arquitectónico circular, con un foco de vigilancia en el centro de la rotonda. Para describir la arquitectura de la prisión panóptica, Bentham afirma que:

El edificio circular – una jaula, de vidrio – una linterna de vidrio del tamaño del Ranelagh⁸. Los prisioneros en su celda, ocupando la circunferencia. Los oficiales, en el centro. Mediante persianas u otros inventos los guardias se ocultan de las miradas de los prisioneros, de ahí el sentimiento de un tipo de omnipresencia invisible. Todo el circuito visible sin apenas un desplazamiento. Una estación en la parte de inspección permitiendo la más perfecta vista de cada celda. (Bentham, 1791, como se citó en Ralston, 2020, párr. 5).

Posteriormente, el filósofo contemporáneo Michel Foucault expandió el concepto del panóptico de Bentham para relacionarlo con las relaciones de poder y vigilancia que dominan los aspectos sociales, incluyendo cárceles (Young, 2019). Para Foucault, es la vigilancia lo que hace que la prisión sea virtualmente efectiva, no la disciplina, ni la infraestructura. El hecho de que esta vigilancia es imperceptible para los infractores hace que su eficacia aumente, debido a que la carencia de certeza perpetúa el comportamiento benevolente y sumiso que se espera de reclusos (Safaei, 2020).

8 Los jardines Ranelagh eran jardines públicos localizados en Inglaterra durante el siglo XVIII. Estos jardines se caracterizaban por su infraestructura similar a un coliseo – una rotonda- con una torre de en la cual se encontraban chimeneas y se exhibía arte (Gulliver, 2021). Bentham compara al panóptico con estos jardines debido a su forma arquitectónica, en el panóptico de Bentham la torre de vigilancia sería equivalente a la torre de soporte del jardín Ranelagh (Ralston, 2020).

Ahora bien, mientras Bentham considera que el castigo es malo *per se*, pero es justificable cuando logra cumplir con un bien mayor que la malicia que simboliza, otros pensadores no están de acuerdo con esta lógica (Schofield, 2020). Cesare Beccaria, un pensador muy influyente⁹ en el campo de la criminología, a pesar de apegarse a una ideología utilitarista, considera que existen ocasiones en las que la pena no es justificable, ya que las desventajas causadas por esta no serían más relevantes que el bienestar provisto por la sanción (Schofield, 2019). Por ejemplo, Beccaria se opuso a la existencia de la pena capital¹⁰ debido a su percibida ineficacia (Toth, 2020). Además, Beccaria asegura que el estado no tiene el derecho de tomar vidas, y que la pena capital no es útil ni necesaria para disuadir el crimen, solamente es retributiva, lo cual bajo el razonamiento utilitarista no es una justificación razonable de la pena (Lawrence, 2021). Uno de los componentes más importantes de la teoría propuesta por Beccaria es que establece su ideología utilitarista al argumentar lo siguiente:

Es mejor prevenir los delitos que castigarlos. Esto es el principio fundamental de una buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres a la máxima felicidad, y al mínimo de la miseria, si podemos aplicar esta matemática expresión del bien y del mal de la vida. (Beccaria, 1764, como se citó en Schofield, 2019, pp. 67).

Al expresar su opinión sobre el propósito del castigo, Beccaria enfatiza su perspectiva de la penología. El sostiene una perspectiva preventiva, incluso disuasiva, pero jamás retributiva. Asimismo, Beccaria aboga por un mejoramiento de la infraestructura de las cárceles al demostrar su inconformidad con la manera en la que los castigos son infligidos (Marwah & Joplin, 2021). También, Beccaria enfatiza que la severidad del castigo debe ser proporcional al crimen cometido y que el castigo debe ocurrir dentro de la comunidad en donde el crimen fue cometido, para así cumplir con su función disuasiva (Lawrence, 2021). Beccaria explica su opinión en su obra *De los delitos y las penas*, y afirma que:

Los delitos de menor importancia se castigan comúnmente, ya sea en la oscuridad de una prisión, o el criminal es transportado, para dar, con su esclavi-

9 Beccaria es considerado el padre de la criminología clásica.

10 Sinónimo de pena de muerte, ejecución, castigo capital.

tud, un ejemplo a las sociedades que él nunca ha ofendido; un ejemplo absolutamente inútil, porque esta distante del lugar donde se cometió el crimen. (Beccaria, 1764, como se citó en Schofield, 2019, pp. 73).

Como producto de la teoría penológica presentada por Beccaria, se entiende que ciertos crímenes no merecen un castigo, incluyendo situaciones en las que el individuo no puede controlar su comportamiento, como individuos que presentan rasgos de enfermedades psiquiátricas, o individuos que cometen crímenes antes de alcanzar una edad en la cual la moralidad pueda ser distinguida y aplicada con certeza (Marwah & Joplin, 2021). Es lógico concluir que los propósitos utilitaristas defendidos por Beccaria no están directamente relacionados al castigo, sino a las consecuencias sociales que emergen tras castigar ciertas acciones. La incapacitación a la que Beccaria se refiere se trata explícitamente de prevenir que el individuo que cometió un crimen cometa más daño, siempre y cuando dicho individuo esté bajo control (Varkey & Nair, 2021). Ante este principio, emerge la justificación de la prisión como una entidad destinada a incapacitar infractores, una entidad destinada a arrebatar la libertad de individuos por crímenes que podrían o no podrían ocurrir. Es decir, ante el punto de vista de la incapacitación, las prisiones previenen el crimen al castigar a individuos por crímenes que no han cometido.

Una de las principales críticas de la incapacitación es que nunca es claro cuál es el tiempo adecuado por el cual un infractor debe ser detenido, por lo tanto, la incapacitación selectiva surge debido a la necesidad de sentencias que sean proporcionales a la severidad del crimen y a la probabilidad del individuo de reincidir después de la reinserción social (Pereboom, 2020). Otro de los problemas que emergen por este propósito punitivo es las contradicciones en la longitud de la incapacitación. En otras palabras, no existe una manera justa y clara de fundamentar una incapacitación certera, pues la reincidencia no es uniforme a través de la severidad de los crímenes (Coates, 2021). Un ladrón tiene altas posibilidades de reincidir debido a la baja severidad del crimen, y un asesino tiene bajas posibilidades de reincidir dado que el crimen es mucho más severo y arduo de ejecutar. Bajo el enfoque de la incapacitación, el ladrón tendría que permanecer más tiempo incapacitado debido a su alta probabilidad reincidente, mientras que el asesino debería ser liberado con prontitud.

V. Comparación carcelaria

Tras haber analizado varias teorías penológicas a través de un enfoque filosófico, me propongo a analizar individualmente los sistemas penitenciarios de Noruega, Estados Unidos, y Ecuador. Al examinar dichos sistemas, mi objetivo es determinar las maneras en las cuales el sistema penitenciario de Ecuador podría mejorar para minimizar la violencia dentro de las instalaciones carcelarias. Además, al explorar las características de cada sistema voy a enfatizar el impacto de la infraestructura de las instalaciones carcelarias y compararé las teorías penológicas previamente descritas para determinar qué propósito de la penología es el más eficiente en reducir el crimen y la violencia carcelaria.

V.1. Sistema carcelario noruego: ¿Utopía o solución?

Para empezar este análisis, es importante explorar la situación carcelaria que precede la restauración penitenciaria en Noruega. Durante la primera mitad del siglo XX, la experiencia carcelaria noruega era lo opuesto de lo que es en la actualidad. Debido al empleo de una ideología penológica enfocada en retribución e incapacitación, el sistema penitenciario noruego se enfocaba en encarcelar a todos los infractores e incapacitar su posibilidad de cometer más crímenes. Consecuentemente, las prisiones en Noruega enfrentaban problemas relacionados a la encarcelación en masa, tráfico de drogas, violencia institucional, y una alta tasa de reincidencia (Gedeon et al., 2019; Janzer, 2019). Además, la tasa de reincidencia estaba situada en alrededor de dos tercios¹¹ de la cantidad total de prisioneros durante su proceso de reintegración social (Janzer, 2019)

Al enfrentar tantos problemas relacionados a las cárceles, y tras recibir un alto índice de retroalimentación negativa por parte de la comunidad noruega, el sistema carcelario se transformó en un sistema enfocado en rehabilitación y restitución. Durante la última década del siglo XX, el Servicio Correccional Noruego implementó una significativa ola de re-

11 Dependiendo de la fuente, la tasa de reincidencia se situaba entre 60% y 70%, siendo comparable con la tasa de reincidencia actual de Estados Unidos (Herscowitz, 2021).

formas que permitieron que la experiencia punitiva penal evolucione a un sistema de rehabilitación en lugar de retribución (Dugdale, 2020).

A partir de la reforma previamente mencionada surgió una extensiva serie de innovaciones legislativas que han permitido que el sistema punitivo noruego sea conocido como uno de los más eficientes del mundo. En la Ley de Ejecución de Sentencias del 2002, considerado el código penal noruego, se describe el propósito de cualquier sentencia punitiva:

La sanción se implementará de manera que se tome en cuenta el propósito de la sanción, que contrarreste nuevas infracciones penales que sean seguras para la sociedad y que aseguren las condiciones satisfactorias de los reos dentro de estos límites. Se preverá el proceso de restitución durante la ejecución de la sentencia. En detención preventiva, los Servicios Correccionales proporcionarán las condiciones para remediar los efectos negativos del aislamiento” (Ley de ejecución de sentencias de 2002, como se citó en Dugdale, 2020, pp. 5).

Debido a la implementación de las reformas diseñadas para facilitar la digna rehabilitación de reos, en la actualidad, el sistema correccional noruego se enfoca en proveer a los prisioneros condiciones seguras y satisfactorias en términos de infraestructura, y garantizar que los prisioneros tengan acceso a los mismos derechos básicos de cualquier ciudadano, para así proteger a la comunidad, contrarrestar actividad criminal dentro de los centros carcelarios, y proveer una rehabilitación digna y eficiente (Dugdale, 2020). Así mismo, se puede considerar que este sistema protege a todos los prisioneros de las arbitrariedades de la rama judicial del país, y así garantiza que el principio básico de las sanciones penales sea planteado en las necesidades individuales de cada prisionero para así incentivar a la voluntad de desistir del comportamiento criminal (Berlioz, 2019). Para cumplir con los propósitos planteados en las reformas institucionales, Noruega implementó un método penológico enfocado en la privación de la libertad dentro de una infraestructura que emite una sensación de normalidad y proximidad entre reclusos, personal carcelario, y guardias de seguridad (“How Norway Turns Criminals,” 2019).

Antes de especificar los procedimientos utilizados por las cárceles noruegas, cabe analizar algunas de las políticas legales y judiciales garantizadas en la legislación vigente de Noruega. La pena de muerte no se

reconoce como una pena legítima en la ley de Noruega, al igual que la cadena perpetua (Kriminalomsorgen, 2021; López, 2019). De hecho, hoy en día, Noruega es un país que encabeza los esfuerzos a favor de la abolición de la pena de muerte, el moratorio de las ejecuciones actualmente programadas, y la defensa de los derechos humanos en referencia a la ley internacional (Ministry of Foreign Affairs, 2020). Además, el sistema de justicia criminal noruego sostiene que ninguna sentencia criminal puede exceder los 21 años de cárcel como sentencia inicial; sin embargo, la rama judicial del gobierno puede extender la sentencia si así la autoridad jurídica lo considera necesario debido a una rehabilitación inadecuada o deficiente (“How Norway Turns Criminals,” 2019).

Uno de los aspectos que sobresale de las prisiones en Noruega es que su infraestructura no se asemeja a la infraestructura convencional carcelaria. Ciertamente, el sistema penitenciario noruego no utiliza un modelo panóptico carcelario como el que Bentham y Foucault describían en sus teorías penológicas. Por ejemplo, la prisión Halden, ubicada cerca de la frontera sur de Noruega, utiliza una infraestructura meramente diseñada para rehabilitar a los prisioneros, mas no para sancionarlos de una manera retributiva. Las instalaciones imitan la infraestructura de una villa hogareña diseñada para brindar una sensación de normalidad dentro de la cárcel; así, los prisioneros conviven con el personal carcelario y otros reclusos en una pseudo comunidad dentro de las instalaciones (Haubursin & Barton, 2019). El principio fundamental en la idea de brindar una sensación de normalidad a los reclusos radica en la noción de que es implícitamente ilógico encerrar a las personas y arrebatarles todas sus capacidades de decidir y esperar que su proceso de reintegración social se caracterice por la toma de buenas decisiones (Samson, 2019).

Adicionalmente, uno de los principales factores que se analizaron al construir la prisión anteriormente mencionada es la estética visual de la infraestructura y su impacto en el comportamiento de reclusos (Samson, 2019). Por ejemplo, al contrario de las prisiones habituales, Halden está construida en materiales como ladrillo y madera, lo cual reemplaza el concreto, característico de una gran cantidad de prisiones antiguas y contemporáneas (Haubursin & Barton, 2019). Asimismo, la prisión carece de los rasgos estándares de otras prisiones, como lo son las diminutas ventanas que previenen el ingreso de iluminación y las celdas con

rejas de acero. Además, el diseño de la prisión simula el diseño de una pequeña ciudad: cada edificio tiene su función específica, sea educación, salud, o labor (Cabeza de Baca, 2019). Al caminar por las afueras de los edificios, se puede observar una gran cantidad de áreas verdes, las cuales juegan un rol esencial en la rehabilitación de reclusos; así, los reos están forzados a movilizarse al aire libre para poder asistir a todos los talleres de rehabilitación brindados por el sistema correccional (Haubursin & Barton, 2019; Samson, 2019).

En lugar de celdas, la mayoría de las prisiones en Noruega utilizan pequeñas habitaciones para mantener la normalidad en la mayoría de las situaciones (Bregman, 2020). De hecho, las habitaciones se asemejan mucho más a dormitorios universitarios que a las celdas estándares descritas en una prisión panóptica. Cada habitación incluye muebles de madera, una televisión, un baño y ducha privada, al igual que espacio suficiente para que el reo pueda almacenar su ropa y pertenencias personales; además, cada habitación tiene una refrigeradora personal, y una gran vista a los patios recreacionales a través de una ventana de vidrio que permite la entrada de iluminación en la habitación (Bregman, 2020). Cada recluso puede utilizar su propia ropa; uniformes estandarizados no aceptables en un sistema penitenciario cuyo principio es promover la normalidad (Kriminalsomsorgen, 2021).

Cada edificio residencial de la prisión Halden tiene una docena de habitaciones, una sala recreacional en la cual los reclusos pueden convivir y una cocina (Bregman, 2020). Además, en la cocina de cada edificio, los reclusos tienen un refrigerador y estufa compartida en la cual pueden preparar sus propias comidas, es decir, a los prisioneros de Halden se les da confianza de manejar herramientas de cocina como cuchillos (Rasin, 2020; Dugdale, 2020). Sin embargo, la prisión Halden tiene un comedor comunitario en el cual los prisioneros pueden obtener comida preparada si así lo desean. (Bregman, 2020).

Además, dentro del complejo correccional, los reclusos tienen acceso a una pseudo sociedad en la que ellos pueden participar. Por ejemplo, los prisioneros pueden acceder a un pequeño supermercado dentro de las instalaciones, en la cual pueden comprar la comida que prefieren y los implementos que necesiten. Para poder acceder a dichos servicios, los

prisioneros brindan su labor elaborando proyectos manuales, arreglando carros, e incluso aprendiendo nuevas habilidades (Dorjsuren, 2020). Los pasatiempos que los reclusos pueden escoger son diversos para así satisfacer las necesidades de rehabilitación individuales de cada recluso. Entre las actividades principales que se pueden realizar en las instalaciones están un estudio de carpintería, deportes varios, cocina, clases de música, ir al gimnasio en el cual tienen acceso a una pared de escalar, taller de cerámica o pintura, e incluso utilizar un estudio de grabación musical en el cual se incentiva a los prisioneros a colaborar con la transmisión radial noruega, y así recibir un salario mensual por proveer dicho servicio (Bregman, 2020; Dorjsuren, 2020).

Otro aspecto que sobresale de las prisiones en Noruega es el papel de los guardias correccionales. Primero, cada guardia correccional debe tener un título universitario relacionado a justicia criminal, psicología, labor social o sociología, para así tener experiencia en cómo tratar a las personas y rehabilitar el comportamiento inadecuado (Berlioz, 2019). Además, los guardias de las prisiones en Noruega reciben uno de los mejores sueldos y beneficios laborales del país (Economic Research Institute, 2021). Los prisioneros conviven con los guardias de seguridad en una relación fraternal en lugar de autoritativa; entonces, los guardias cumplen un papel vital, ya que no solo sirven de guardias sino también de trabajadores sociales; los guardias no llevan armas y, a menudo, participan en las actividades de rehabilitación de los reclusos, como deportes, juegos de mesa o elaboración de arte (Berlioz, 2019). La interacción entre prisioneros y personal carcelario existe para prevenir violencia y crear un ambiente en el que el prisionero se sienta seguro. Además, como se mencionó anteriormente, la experiencia que requieren los guardias penitenciarios se diferencia a la de otros países ya que Noruega requiere un extensivo entrenamiento antes de obtener el puesto de guardia, que supera los dos años de entrenamiento físico, mental y educacional (Berlioz, 2019).

Adicionalmente, como una estrategia para prevenir y detener cualquier tipo de violencia que surja dentro de las instalaciones, los guardias tienen acceso a túneles de movilización subterráneos que les permite trasladarse con facilidad a través del complejo (Norwegian Partners, 2020). Cuando surge violencia entre los prisioneros, los guardias programan sesiones de meditación entre las personas involucradas en el conflicto; durante

dichas sesiones, los prisioneros son supervisados por el personal médico, psicológico y de seguridad de las instalaciones, lo que previene que la situación se agrave (Bouffard, 2019; “How Norway Turns Criminals,” 2019). Conjuntamente, la contratación de suficiente personal dentro de las instalaciones ayuda a prevenir la violencia, ya que, a pesar de tener una capacidad de alrededor de 250 reos, la prisión Halden posee talento humano de alrededor de 290 trabajadores, incluyendo profesores, guardias y personal médico (“How Norway Turns Criminals,” 2019).

Como consecuencia lógica de este sistema carcelario, Noruega invirtió extensas cantidades de dinero en restaurar las cárceles y el sistema penitenciario en sí. Solamente la prisión Halden, inaugurada en 2010, requirió aproximadamente 2.2 billones de coronas noruegas, lo equivalente a alrededor de 250 millones de dólares¹² en su construcción (Turner & Knight, 2020). Todos los gastos relacionados al sistema penitenciario incluyen mantenimiento de instalaciones, educación y rehabilitación de reos, salud, alimentación, y salario del personal carcelario. El salario promedio de los guardias carcelarios en Noruega es de 337000 coronas noruegas al año, lo equivalente a 37.500 dólares anuales, o aproximadamente 3125 dólares al mes (Economic Research Institute, 2021). Cabe recalcar que Noruega opera como un estado benefactor, lo que significa que todos los habitantes tienen como garantizado ciertos derechos inalienables, como lo son la educación gratuita, salud gratuita, asistencia financiera por desempleo, cuidado infantil subsidiado, e incluso acceso a ayuda para pagar renta o conseguir hogar, ya que Noruega considera que la vivienda es un derecho básico y no un privilegio (Norwegian Labour and Welfare Administration, 2021).

Para poder pagar todos estos beneficios, Noruega utiliza un sistema tributario progresivo¹³, es decir, que la brecha tributaria incrementa a medida que el ingreso incrementa; el porcentaje base de pago de impuestos es 22% y 33.3% como máximo, más un 38% de deducciones en

12 Cada que se mencione dólares, se referirá al dólar estadounidense (USD)

13 Ecuador y Estados Unidos también utilizan sistemas tributarios progresivos. En Estados Unidos, el porcentaje base tributario es del 10% y el máximo es de 37% (Fay, 2021). Por otro lado, en Ecuador, la base tributaria es de 5% y el porcentaje máximo es del 35% (“Cuánto y cuándo se debe pagar el impuesto,” 2021).

cada salario (Nikel, 2020). Los impuestos altos se consideran esenciales para que la nación prospere y provea a sus habitantes lo necesario¹⁴. Además, Noruega invierte alrededor de 130.000 dólares por prisionero anualmente, comparado con los 40.000 dólares promedio invertidos en Estados Unidos (Crime and Justice News, 2019); al contrario, Ecuador invierte una cantidad de alrededor de 7121 dólares al año por prisionero¹⁵ (“Ecuador Gasta USD 800 Mil Diarios,” 2019; Rosero, 2019).

Tal vez su benevolencia hacia infractores de crímenes severos es lo que hace sobresalir a estas prisiones, pero también su actual tasa de reincidencia, la cual se considera una de las más bajas del mundo, ya que solamente 2 de cada 10 individuos cometen crímenes después de reintegrarse a la sociedad (Kriminalomsorgen, 2021)¹⁶. Al utilizar un sistema punitivo que se enfoca en la rehabilitación y restauración, Noruega ha logrado implementar uno de los sistemas carcelarios más eficientes del mundo.

Asimismo, podría concluirse que Noruega utiliza un enfoque utilitarista puro en su metodología punitiva, ya que el propósito final es rehabilitar a los reclusos y evitar que el crimen se perpetúe en el futuro. Noruega también crea un ambiente ideal para prevenir crimen incluso antes de

14 El porcentaje tributario para ingresos personales promedio en Noruega es de 46.41% (“Norway Personal Income Tax Rate,” 2021). Aun así, los habitantes de Noruega a menudo encabezan la lista anual del Reporte Mundial de la Felicidad conducido por la Organización de las Naciones Unidas (Rahim, 2021). Ecuador es considerado uno de los países con la tasa de impuesto más baja para las elites económicas ya que la carga tributaria promedio de sus ingresos es de 3.40%, lo que es mucho menor al promedio latinoamericano de 4.8%, o el promedio de los países adjuntos a la Unión Europea, que es del 21,3% (Báez, 2020). Además, el impuesto al valor agregado (IVA) es menor al de otros países latinoamericanos (Gonzales & Zambrano, 2021). Por otro lado, en Estados Unidos, se calcula que el ciudadano promedio contribuye 29.8% de sus ingresos en impuestos, incluyendo seguro social y Medicare (Bird, 2021). En 2020, Noruega quedó en 5.º lugar en el Reporte Mundial de la Felicidad, Estados Unidos en 18.º lugar, y Ecuador en 58.º lugar (Helliwell et al., 2020).

15 Este cálculo surge del promedio de 800.000 dólares diarios que se invierten en el sistema penitenciario ecuatoriano, multiplicado por 365 del año, y eso dividido para 41.000 prisioneros, el número de reos en Ecuador (Rosero, 2019; “Ecuador Gasta USD 800 Mil Diarios,” 2019).

16 Para comparar, en Estados Unidos, 7 de cada 10 individuos vuelven a engancharse en algún tipo de acto criminal (“How Norway Turns Criminals,” 2019).

involucrar el sistema de justicia criminal: al proveer todos los beneficios de un estado benefactor, Noruega garantiza que ningún habitante carezca de lo básico para prosperar y cumplir con su parte del contrato social. Podría decirse que el contrato social implícito en el sistema noruego permite que el estado tome una cantidad significativa de los frutos de la labor de los habitantes – su propiedad, que según Locke era un derecho inalienable del ser humano- a través de impuestos para así garantizar el pacifismo y la protección de derechos de todos. El sistema garantiza el cumplimiento del contrato social, tomando en cuenta la maximización del bienestar de la comunidad a largo plazo. Después de todo, el mantra principal del sistema punitivo noruego es el tratar y rehabilitar al prisionero considerando que cuando su sentencia termine podría ser vecino de cualquier habitante de la comunidad (“How Norway Turns Criminals,” 2019). En Noruega, se considera que el castigo en sí es algo negativo, como lo consideraba Beccaria en su teoría utilitarista, pero puede brindar un bien mayor cuando se desempeña de manera proporcional y justa, buscando maximizar el bien al hacer un cálculo hedonístico como el que Bentham defendía. Confirmando lo previamente planteado, Tom Eberhardt, gobernador de la prisión de Bastøy¹⁷, afirma que, “[si se] trata a las personas como si fueran basura, serán basura; trátalos como seres humanos y actuarán como seres humanos” (Bregman, 2020).

V.2. Sistema carcelario estadounidense: ¿Incapacitación y racismo?

Al igual que con Noruega, es importante analizar el contexto social en el que los cambios penitenciarios y legislativos ocurrieron en Estados Unidos antes del decaimiento del sistema de justicia criminal estadounidense. Durante los años 1960s, el país enfrentó varias reformas legislativas relacionadas a derechos civiles; el movimiento por los derechos civiles liderado por Martin Luther King Jr., terminó con la segregación racial en el país¹⁸. Tras la consumación del periodo presidencial de Lyn-

17 Bastøy es una prisión localizada en una isla noruega de Bastøy.

18 Al afirmar que terminó con la segregación racial, aludo a la segregación racial en el sentido legislativo. Cuando se trata del sentido social de la segregación, podría considerarse que hasta la actualidad persiste, basado en acceso a educación, salud, opor-

don B. Johnson en 1969, Richard Nixon asumió la presidencia junto una agenda presidencial basada en reprimir las demostraciones antiguerra¹⁹ y la cultura hippie (Hodge, 2021). Al enfrentar una guerra cultural latente, Nixon basó su presidencia en reducir la tasa del delito al criminalizar las drogas e imponiendo sanciones más severas, iniciando así lo que se conoce como la “Guerra Contra las Drogas” (Morrison, 2021)

Aunque parezca un concepto simple, la “Guerra Contra las Drogas” está involucrada en muchos más aspectos que en el intento de contrarrestar el uso de sustancias ilícitas: está relacionada a discriminación racial, educación, empleo, e incluso migración (Hodge, 2021). Aunque Nixon no declaró la “Guerra Contra las Drogas” hasta el 1971, Estados Unidos ya había impuesto varias restricciones contra drogas basadas en políticas racistas camufladas por iniciativas económicas²⁰ (Morrison, 2021). Durante años, la discriminación racial detrás de la “Guerra Contra las Drogas” fue considerada solo un rumor -o una espontaneidad inevitable-, hasta que el consejero de política interna del presidente Nixon, admitió:

La campaña de Nixon en 1968, y la Casa Blanca de Nixon después de eso, tenían dos enemigos: la izquierda pacifista y los negros. [...] Sabíamos que no podíamos convertir en ilegal estar en contra de la guerra o ser negro, pero al hacer que el público asocie a los hippies con la marihuana y a los negros con la heroína, y luego al criminalizar a ambas fuertemente, podríamos perturbar esas comunidades. Podríamos arrestar a sus líderes, asaltar sus hogares, interrumpir sus reuniones y difamarlos noche tras noche en las noticias.

tunidades económicas, y sobre todo discriminación en el sistema de justicia criminal (Meatto, 2019; Fairchild, 2020).

- 19 Durante la Guerra de Vietnam, jóvenes estudiantes, escolásticos y miembros del movimiento hippie rechazaron la violenta naturaleza de la guerra (Hogde, 2021). Este rechazo fue representado a través de protestas en los campus de universidades (Nugroho et al., 2020).
- 20 Tras el incremento de migración asiática hacia los Estados Unidos durante los 1800s, Estados Unidos implementó restricciones en el opio que los migrantes chinos consumían, criminalizando no solo la droga en sí, sino a una significativa mayoría de migrantes (Drug Policy Alliance, 2021). Así mismo durante la primera mitad del siglo XX, cuando un gran número de migrantes mexicanos llegaron al país, la marihuana se criminalizó, incentivando un estereotipo racial y criminalizando a una minoría étnica (Hodge, 2021).

¿Sabíamos que mentíamos sobre las drogas? Por supuesto que lo sabíamos. (Ehrlichmanm, 1994, como se citó en Drug Policy Alliance, 2021, párr. 6).

Posterior al posicionamiento de Nixon en la presidencia, se creó la Administración para el Control de Drogas (DEA),²¹ y el Congreso promulgó la Ley de Sustancias Controladas, para así categorizar las sustancias ilícitas (Drug Policy Alliance, 2021). Esto conllevó a que el cannabis se clasifique como una de las drogas más severas, colocándola en Clasificación I, la misma categoría en la que se encuentra la heroína (Crane, 2021). La cocaína, el opio y las anfetaminas se consideran drogas de Clasificación II, una categoría que representa menor severidad en términos de utilización médica y su probabilidad de causar adicciones (Crane, 2021). Posteriormente, durante la presidencia de Ronald Reagan, la “Guerra Contra Las Drogas” se expandió y potenció; Reagan adoptó una política de cero-tolerancia a las drogas, lo cual conllevó a que la tasa de encarcelación incrementara significativamente (Drug Policy Alliance, 2021). Explícitamente, la agenda de Reagan se enfocaba en combatir el uso del *crack*²², lo que además de contribuir al fenómeno de la encarcelación en masa conllevó a discrepancias raciales en las tasas de encarcelación (Powers, 2019).

Tras los dos términos presidenciales de Reagan, la población carcelaria había incrementado un 78% (Jones, 2021). Además, esta encarcelación en masa afectó a la comunidad negra debido a lo que se conoce como disparidad de sentencia 100:1 del crack y la cocaína pura (American Civil Liberties Union, 2021a). Esta discrepancia de sentencia ejemplifica la cantidad mínima de cocaína que desencadena en una condena federal dependiendo de la tipología de la cocaína consumida (Birenbaum, 2021). De acuerdo la Ley en Contra del Abuso de Drogas, promulgada en 1986, 5 gramos de crack conllevan a una sentencia carcelaria de cinco años, mientras que se necesitaban 500 gramos de cocaína pura para obtener la misma sentencia (Birenbaum, 2021). Esa discrepancia es problemática porque históricamente la comunidad negra ha sido asociada – estereóticamente- con el consumo de crack debido a su precio disminuido causado por la impureza de la sustancia; dicho estereotipo se basa en la afirmación de que la comunidad negra estadounidense representa

21 DEA surge del nombre de la agencia en inglés, Drug Enforcement Administration.

22 El crack es una droga que resulta de la combinación de cocaína y bicarbonato de sodio.

desproporcionalmente la pobreza del país, lo que los llevaría a escoger drogas más accesibles (Birenbaum, 2021). Sin embargo, las estadísticas gubernamentales más actuales confirman que la comunidad afroamericana representa más del 80% de las sentencias relacionadas al crack, a pesar de solo representar un tercio de los consumidores de la sustancia (American Civil Liberties Union, 2021a).

Cabe recalcar que dentro de las penas permitidas Estados Unidos, se encuentran la pena de muerte y la cadena perpetua sin libertad condicional. A pesar de su legalidad, el uso de la pena de muerte ha declinado de manera gradual durante las últimas décadas (Gramlich, 2021). Cada vez más estados en el país han establecido límites al uso de la pena de muerte y muchos la han abolido por completo; por otro lado, a nivel federal, la pena de muerte sigue siendo considerada un castigo legítimo concurrente para casos de asesinato en primer grado (Nacional Conference of State Legislatures, 2021). Con el paso de los años el activismo en contra de la pena de muerte ha incrementado debido a que las estadísticas confirman que no sirve como un castigo disuasorio, y se aplica de manera arbitraria (He & Grundy, 2021). De hecho, algunos autores definen a la pena de muerte como una “lotería sistemática” debido a su arbitrariedad, y afirman que “las sentencias de muerte son tan raras que son prácticamente aleatorias, aun así, las sentencias son influenciadas por la raza y género de la víctima. Desafiando la lógica estricta, la pena de muerte es indistinta pero discriminatoria” (Phillips & Steidley, 2020, pp. 1042). Además, se conoce que no solo la pena de muerte afecta mucho más a minorías raciales, sino que también existe una formidable cantidad de personas inocentes sentenciadas a pena de muerte²³, ya que, según el Registro Nacional de Exoneraciones, ha habido más de 2700 exoneraciones en Estados Unidos desde 1989, el año en el que el ADN como evidencia se convirtió en un factor exculpatorio significativo (Morris, 2021). Debido a que varios estados han eliminado la pena de muerte, y cada vez es menos común – incluso a nivel federal²⁴ –, la cadena perpetua sin libertad condicional se ha convertido en la alternativa para prevenir más penas de muerte.

23 Se calcula que 1 de cada 25 personas sentenciadas a pena de muerte son inocentes (Vick et al., 2020).

24 Las ejecuciones habían disminuido significativamente en las últimas décadas. Sin embargo, desde el 2017, cuando el expresidente Donald Trump tomó la presidencia, se

Sin embargo, este raciocinio ha resultado en hacinamiento extremo en la mayoría de las prisiones estadounidenses y la proliferación de una población carcelaria que envejece tras las rejas (Maschi & Morgen, 2021).

Como se mencionó anteriormente, la población carcelaria se disparó en los 1970s, cuando políticos de los dos partidos políticos principales de Estados Unidos enfatizaron agendas políticas que demonizaban a minorías, y ejercían normas punitivas desproporcionales (Beckett & Francis, 2020). En efecto, se calcula que a pesar de representar solamente un 5% de la población del mundo, los Estados Unidos abarca alrededor de un cuarto de la población carcelaria global²⁵ (American Civil Liberties Union, 2021b). Además, se estima que entre 1973 y 2009, hubo un crecimiento de la cantidad de prisioneros de un 700% (Ghandnoosh, 2019). Esto ha conllevado al surgimiento de hacinamiento masivo en muchas cárceles a través de todo el país, a nivel federal y estatal, lo cual a su vez ha conllevado a deficientes condiciones carcelarias (Váradi, 2020).

Al contrario que las cárceles noruegas, las cárceles estadounidenses se enfocan en la incapacitación y la retribución en lugar de la rehabilitación efectiva que Noruega logra con sus programas y su sistema carcelario humanitario. Asimismo, la infraestructura de las prisiones estadounidenses es todo lo contrario a las prisiones noruegas. Hoy en día, varias prisiones en Estados Unidos utilizan el modelo panóptico ideado por Jeremy Bentham, el cual enfatiza la vigilancia para controlar el comportamiento de los reclusos. Además, los materiales utilizados en la infraestructura de las prisiones en Estados Unidos tienden a ser materiales tradicionales: concreto, acero y vidrio antibalas; sin mencionar que muchas de las cárceles ya han sido utilizadas por siglos, con mínimas restauraciones de infraestructura (Mai et al., 2019; Sweet, 2020).

A diferencia de las habitaciones provistas para los prisioneros en Noruega, los prisioneros en Estados Unidos reciben celdas con poca privacidad, y lo básico para sobrevivir: una cama, en algunos casos reciben

han ejecutado a más reos que todas las presidencias unificadas desde que la Corte Suprema readmitió la pena de muerte en 1976 (Gramlich, 2021).

25 Otra manera de interpretar esta estadística es al notar que alrededor de 1 de cada 5 prisioneros en el mundo están encarcelados en Estados Unidos (Wagner & Bertram, 2020).

cobijas, un inodoro y un lavabo; en el mejor de los casos, tienen una celda privada o ducha dentro de la celda (American Jail Association, 2021). Todos los prisioneros utilizan un uniforme estandarizado²⁶ y se les arrebatan sus pertenencias personales (Brooks, 2019). Algunos prisioneros tienen acceso a lo que se consideran privilegios, como llamadas familiares, visitas regulares, o incluso acceso a libros (American Jail Association, 2021). Además, los prisioneros se movilizan a horas exactas y siguen reglas estrictas, mientras todas las decisiones son arrebatadas de ellos. En algunas cárceles, los prisioneros reciben solamente dos comidas al día, y en otros casos, reciben dos comidas frías, y un almuerzo caliente (Anderson, 2021). La alimentación de los prisioneros en Estados Unidos es un problema comúnmente ignorado ya que es opacado por otros problemas igual de significativos que requieren reformas, pero la comida insuficiente y poco nutritiva que reciben los prisioneros representa una crisis de salud nacional; así mismo, esa negligencia, según algunos autores equivale a castigo cruel e inusual²⁷ (Donovan, 2021).

Estas condiciones abruptas conllevan a un ambiente de convivencia violento dentro de las instalaciones penitenciarias estadounidenses. Lastimosamente, la violencia que emerge dentro de las prisiones en Estados Unidos se considera la regla en lugar de la excepción; no solo se sabe que existe violencia carcelaria, sino que en las condiciones bajo las cuales el sistema de justicia criminal opera es casi imposible evitarla (Widra, 2020). El diseño panóptico y radial de estas cárceles, brinda un nivel de protección mínimo entre reclusos, afectando a guardias y personal carcelario. A pesar de que el panóptico ideado por Bentham para controlar el comportamiento de reclusos busca transmitir una sensación de vigilancia, los guardias que supervisan las prisiones no utilizan el panóptico con esa finalidad. De hecho, la violencia entre reclusos no pasa desapercibida, sino que en muchos casos las autoridades ignoran el brote de violencia para así no lidiar con el problema o prevenir que el personal carcelario se involucre en violencia (Prison Fellowship, 2021).

26 En algunos casos el color y diseño del uniforme depende de la categorización de seguridad del recluso: mínima, media, o máxima seguridad (Brooks, 2019).

27 Al mencionar un castigo “cruel e inusual” los autores hacen referencia a la 8va enmienda de la constitución de los Estados Unidos, la cual prohíbe que se inflijan castigos crueles e inusuales (Greenspan, 2020).

Otro gran problema relacionado a la violencia es la agresión por parte de los oficiales correccionales, quienes, a su vez, son los que procesan los reportes de violencia (Ford, 2019). Al contrario de los guardias correccionales en el sistema carcelario noruego, Estados Unidos requiere solamente un título secundario para ejercer el trabajo de guardia correccional²⁸ (Federal Bureau of Prisons, 2021). Además, el salario promedio anual de un oficial correccional en Estados Unidos en el 2011 era de 43500 dólares, o alrededor de 3600 dólares mensuales (Correctional Officer Edu, 2021). Para comparar, el promedio de precios que el consumidor estadounidense paga mensualmente es de 1723 dólares en vivienda²⁹, 895 dólares en transporte³⁰, 680 dólares en alimentación, y 965 dólares en salud³¹ (“How Much Does The Average Person Spend,” 2021; Hunt, 2021). El salario recibido por guardias correccionales es un salario relativamente bajo comparado a los gastos promedio mensuales, lo que podría resultar en un desempeño laboral deficiente y resentimiento o alienación laboral (Rosenfeld, 2021). Este resentimiento, o falta de motivación al realizar el trabajo, solamente consolida las condiciones deficientes que los prisioneros enfrentan día tras día.

Por su parte, la carencia de motivación laboral ocasiona violencia infligida por parte de guardias carcelarios hacia los reos. Debido a las agresiones sexuales y la fuerza excesiva impuesta por parte de los guardias, se puede considerar que los derechos constitucionales de los prisioneros son violentados de manera rutinaria (Ford, 2019). De hecho, a causa del manejo deficiente del sistema correccional estadounidense, la violencia y el abuso sexual en las prisiones ha incrementado significativamente

28 Los requerimientos mínimos para ejercer como guardia correccional varían dependiendo la jurisdicción aplicable. La mayoría de las prisiones federales de seguridad media y máxima requieren educación superior (Correctional Officer Edu, 2021; Federal Bureau of Prisons, 2021).

29 Esta cifra es un promedio mensual que incluye hipotecas, utilidades, renta, seguros, mantenimiento y otros gastos relacionados a vivienda (“How Much Does The Average Person Spend,” 2021).

30 Esta cifra es un promedio mensual que incluye pago de vehículo, combustible, electricidad para vehículos eléctricos, pasajes de transporte público, y otros gastos relacionados al transporte (“How Much Does The Average Person Spend,” 2021).

31 Esta cifra es un promedio mensual que incluye deducibles de salud anuales, pago de medicamentos, y el pago de póliza de seguro de salud mensual (Mansa, 2021).

en los últimos años; en 2011 se reportaron alrededor de 8800 quejas de agresión sexual en el país, cuya cifra casi se triplicó en 2015, cuando los reportes de agresión sexual alcanzaron los 24,661 a nivel nacional (Barrett, 2019). Además, la violencia perpetrada por los guardias no solo pasa desapercibida, sino que, en algunas jurisdicciones, alcanza niveles inhumanos: desde rociamiento de químicos letales a prisioneros, hasta golpes y uso de fuerza inapropiado, lo cual representa una violación a los derechos constitucionales que protegen a todas las personas de castigos crueles e inusuales (Eisen, 2020).

Lastimosamente, los guardias que en muchas ocasiones provocan la violencia carcelaria, son los que reciben y procesan los reportes de agresión sexual o física. A inicios del 2019, la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia reportó las condiciones que enfrentan los prisioneros en el sistema carcelario de Alabama (Ford, 2019). Dentro de este reporte se encontró que los oficiales correccionales ignoran los reportes de agresión sexual por parte de otros prisioneros, y los clasifican como alegaciones de relaciones sexuales consensuales de rasgo homosexual (Ford, 2019). Esto, en consecuencia, desanima a los reos a reportar el abuso. En el 2015, el sistema correccional de Nueva York reportó 120 casos de abuso físico o sexual por parte de los guardias, de los cuales solamente ocho guardias enfrentaron consecuencias por sus acciones (Barrett, 2019). Ford (2019), explica que la violencia carcelaria puede prevenirse si el personal carcelario realizara su trabajo apropiadamente, y afirma que “cuando los funcionarios públicos no actúan con la prisa adecuada para salvar a las personas bajo su protección, demasiados presos se enfrentan a lo que equivale a una pena de muerte, por la que nunca fueron acusados ni juzgados” (párr. 10).

El maltrato y negligencia por parte del sistema penitenciario estadounidense no solo traumatiza a reos, sino que también impacta en la tasa de reincidencia criminal a nivel nacional, ya que la violencia y condiciones inhiben la rehabilitación exitosa de los reos, y así, inhiben el reingreso exitoso a la sociedad (Prison Fellowship, 2021). Esto causa que la tasa de reincidencia en Estados Unidos sea una de las más altas del mundo, ya que el Buro de Estadísticas de Justicia BJS, por sus siglas en inglés, calcula que entre 2012 y 2017, alrededor de un 70% de prisioneros liberados fueron re arrestados en un periodo de cinco años (Herscowitz,

2021). Es posible que esta cifra tan elevada de reincidencia surja debido a la violencia que muchos reos experimentan y evidencian durante el cumplimiento de sus sentencias, desde apuñalamientos y huesos rotos, hasta agresión sexual y automutilación (Widra, 2020).

Asimismo, la violencia se puede evidenciar en el tipo de castigos que se infligen dentro de las instalaciones penitenciarias como consecuencia de brechas comportamentales e incluso simples desacuerdos entre personal y reos. Para prevenir violencia intracarcelaria, muchas jurisdicciones abusan de la utilización del confinamiento solitario³² como método de control correccional; esto, a consecuencia, desencadena en problemas de salud física y mental en los reos y en incrementos presupuestales que no conllevan a ningún tipo de rehabilitación ni disuasión criminal (American Civil Liberties Union, 2021c). Ya que la utilización de confinamiento solitario no es infligida utilizando ningún tipo de estándar de aplicación legal, cada jurisdicción, es decir, cada prisión, tiene la discreción del modo de aplicación de dicho castigo (Coppola, 2019). El confinamiento solitario busca aplicar un castigo adicional a la sentencia determinada por un juez, y dicho castigo se aplica dentro de las instalaciones penitenciarias, limitando la mínima libertad poseída por los reclusos (Leonard, 2020). Normalmente, cuando un recluso es colocado en el programa de confinamiento solitario, el recluso se encuentra aislado en una celda diminuta de entre 22 a 24 horas al día, por un periodo que varía de entre un par de semanas a varios años (Fair Fight Initiative, 2021).

En la mayoría de las ocasiones, administradores correccionales defienden el uso de confinamiento solitario confiando en la idea de que esto sirve para disuadir la violencia carcelaria y la actividad de bandas criminales dentro de las instalaciones; sin embargo, varias investigaciones sugieren que la sobreutilización de este método punitivo tiene pocos efectos disuasorios, y conlleva efectos negativos a largo plazo (Herring, 2020). De hecho, evidencia apunta a que su utilización acarrea más violencia carcelaria posterior a que el recluso es liberado de confinamiento solitario, e incluso es posible que la tasa de reincidencia posterior al cumplimiento

32 El confinamiento solitario como un método de control carcelario se refiere al aislamiento institucional referente a la segregación carcelaria de varios tipos: administrativa, disciplinaria, temporal, y protectora (Coppola, 2019).

de la sentencia aumente (James & Vanko, 2021). Adicionalmente, debido a los daños irreparables que puede causar el confinamiento solitario, la Organización de las Naciones Unidas considera que cuando la segregación es mayor a 15 días es considerada tortura y una violación de las Reglas Nelson Mandela³³ (United Nations Human Rights, 2020).

Además, varias investigaciones apuntan a que el confinamiento solitario es un contribuidor significativo a los problemas de salud mental de los reclusos; Herring (2020) afirma que “las prisiones y las cárceles ya son intrínsecamente dañinas, y colocar a las personas en confinamiento solitario agrega una carga adicional de estrés que se ha demostrado que causa cambios permanentes en el cerebro³⁴ y la personalidad” (párr. 4). El daño psicológico que esto causa en los reclusos en muchas ocasiones no solo es letal, sino también irreversible, y puede desencadenar en una serie de enfermedades psicológicas y psiquiátricas que incluyen depresión, psicosis, alucinaciones, hipersensibilidad de los sentidos³⁵, paranoia, autoflagelación, e ideación suicida (Leonard, 2020).

De hecho, se calcula que de todos los suicidios que ocurren dentro del sistema carcelario, alrededor de un 50% ocurren en confinamiento solitario, a pesar de que la población aislada representa solamente un 8% de la población carcelaria total (Herring, 2020). Además, el confinamiento solitario parece afectar de manera desproporcional a minorías raciales y de género; un estudio encontró que las mujeres afroamericanas representan un 42.1% de las mujeres en aislamiento, a pesar de representar a solamente 21% de la población femenina total (James & Vanko, 2021). También, varios estudios estiman que la práctica de segregación carcela-

33 Las Reglas Nelson Mandela son estándares internacionales aplicados por la Organización de las Naciones Unidas para proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, incluyendo la prohibición de castigos inhumanos y otras torturas (Gilmour, 2021).

34 Varios días en aislamiento carcelario incrementa significativamente el riesgo de deterioro cerebral prematuro (Coppola, 2019)

35 La hipersensibilidad de los sentidos es comúnmente ocasionada por la carencia de experiencias auditorias, limitación en cambios de iluminación y la infraestructura monocromática de las celdas de aislamiento (Fair Fight Initiative, 2021)

ria afecta mucho más a personas afrodescendientes, hispanas, y personas con pasado de condiciones psicológicas (Leonard, 2020).

Afortunadamente, cuando se trata de educación, Estados Unidos ha mejorado sus condiciones de instrucción y enseñanza dentro de las instalaciones penitenciarias a lo largo de las últimas décadas. Como es de esperarse, la eficiencia de los programas educacionales varía dependiendo de la jurisdicción en la que se aplica el programa, pero la mayoría de las prisiones cuentan con clases para que los reos puedan alcanzar un nivel de educación más alto mientras cumplen su sentencia (Waldrige, 2020). Ya que un número significativo de prisioneros no cuentan con un título de tercer nivel, el Departamento de Justicia se enfoca en ayudar a cuantos más prisioneros sea posible a no solo alcanzar un nivel de educación básico, sino también a guiar a los prisioneros que sean elegibles para obtener una educación universitaria (Dizerega, 2021). Sin embargo, los esfuerzos del sistema de justicia criminal estadounidense no siempre han dado frutos, ya que la carencia de acceso a información o a internet, el ruido, el estrés, la falta de comunicación entre personal carcelario y reos, y las dificultades económicas, han establecido varios obstáculos para intentar conseguir un título universitario (May, 2020).

Además, varios estudios han concluido que educar a las personas privadas de la libertad es crucial para reducir la tasa de reincidencia (Dizerega, 2020). Dichas investigaciones afirman que los resultados a largo plazo de brindar una educación eficiente en el sistema penitenciario no solo benefician a los reos, sino también a la sociedad, ya que la reincidencia disminuye, mientras la probabilidad de conseguir empleo después de la liberación aumenta (Dizerega, 2020). Los prisioneros que deciden participar en un programa de educación superior mientras cumplen su sentencia, a menudo enfrentan obstáculos institucionales que inhiben las posibilidades de obtener una educación semejante a la que se podría obtener en condiciones universitarias neutrales, como en un campus universitario (Zitko, 2021). Ya que una educación universitaria provee varias habilidades necesarias, como pensamiento crítico, ética y organización, varios reclusos podrían facilitar su reinserción en la sociedad si tuvieran acceso a educación superior (May, 2020). Es por eso, que varias organizaciones de activismo correccional se han enfocado en reformar la ley estadounidense, la cual prohíbe que convictos y exconvictos de felonías accedan a

ayuda financiera federal con relación a educación – conocida como Pell Grant- la cual limita de manera significativa el acceso substancial a la educación (Smith, 2019). Debido a todas las limitaciones mencionadas y las ventajas de ampliar el acceso a la educación, Powers afirma que “si Estados Unidos se tomara en serio la reducción de su población carcelaria, la reinversión en la educación carcelaria es el lugar para comenzar” (2020, pp. 22). Pero, como se ha mencionado, el propósito penológico que sostiene el sistema penitenciario estadounidense no se enfoca en rehabilitación o en prevención, sino en retribución e incapacitación.

Cuando se trata de trabajo, el sistema carcelario estadounidense se opone a los ideales de las prisiones noruegas. Noruega incentiva a los prisioneros para que trabajen en un campo que les agrade y así puedan expandir sus habilidades, mientras reciben una retribución salarial justa; al contrario, Estados Unidos utiliza un sistema de labor forzada, sin retribución salarial, el cual varios autores identifican como a un sistema de *esclavitud moderna* subsidiado por el gobierno y las grandes corporaciones (Wu & Brady, 2020; Freedom United, 2021; García, 2020). Aunque no todas las jurisdicciones aplican políticas de labor forzada, una gran mayoría de prisiones utilizan lo que equivale a labor forzada, ya que, a pesar de que varios tratados internacionales de derechos humanos prohíben la labor forzada, estas reglas rara vez se hacen cumplir (Freedom United, 2021). Además, varios autores sugieren que detrás de las políticas que limitan la protección de los derechos constitucionales de los reclusos, existen varios incentivos económicos que impulsan la labor forzada (Wu & Brady, 2020; García, 2020). Varias jurisdicciones – y empresas privadas- a lo largo del país, explotan una excepción legal en la 13va Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual prohíbe la esclavitud o la labor involuntaria exceptuando cuando se utiliza como como castigo penal (Knowles, 2021).

Existen dos tipos principales de labor penitenciaria: la primera utiliza entidades locales de donde la penitenciaria se encuentra y las administraciones correccionales negocian empleos dentro de la sociedad, sobre todo en fábricas; por otro lado, existe un programa federal que permite que varias jurisdicciones brinden la mano de obra de los prisioneros a corporaciones privadas (García, 2020). Esto causa que las corporaciones privadas cabildéen a los partidos políticos para que legisladores ejerzan

políticas que incrementen la población carcelaria, como restricciones en posesión de drogas o sentencias mínimas por crímenes menores, para así sustentar su modelo de negocio que se beneficia de la explotación laboral carcelaria (Wu & Brady, 2020). Esto incluye trabajos como elaborar lencería de para empresas multinacionales y empaclar productos de supermercados, hasta realizar trabajos más peligrosos como apagar los incendios forestales en California (Chauviere, 2021). Además, la paga recibida por un prisionero al trabajar en un negocio perteneciente al estado es de un promedio de 0.33 a 1.43³⁶ centavos de dólar por hora; esta aproximación no incluye descuentos en los sueldos de los prisioneros como el apoyo que obligatoriamente se provee a la familia o costos de adjudicación judicial (Chauviere, 2021).

Cuando los prisioneros tienen acceso a laborar dentro de la localidad en donde se encuentra la prisión, la mayoría de los trabajos se llevan a cabo dentro de las entidades penitenciarias y tienen que ver con el mantenimiento y funcionamiento de la cárcel, como cocineros, conserjes o, en algunos casos, puestos administrativos como recepcionista (García, 2020). En estos trabajos, el salario promedio por hora es incluso menor al que las entidades privadas proveen, ya que se estima que los prisioneros que realizan este tipo de trabajo reciben de entre 0.14 a 0.63 centavos de dólar estadounidense por hora (García, 2020). Para poner estas cifras en perspectiva, es importante considerar el costo de los bienes necesarios dentro de la cárcel; en Colorado, una mujer tiene que conseguir al menos \$10 para poder pagar una caja de tampones, lo cual representa al menos dos semanas de labor intensiva (Chauviere, 2021). Esta falta de ingresos, y explotación laboral inhiben la posibilidad de disminuir la tasa de reincidencia, ya que esto evita que los reclusos puedan ahorrar dinero el cual podría servir al ser liberados para acceder a vivienda y alimentación (Knowles, 2021; García, 2020).

Al considerar que el sistema carcelario estadounidense falla en aspectos utilitaristas, disuasorios y de rehabilitación, además de la negligencia en la infraestructura y manejo de las prisiones, sería sencillo concluir que el presupuesto designado para el sistema carcelario es limitado. Sin embargo, ese no es el caso; debido a la encarcelación en masa, Estados

36 A comparación, el sueldo federal mínimo es de 7.25 dólares estadounidenses por hora.

Unidos está a cargo de más de 2.2 millones de personas encarceladas, lo que en financiación carcelaria equivale a un presupuesto anual de 88.5 billones de dólares (Hayes, 2020). De hecho, varios expertos afirman que esta cifra subestima de manera severa el costo real de la encarcelación, ya que existen otros gastos que el prisionero y su familia deben realizar (Lewis & Lockwood, 2019). Según una investigación realizada por The Marshall Project, varias familias de personas privadas de la libertad gastan cientos de dólares mensualmente para cubrir con los gastos que un prisionero necesita y que el gobierno no cubre, como útiles de aseo extra, ropa, o llamadas telefónicas (Lewis & Lockwood, 2019). Desafortunadamente, todo el presupuesto de Estados Unidos no se maneja de una manera útil ni eficiente porque solo perpetúa el ciclo de encarcelación; al no proveer una rehabilitación exitosa y al fallar en brindar ayuda vocacional para formar ciudadanos capaces de reintegrarse, Estados Unidos crea una población que está destinada a volver a entrar a la cárcel (Kuhn, 2021).

Además de terminar la sentencia sin ninguna habilidad laboral, o experiencia educacional, todas las personas que han sido convictas por un crimen, no pueden acceder a ayuda federal de desempleo ni a programas de vivienda pública (Bertram, 2020). También, conseguir trabajo se convierte en un esfuerzo sin esperanza, ya que la ley permite a los empleadores discriminar debido a pasado criminal; incluso, en algunas jurisdicciones, los exconvictos no pueden participar en el proceso electoral permanentemente (Bertram, 2020). Ya que Estados Unidos enfoca su propósito penológico en la retribución e incapacitación en lugar de la rehabilitación, el sistema carcelario ha creado un gran número de pseudo ciudadanos, con derechos limitados. Lastimosamente, están condenados a permanecer en el ciclo vicioso de encarcelación creado por los Estados Unidos, en donde alrededor de 70% de los prisioneros liberados, son re arrestados dentro de los tres años siguientes a su liberación (Político Magazine, 2020).

El sistema carcelario estadounidense no solo falla en disuadir crimen futuro, sino que, debido al manejo de sus cárceles, se podría considerar que es una de las causas del crimen futuro. Consecuentemente, se podría afirmar que Estados Unidos utiliza un enfoque penológico basado en el contrato social, ya que arrebató los derechos de algunas personas, para ga-

rantizar el bienestar de la sociedad. Sin embargo, esa sería una conclusión fallida, ya que el sistema estadounidense no logra garantizar el bienestar de la sociedad, ni prevenir el crimen como lo buscan los propósitos utilitaristas. Así que, como conclusión lógica, el único propósito penológico que el sistema carcelario estadounidense cumple de manera satisfactoria es el propósito de incapacitación, puesto que incapacita a personas de manera sistemática, les arrebatada de su libertad, sin preocupación alguna de las consecuencias sociales que la incapacitación puede causar.

V.3. Sistema carcelario ecuatoriano: ¿Rehabilitación o retribución no premeditada?

A pesar de ya haber analizado los propósitos penológicos detrás de las metodologías utilizadas en los sistemas penitenciarios de Noruega y Estados Unidos, sostengo que el sistema penitenciario ecuatoriano es el más deficiente de entre los sistemas examinados. No solo se distingue por su hacinamiento casi incomparable, sino también por la violencia que ocurre como consecuencia de dicho hacinamiento. Adicionalmente, en el sistema penitenciario ecuatoriano existe una carencia de personal laboral en sentido médico, institucional, y de seguridad. Además, el problema de drogas y bandas criminales que abrumba la mayoría de los países Latinoamericanos impacta de manera significativa el sistema ecuatoriano, causando violencia intracarcelaria extrema. Así, Ecuador intenta alcanzar un sistema enfocado en un propósito penológico de rehabilitación pero, debido a la naturaleza de austeridad fiscal y el control fallido de bandas criminales, Ecuador se adhiere de manera involuntaria a un sistema retributivo que impacta en el bienestar de la comunidad al aumentar la tasa de reincidencia y previniendo la rehabilitación de reos.

En un contexto histórico, se afirma que Ecuador adoptó el modelo penitenciario panóptico ideado por Bentham, el cual sirvió como modelo arquitectónico inspiracional para la apertura del edificio de la Penitenciaría Nacional, inaugurada en 1874 bajo la tutela ejecutiva del presidente Gabriel García Moreno, la cual se mantuvo en funcionamiento durante alrededor de un siglo y medio hasta cerrar de manera definitiva en el 2014 (Larco, 2019). Desde aquel entonces, se podría considerar que las condiciones carcelarias enfatizaban el control del comportamiento de los prisioneros y,

en general, el comportamiento de la sociedad. El panóptico, como un ente omnipresente que vigila a reos y castiga la inmoralidad social, sobresalía en el ambiente social y cultural que inundaba la ciudad colonial quiteña, ya que era una novedad arquitectónica nunca antes vista (Larco, 2019). Este panóptico ideado para Quito tenía un soporte arquitectónico basado en el modelo imaginado por Bentham, mas no un soporte filosófico. Ya que la reforma penitenciaria se enfocaba en el control social y en la importancia de la encarcelación de todo aquel que corrompa las normas -morales y legales- de la sociedad, el propósito utilitarista iniciado por Bentham se encontraba inhibido por el propósito retributivo subyacente que florecía en el gobierno de García Moreno (Larco, 2019).

A pesar de que el panóptico fuera admirado por la población quiteña debido a su grandeza arquitectónica, posterior al asesinato del presidente García Moreno, problemas como hacinamiento carcelario en la Penitenciaría Nacional y la utilización de castigos crueles como la pena de muerte conllevaron a un incremento exponencial del criticismo hacia el panóptico (Larco, 2019). Posteriormente, una significativa cantidad de cambios sociales, culturales, y económicos resultaron en varias reformas penitenciarias y penológicas, incluyendo la abolición de la pena de muerte como castigo legítimo en 1906 (Cuesta & Sarie, 2020). Consecuentemente, a lo largo del siglo XX, Ecuador evidenció la inauguración de varias cárceles, incluyendo la Penitenciaría Modelo del Litoral, la cual no fue basada en el panóptico de Bentham, sino en un modelo más humanitario que facilitaba la rehabilitación de reclusos (Larco, 2019). Desde entonces, ya existía corrupción de manejo carcelario que resultaba en negligencia en las necesidades básicas de los reclusos, en una infra contratación de personal capacitado para la administración penitenciaria, y hacinamiento (Larco, 2019).

El hacinamiento que ocurría en aquel entonces continúa en la actualidad, ya que el exceso de personas privadas de la libertad que residen en las instalaciones carcelarias supera la capacidad del diseño carcelario. Esto, consecuentemente, es lo que ha ocasionado que el sistema penitenciario ecuatoriano falle en su intento de rehabilitar reos, ya que solamente puede proveer retribución por la carencia de recursos, no solo en cuestión económica, sino en el aspecto espacial, y de abastecimiento de personal carcelario. Además, esta situación pone a los reos en riesgo constante y limita el poder del personal carcelario para detener la crimi-

alidad intracarcelaria (Guerrero, 2020). Además, como afirman Muñoz y Arrias (2020), “dentro de los centros penitenciarios del Ecuador opera un riesgo inminente para los reos” (pp. 21). El riesgo inminente que los reos enfrentan constantemente surge debido a que, según las cifras de la Secretaría de Rehabilitación Social, en 2018 existía un 36,93% de hacinamiento³⁷ en las cárceles ecuatorianas (Arrias et al., 2020).

Estas cifras conllevan a que las condiciones carcelarias sean no solo negligentes, sino también mortales para las personas privadas de la libertad. La sobrepoblación carcelaria tiene efectos perjudiciales en la salud mental y física de los reos, desde la propagación de enfermedades, hasta conducta violenta contra otros y la autoflagelación (Muñoz & Arrias, 2020). Por ejemplo, la salud de los prisioneros se ha visto vulnerada desde el inicio de la pandemia del Covid-19, ya que la sobrepoblación incrementa la probabilidad latente de contagios; esto desencadenó una propagación extrema del virus dentro de los centros penitenciarios, lo que llevó a que el gobierno ecuatoriano libere a 808 presos³⁸ antes de mediados del 2020 (Pacheco & Guerrero, 2021). Asimismo, se ha observado que varias infecciones de transmisión respiratoria tienen efectos de severidad incrementada dentro de los centros penitenciarios debido a la falta de ventilación, y sanitización infrecuente; esto, ocasiona que los síntomas de enfermedades como la neumonía duren más de lo común, o que exista una correlación directa entre el espacio disponible por un reo y su probabilidad de contagiarse de tuberculosis (Muñoz & Arrias, 2020). Además, las patologías psicológicas que surgen debido al hacinamiento incluyen comportamiento agresivo contra otros reclusos, ingesta de objetos no comestibles, una alta tasa de depresión y un incremento exponencial de la tasa de suicidios (Muñoz & Arrias, 2020).

La violencia que surge debido al hacinamiento se representó de manera clara en febrero del 2021, cuando varios motines en los centros pe-

37 Según el Decreto Ejecutivo 754, firmado por el expresidente ecuatoriano Lenin Moreno, la capacidad estimada de las cárceles ecuatorianas es de 27,742 reclusos, mientras que el número de reos se acerca a los 40,000 (Arrias et al, 2020).

38 Dentro de esta cifra, se encuentran incluidas personas privadas de la libertad que se encontraban cercanos a completar su sentencia, reos de encarcelación preventiva, y reos cuya infracción se relacionaba a pensiones alimenticias (Pacheco & Guerrero, 2021).

nitenciaros ecuatorianos causaron la muerte de más de 80 reclusos en cárceles en Cuenca, Guayaquil y Latacunga (Vivanco, 2020). Los motines ocasionaron pánico mediático debido a la naturaleza de la violencia reflejada en videos que rápidamente circulaban por las redes sociales, en los cuales se podía observar a reos desmembrando, apuñalando e incluso, decapitando a otros reos (“Amotinamientos en cárceles de Ecuador”, 2021). Dichos motines, además de haber sido el desenlace del hacinamiento, estuvieron directamente relacionados a redes de narcotráfico y el crimen organizado, que involucró a cinco bandas criminales relacionadas con el sangriento suceso, quienes enfrentaban disputas de liderazgo y ocupación de territorio a nivel nacional (“Amotinamientos en cárceles de Ecuador”, 2021). Esta lucha entre bandas criminales fragmentadas no es más que el reflejo del comercio del narcotráfico subyacente en Ecuador, el cual ocupa al país como área de transporte de sustancias ilícitas desde Colombia hacia Estados Unidos y varios países de la Unión Europea (Bhave, 2019).

Para poder cumplir con el propósito penológico propuesto por el sistema carcelario ecuatoriano, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) enfatiza la rehabilitación de reclusos a través de actividades, talleres, y la adquisición de habilidades que puedan servir en el mundo laboral tras el cumplimiento de la sentencia (“Como Funciona la Rehabilitación”, 2021). Según el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (2020), emitido por el SNAI, la pena de los reclusos debe ser ejecutada de manera en que el plan de rehabilitación esté “orientado a superar las causas que influyeron en el cometimiento del delito, procurando el desarrollo de habilidades, competencias y destrezas que permitan la convivencia en el centro, la rehabilitación y reinserción social” (Resolución 0031, Artículo 179).

Debido a varios estándares establecidos por el reglamento previamente mencionado, el sistema carcelario ecuatoriano intenta enfocarse en proveer educación y talleres a las personas privadas de la libertad, con el propósito de prevenir la asociación con bandas criminales o consumo de sustancias estupefacientes dentro de las cárceles. Lastimosamente, debido a la carencia de recursos carcelarios y la falta de personal, menos de un cuarto de toda la población carcelaria ecuatoriana puede acceder a

dichos beneficios de escolarización (“Como Funciona la Rehabilitación”, 2021). Por otro lado, se calcula que casi la mitad de todos los reos participan en alguna clase de deporte, lo que contribuye “al mejoramiento de la calidad de vida de las personas privadas de la libertad” (Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 2020, Resolución 0031, Artículo 212).

Para poder pagar la rehabilitación digna que Ecuador afirma que brinda a sus prisioneros, hasta el 2019, el Ministerio de Justicia se encargaba de manejar los presupuestos de todas las entidades relacionadas a la justicia, desde las cortes judiciales de gobierno, hasta las cárceles; sin embargo, en el 2020, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad (SNAI), se incluyó por primera vez dentro de ese presupuesto (González, 2019). A pesar de que la crisis carcelaria ecuatoriana comenzó hace más de dos décadas, dicha crisis empeoró durante el gobierno del expresidente Lenin Moreno, quien redujo el presupuesto carcelario de 131 millones de dólares en 2017, a 91 millones de dólares en 2021, lo que equivale a una reducción de casi un tercio del presupuesto total (Pérez, 2021). Como lo afirma Fausto Cobo, el ex director del SNAI, este problema de austeridad presupuestaria y crisis carcelaria “viene acumulándose de años atrás” (Associated Press, 2021). En el 2018, se calculaba que se necesitaba 800.000 dólares diarios para sustentar el sistema penitenciario ecuatoriano, lo equivalente a casi 300 millones de dólares anuales (González, 2019). En el efímero presupuesto destinado para las cárceles se encuentran incluidos los gastos de alimentación, rehabilitación, y los sueldos de los miembros del personal carcelario, de los cuales se calcula que hay uno o dos por cada 800 reos (“El Hacinamiento Impide la Rehabilitación,” 2021).

Además del limitado presupuesto dedicado al sistema penitenciario, el manejo de las cárceles ha sido deficiente en varios frentes, sobre todo cuando se trata de corrupción, ya que de la inversión de 38 millones de dólares extra que se había prometido para el 2019, se ocupó solamente el 4% del total (“Plan Para Transformar las Cárceles,” 2021). Sin embargo, el nuevo gobierno ecuatoriano, liderado por los esfuerzos de Guillermo Lasso en reducir el hacinamiento, ha propuesto una inversión de casi siete millones de dólares para la contratación de guardias carcelarios y actualización de infraestructura (“Un Presupuesto Millonario,” 2021). A

pesar de que esta iniciativa contribuye al ligero mejoramiento del sistema carcelario ecuatoriano, el mínimo incremento de presupuesto propuesto no equivale ni siquiera la mitad del presupuesto que el Plan del Sistema de Rehabilitación requeriría para ser utilizado de manera mínimamente funcional (“Un Presupuesto Millonario,” 2021). De cumplirse con el plan de reforma carcelaria planteada, se calcula que el hacinamiento podría reducir al 12,96% (“El Hacinamiento Impide la Rehabilitación,” 2021).

Así, es sencillo concluir que Ecuador, a pesar de afirmar que su propósito penológico está enfocado en la rehabilitación, de manera no intencional se enfoca en un propósito de retribución e incapacitación. Además de esto, la prevención del crimen futuro al proveer una rehabilitación satisfactoria a las personas privadas de la libertad se encuentra en el frente de todo el propósito penológico acogido por el gobierno ecuatoriano (Tixi et al., 2021). Ahora bien, este principio busca reinsertar al reo a la sociedad tras cumplir con la pena establecida; sin embargo, el sistema penitenciario ecuatoriano no es capaz de proveer las condiciones aptas para que un reo sea lo suficientemente rehabilitado como para reinsertarse en la sociedad. No es debido a la falta de principios o voluntad del gobierno ecuatoriano, sino a diferencias políticas y la corrupción subyacente del gobierno, lo que ocasiona reducciones presupuestales y austeridad en la mayoría de los sectores del país, incluyendo el sistema penitenciario. Por lo tanto, Ecuador basa su penología en métodos retributivos involuntarios, los cuales no disuaden el crimen futuro, ni rehabilitan a los reos como el sistema carcelario propone, sino que quebrantan los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

VI. Conclusiones

Como se ha descrito en este artículo, varias teorías penológicas yacen bajo las metodologías utilizadas por varios sistemas carcelarios. Es crucial analizar la aplicación de dichas teorías en los sistemas carcelarios estudiados, para así determinar la eficiencia de cada teoría y así, concluir qué tipo de políticas carcelarias benefician al sistema penitenciario ecuatoriano para reducir la violencia carcelaria e incrementar la seguridad social.

Antes de discutir las recomendaciones y posibles reformas para el sistema penitenciario ecuatoriano, es importante analizar las limitaciones enfrentadas durante la elaboración de este artículo, y durante la obtención de información investigativa precisa. Obtener fuentes científicas e investigativas de Ecuador representó un desafío significativo durante el proceso de indagación. Esto se debe a la limitada y deficiente capacidad de guardado de datos públicos y a la falta de transparencia presupuestal de las entidades ecuatorianas. Por lo tanto, una gran porción de las cifras obtenidas sobre el sistema carcelario ecuatoriano procede de fuentes secundarias de investigación. Asimismo, una representativa cantidad de temas abordados en los sistemas de Noruega y Estados Unidos no pudieron ser abordados en la sección dedicada al sistema ecuatoriano. Por ejemplo, las tasas de reincidencia de Noruega y Estados Unidos son cifras exactas sustentadas por bases de datos nacionales. Por el contrario, no se encontró fuentes confiables que proporcionen un porcentaje de reincidencia penal preciso en el sistema carcelario ecuatoriano.

Además, es importante recalcar que estos análisis son una generalización de los sistemas penales; es decir, dentro de cada país existen circunstancias carcelarias que exceden o que no se asemejan a la descripción dada en este artículo. Por ejemplo, Estados Unidos divide su sistema carcelario en jurisdicciones que manejan las cárceles de maneras diversas y utilizan diferentes propósitos penológicos como una guía de la sentencia. Además, el ambiente político presente en cada estado influye de manera crucial en el manejo carcelario y redirección presupuestaria.

VII. Recomendaciones

Para empezar con las recomendaciones, se argumenta que, de los tres sistemas penitenciarios analizados a profundidad, el sistema noruego es el más eficiente cuando se trata de manejar la violencia carcelaria, reducir el crimen futuro, y proveer una rehabilitación digna a sus reos. Es decir, Noruega enfoca sus recursos financieros y humanos en los propósitos penológicos de rehabilitación, disuasión, y restauración. En contraste, Ecuador intenta rehabilitar a las personas privadas de la libertad -lo cual, tras analizar el sistema noruego, parece ser el modelo penológico más eficiente-, pero no utiliza una suficiente cantidad de recursos

del país para dicha rehabilitación. Es decir, Ecuador percibe al sistema penitenciario como un gasto, mas no como una inversión. Sin embargo, es importante recalcar que, con base en la experiencia del sistema estadounidense, las limitaciones presupuestales conllevan a mayores gastos a largo plazo, y a menores mejoras del sistema. Esto se debe a que la austeridad resulta en un porcentaje de reincidencia penal mayor, lo que significa que los reos que terminen su sentencia eventualmente regresarán a los centros de detención.

La incertidumbre sobre la obtención presupuestal para el manejo de cárceles en Ecuador es preocupación frecuente del público y de oficiales del gobierno. Ciertamente, una de las pocas maneras de acoplar el presupuesto ecuatoriano para conseguir un sistema carcelario eficiente, es aumentando la tasa tributaria a los ingresos, y otros bienes. La noción del aumento de impuestos, además de ser controversial y de índole mediático viral, representa la preocupación del pueblo ecuatoriano que pertenece a la clase trabajadora. Indudablemente, el aumento de impuestos en bienes como el transporte o la alimentación afectan desproporcionadamente a las minorías económicas y étnicas del país, las cuales ya han sido históricamente afectadas por el status quo. Asimismo, varias propuestas de previos gobiernos, e incluso del actual, defienden la disminución presupuestal, y la eliminación de subsidios en bienes básicos. Es por eso, que abogo por la correcta utilización de un programa de impuestos progresivo, en donde quienes más obtienen económicamente -quienes se benefician del sistema económico en el que vivimos- sean los que más impuestos paguen en cuestión porcentual.

Como se mencionó anteriormente, los tres países analizados utilizan sistemas tributarios progresivos; sin embargo, en Noruega la alta tributación no representa una carga significativa en la clase trabajadora debido al sistema benefactor bajo el cual el modelo económico nórdico opera. En Noruega, una tasa de impuestos elevada no es significativa debido al libre acceso a la educación, su sistema de salud gratuito, la ayuda de desempleo y la garantía de vivienda temporal para aquellos que no tienen donde guarecerse. Bajo el sistema noruego, se podría argumentar que la obtención presupuestal del gobierno (la cual recae en gran parte en la clase que posee los bienes de producción y las elites) representa la seguridad de la sociedad, la cual obtienen tras renunciar a una porción del

fruto de su labor, como lo defendería el contrato social de Hobbes, Locke y Rousseau. Así, reformando el sistema tributario ecuatoriano, se podría obtener fondos suficientes para invertir en una reforma social y carcelaria. Es decir, se cree que, si una gran proporción de ecuatorianos tuvieran acceso a educación, vivienda, salud, entre otras necesidades básicas, el crimen podría reducirse, lo cual disminuiría la carga puesta sobre el sistema penitenciario y garantizaría mayor seguridad social.

No obstante, reformar la legislación tributaria no es suficiente. Eso se puede observar a través de las fallas del sistema penitenciario estadounidense, el cual invierte billones de dólares anuales en cárceles y el sistema de justicia. Debido a la polarización política presente en el país, existe una demonización racial y económica en el sistema de justicia estadounidense. Ya que, en sí, Estados Unidos es un país creado a partir de la explotación, las diferencias sociales, raciales y económicas persisten en la actualidad y pueden evidenciarse claramente en las discrepancias del sistema penal. Consecuentemente, Ecuador no solo debería enfocarse en el presupuesto sino en un cambio de mentalidad sistemática, y en promover conciencia sobre la desigualdad en el país. El pueblo ecuatoriano debe conocer las razones por las que el crimen sucede, y debe comprender que el crimen, por injusto que parezca, es una condición esencial de cualquier sociedad funcional. Así, es importante que los ecuatorianos entiendan que los reos son personas cumpliendo una pena por su infracción cometida; no son seres no sintientes que renuncian a sus derechos humanos. Además, se debe reconocer las maneras en las que el sistema penal ecuatoriano perpetúa la desigualdad social y económica al castigar “crímenes de calle” e ignorar crímenes corporativos.

Ahora, en cuestión de política carcelaria específica, Ecuador debe continuar con su enfoque de rehabilitación (el cual es deficiente y fallido en la actualidad) e intentar moldearlo a partir del modelo penitenciario noruego. Se debe enfatizar la normalidad dentro de los centros de rehabilitación, en donde los reos puedan convivir como en una sociedad. Además, es crucial evitar la explotación laboral de reos; la esclavitud es prohibida y no debería justificarse en ninguna circunstancia. Al contrario, debería enfocarse en implementar un sistema laboral intracarcelario que sea diverso, en el cual todos los reos puedan adquirir habilidades útiles y justamente remuneradas. Cuando se trata de educación, es crucial

que Ecuador complete la educación primaria y secundaria de aquellos reos que no hayan adquirido su educación previa a su sentencia y que ofrezca educación universitaria gratuita para aquellos que deseen obtener un título de educación superior.

Adicionalmente, el gobierno ecuatoriano debe enfocar una gran parte de su presupuesto para reducir la población carcelaria. Eso no solo se logra construyendo y modernizando centros de rehabilitación con arquitectura diseñada para mejorar la condición de los reos, sino también, reformando la legislación sobre sentencias menores y límite de sentencia mínima. Es decir, el consumo y posesión de drogas no letales debería ser despenalizado para así evitar el hacinamiento carcelario, en el cual un gran número de ofensores son personas no violentas que entran a un ambiente carcelario atroz. Además, es importante mejorar la utilización de libertad condicional y de sentencias no privativas de libertad (como servicio comunitario o detención doméstica condicional), para así evitar que él individuo se relacione de manera directa con el sistema penitenciario.

Para hacer cumplir con dichas sentencias no privativas de libertad, es necesario la contratación de personal policial que esté extensivamente capacitado y dignamente remunerado. Lastimosamente, la fuerza policial moderna del Ecuador está plagada de personas con educación y capacitación mínima, lo que atrae a aquellos que buscan salario estable con esfuerzos limitados. Se propone que los requisitos para ser policía aumenten de manera significativa, al igual que la remuneración, para que solamente aquellos que están atraídos por la profesión y no por el “dinero fácil” sean los que obtienen la posición de proteger a la sociedad. Como se mencionó, una gran parte de la fuerza policial se encuentra desapegada de su labor, lo que conlleva a alienación laboral y realización de labor negligente. En este mismo sentido, los guardias carcelarios deben obtener una remuneración que les permita encontrar valor social y cultural en el trabajo que realizan; además, los requisitos para ser guardia correccional deben incluir algún tipo de título de cuarto nivel. Al obtener personal calificado, que sea proporcional al número de reclusos que habitan cada prisión, el control dentro de las cárceles mejoraría exponencialmente.

Tomando en cuenta las recomendaciones previas, se asume que la violencia carcelaria en Ecuador reduciría debido al mayor control de se-

guridad interno y externo a los centros de rehabilitación. Así como la educación y el trabajo dentro de las instalaciones facilitan la distracción y rehabilitación de los reclusos, las políticas sociales y económicas del país contribuirían a mayor igualdad social y, por lo tanto, menos crimen. De esta manera, puede observarse que un sistema penitenciario ideal en Ecuador no solamente se enfocaría en rehabilitación, ya que esto falla de manera rotunda en la actualidad, sino en la menor cantidad de incapacidad posible, en la disuasión del crimen futuro, como lo buscan los propósitos penológicos utilitaristas, y la restitución social a través de políticas gubernamentales, como lo afirma el contrato social.

Varios sistemas penales internacionales ocupan una combinación de diversos propósitos penológicos, pero se puede inferir que la combinación más ideal es la utilizada en Noruega, en donde la rehabilitación asegura que los derechos prisioneros se respeten para que puedan ser habitantes carcelarios complacientes y ciudadanos ejemplares tras su liberación. Además, la disuasión disminuye la probabilidad de reincidir, lo que mejora el funcionamiento de la sociedad en sí y reduce el hacinamiento a largo plazo. Ciertamente, el sistema penitenciario ecuatoriano está lejos de ser considerado eficaz, pero eso no significa que sea un esfuerzo infructuoso promover conciencia sobre las alternativas que podrían utilizarse, para así exigir las a los líderes electos por el pueblo ecuatoriano.

Referencias Bibliográficas

34 Muertos Durante Amotinamiento en Cárcel de Guayaquil. (2021). *El Universo*. Retrieved from <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/se-reportan-incidentes-en-carcel-de-guayaquil-nota/>

American Civil Liberties Union. (2021a). U.S. Supreme Court weighs 100-to-1 Disparity in Crack/Powder Cocaine Sentencing. *ACLU*. Retrieved from <https://www.aclu.org/press-releases/us-supreme-court-weighs-100-1-disparity-crackpowder-cocaine-sentencing>

American Civil Liberties Union. (2021b). Mass Incarceration. *ACLU*. Retrieved from <https://www.aclu.org/issues/smart-justice/mass-incarceration>

- American Civil Liberties Union. (2021c). Solitary Confinement. *ACLU*. Retrieved from <https://www.aclu.org/issues/prisoners-rights/solitary-confinement>
- American Jail Association. (2021). Jail Statistics. *AJA*. Retrieved from <https://www.americanjail.org/jail-statistics>
- Amotinamientos en Cárceles de Ecuador: 3 Claves Que Explican Qué Hay Detrás de la Masacre Carcelaria Que Dejó 79 Muertos. (2021). *BBC News Mundo*. Retrieved from <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56186555>
- Anant, D. (2021). Retributivism: Punishment and Justification. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 16(1), 17-33. DOI: 10.5281/zenodo.4756184
- Anderson, L. (2021). Des Moines County jail will increase food for inmates. *The Hawk Eye*. Retrieved from <https://www.thehawkeye.com/story/news/local/2021/01/19/dmc-inmates-get-more-food/4211035001/>
- Arrias Añez, J. C. J., Plaza Benavides, B. R., & Herráez Quezada, R. G. (2020). Interpretación del sistema carcelario ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 16-20.
- Associated Press. (2021). Ecuador Intentará Eliminar El Hacinamiento de las Cárceles. *AP News*. Retrieved from <https://apnews.com/article/noticias-15ba14c3f07ef0f3791ad965ebe95541>
- Báez, J. (2020). ¿Cuánto pagan por impuestos las élites Económicas en Ecuador? *Instituto de Investigaciones Economicas Universidad Central del Ecuador*. Retrieved from <https://coyunturaueiie.org/2020/10/18/cuanto-pagan-por-impuestos-las-elites-economicas-en-ecuador/>
- Barrett, E. (2019). Mistreatment and Abuse. *Sites at Penn State*. Retrieved from <https://sites.psu.edu/erincivicissue/2019/03/13/mistreatment-and-abuse-within-prisons/>
- Beckett, K., & Francis, M. M. (2020). The Origins of Mass Incarceration: The Racial Politics of Crime and Punishment in the Post-Civil Rights Era. *Annual Review of Law and Social Science*, 16(1), 433-452. DOI: 10.1146/annurev-law-socsci-110819-100304

- Berlioz, D. (2019). "We are more like social workers than guards". *HesaMag*, 19, 23-26. Retrieved from: https://etui.org/sites/default/files/Hesamag_19_EN-23-26.pdf
- Bertram, W. (2020). Returning from prison and Jail is hard during normal times - it's even more difficult during COVID-19. *Prison Policy Initiative*. Retrieved from <https://www.prisonpolicy.org/blog/2020/09/02/covidreentry/>
- Bhave, S. (2019). Guayaquil Remains Ecuador's Busy Cocaine Gateway to Europe. *Insight Crime*. Retrieved from <https://insightcrime.org/news/brief/guayaquil-ecuador-cocaine-gateway-europe/>
- Bird, B. (2021). How much does the average American pay in taxes? *The Balance*. Retrieved from <https://www.thebalance.com/what-the-average-american-pays-in-taxes-4768594>
- Birenbaum, G. (2021). The Equal Act Would Finally Close the Cocaine Sentencing Disparity. *Vox*. Retrieved from <https://www.vox.com/2021/3/19/22336224/equal-act-cocaine-sentencing-disparity-war-on-drugs>
- Bouffard, K. (2019). Could Norway's mental health focus reduce incarceration in Michigan? *The Detroit News*. Retrieved from <https://www.detroitnews.com/story/news/special-reports/2019/10/10/norway-prison-model-fixing-mental-illness-problems-michigan-prisons/1504226001/>
- Bregman, R. (2020). Here's a radical idea that will change policing, transform prisons and reduce crime: Treat criminals like human beings. *The Correspondent*. Retrieved from <https://thecorrespondent.com/622/heres-a-radical-idea-that-will-change-policing-transform-prisons-and-reduce-crime-treat-criminals-like-human-beings/82295069692-ae1ac43>
- Bronsther, J. (2021). The limits of retributivism. *New Criminal Law Review*, 24(3), 301-325. DOI: 10.1525/nclr.2021.24.3.301
- Brooks, A. (2019). Breaking Down the Different Types of Prisons in America. *Rasmussen University*. Retrieved from <https://www.rasmussen.edu/degrees/justice-studies/blog/different-types-of-prisons/>
- Bruckshaw, T. (2020). Lex Talionis: A Look at the Conceptualization of the Victim in Exodus 21:22–5. *Logos*, 5, 5-7. DOI: <https://cners-sa.sites.olt.ubc.ca/files/2020/08/Logos-2020.pdf>

- Cabeza de Baca, E. (2019). *Just Space: Material and phenomenal alternatives to cruel and unfortunately usual architecture* (Unpublished master's thesis). Retrieved from Proquest Digital Dissertations.
- Chauviere, J. (2021). Is prison labor slave labor? A look at both sides. *Dressembler*. Retrieved from <https://www.dressembler.org/blog/is-prison-labor-slave-labor-a-look-at-both-sides>
- Coates, D. J. (2020). Extending the Limits of Blame. *Criminal Law and Philosophy*, 15(2), 207-215. DOI: 10.1007/s11572-020-09545-6
- Cómo Funciona la Rehabilitación Social en las Cárceles de Ecuador. (2021). *El Universo*. Retrieved from <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/como-funciona-la-rehabilitacion-social-en-las-carceles-de-ecuador-nota/>
- Coppola, F. (2019). The brain in solitude: an (other) eighth amendment challenge to solitary confinement. *Journal of Law and the Biosciences*, 6(1), 184-225. DOI: 10.1093/jlb/lbz014
- Correctional Officer Edu. (2021). Job Requirements for State and Federal Correctional Officers. *Correctional Officer Edu*. Retrieved from <https://www.correctionalofficeredu.org/correctional-officer-requirements/>
- Crane, M. (2021). Drug Classifications: Narcotics and Prescription Drugs Schedules. *American Addiction Centers*. Retrieved from <https://americanaddictioncenters.org/prescription-drugs/classifications>
- Crime and Justice News. (2019). Is Norway a model for better prison practices? *The Crime Report*. Retrieved from <https://thecrimereport.org/2019/10/10/is-norway-a-model-for-better-prison-practices/>
- Cuánto y cuándo se debe pagar el impuesto a la renta correspondiente al año 2020. (2021). *El Universo*. Retrieved from <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/cuanto-y-cuando-se-debe-pagar-el-impuesto-a-la-renta-del-ano-2021-nota/>
- Cuesta, L., & Sarie, A. A. (2020). La pena de muerte como máximo castigo y su impacto en la sociedad contemporánea. *Revista Cumbres*, 6(2), 22-34. DOI: 10.48190/cumbres.v6n2a2

- Dizerega, M. (2021). College in Prison. *Vera Institute of Justice*. Retrieved from <https://www.vera.org/projects/college-in-prison>
- Donovan, J. (2021). Prison food is way worse than you'd expect. *How Stuff Works*. Retrieved from <https://people.howstuffworks.com/prison-food.htm>
- Dorjsuren, B. (2020). Norway's prison system benefits its economy. *Borgen Project*. Retrieved from <https://borgenproject.org/norways-prison-system/>
- Drug Policy Alliance. (2021). A Brief History of the Drug War. *Drug Policy Alliance*. Retrieved from <https://drugpolicy.org/issues/brief-history-drug-war>
- Dugdale, W. J. (2020). *Interprofessional collaborative practice in the Norwegian prison system: A case study exploration of front-line professionals at two transitional residences reintegrating inmates back into society* (Unpublished doctoral dissertation). Bournemouth University. Retrieved from http://eprints.bournemouth.ac.uk/34432/8/DUGDALE%2C%20William%20John_Ph.D._2020.pdf
- Economic Research Institute. (2021). Correctional Officer Salary in Bodø, Norway. *ERI*. Retrieved from <https://www.eri.com/salary/job/correctional-officer/norway/bod%C3%B8>
- Ecuador gasta USD 800 mil diarios en el sistema de rehabilitación social. (2019). *Notimundo*. Retrieved from <https://notimundo.com.ec/ecuador-gasta-usd-800-mil-diarios-en-el-sistema-de-rehabilitacion-social/>
- Eisen, L. (2020). The Violence Against People Behind Bars That We Don't See. *Time*. Retrieved from <https://time.com/5884104/prison-violence-dont-see/>
- El Hacinaamiento Impide la Rehabilitación en las Cárceles de Ecuador. (2021). *Primicias*. Retrieved from <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/hacinamiento-carceles-impide-rehabilitacion-ecuador/>
- Fair Fight Initiative. (2021). Solitary Confinement and Prison Guard Abuse. *Fair Fight Initiative*. Retrieved from <https://www.fairfightinitiative.org/solitary-confinement-and-prison-guard-abuse>
- Fairchild, G. G. (2020). Segregation in 2020: Why Aren't We Moving Forward? *News Wise*. Retrieved from <https://www.newswise.com/articles/segregation-in-2020-why-aren-t-we-moving-forward>

- Fay, B. (2021). 2020-2021 Tax Brackets & rates for each income level. *Debt*. Retrieved from <https://www.debt.org/tax/brackets/>
- Federal Bureau of Prisons. (2021). Correctional Officer. *BOP*. Retrieved from <https://www.bop.gov/jobs/positions/index.jsp?p=Correctional+Officer>
- Ford, M. (2019). The Everyday Brutality of America's Prisons. *The New Republic*. Retrieved from <https://newrepublic.com/article/153473/everyday-brutality-americas-prisons>
- Foster, B. R., & Foster, K. P. (2021). The age of Hammurabi. *Civilizations of Ancient Iraq*, 71-86. DOI: 10.2307/j.ctv1j666r3.9
- Freedom United. (2021). Prison labor and modern slavery. *Freedom United*. Retrieved from <https://www.freedomunited.org/prison-labor-and-modern-slavery/>
- Garcia, T. (2020). People Are Calling To Abolish Prison Labor; Here's What That Actually Means. *Bustle*. Retrieved from <https://www.bustle.com/rule-breakers/what-does-prison-labor-really-mean-should-we-abolish-it-27626108>
- Gedeon, C., Sandell, M., Birkemose, I., Kakko, J., Rúnarsdóttir, V., Simojoki, K.,... Alho, H. (2019). Standards for opioid use disorder care: An assessment of nordic approaches. *Nordic Studies on Alcohol and Drugs*, 36(3), 286-298. DOI: 10.1177/1455072518815322
- Gerton, H. (2021). Rehabilitation or Punishment: An Analysis of the Goals, Architecture and Effectiveness of Contemporary Prisons. Eugene, Oregon: University of Oregon. Retrieved from <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/handle/1794/26519>
- Ghandnoosh, N. (2019). U.S. Prison Population Trends: Massive Buildup and Modest Decline. *The Sentencing Project*. Retrieved from <https://www.sentencingproject.org/publications/u-s-prison-population-trends-massive-buildup-and-modest-decline/>
- Gilmour, A. (2021). Las Reglas Nelson Mandela: La Protección de los Derechos de las personas privadas de libertad. *Naciones Unidas*. Retrieved from <https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/las-reglas-nelson-mandela-la-protecci%C3%B3n-de-los-derechos-de-las-personas-privadas-de>

Comparación de sistemas penitenciarios internacionales basada en teorías de la pena desde una perspectiva filosófica: Cómo el sistema carcelario ecuatoriano podría restaurarse para evitar la violencia carcelaria

- González, M. A. (2019). En 2020 Las Cárceles Tendrán Menos Dinero y Los Mismos Problemas. *Primicias*. Retrieved from <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/carceles-2020-menos-presupuesto/>
- González, D., & Zambrano, R. (2021). Impuesto al Valor Agregado: Su aplicación en América. *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*. Retrieved from <https://www.ciat.org/ciatiatblog-impuesto-al-valor-agregado-su-aplicacion-en-america/>
- Gramlich, J. (2021). 10 facts about the death penalty in the U.S. *Pew Research Center*. Retrieved from <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/07/19/10-facts-about-the-death-penalty-in-the-u-s/>
- Greenspan, S. (2020). Cruel and unusual punishment in the USA. *Public Integrity*, 22(6), 637-639. DOI: 10.1080/10999922.2020.1795433
- Guerrero, B. V. (2020). El Hacinamiento Carcelario en Ecuador. *Revista Caribeña De Ciencias Sociales*, 1(1), 1-9. <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/09/hacinamiento-carcelario.html>
- Gulliver, K. (2021). The Evolution of Amusement Parks. *City Journal*. Retrieved from <https://www.city-journal.org/the-evolution-of-amusement-parks>
- Harris, J. (2020). Treatises of Government and Treatises of Anarchy: Locke versus Filmer Revisited. *Locke Studies*, 19, 1-32. DOI: 10.5206/ls.2019.8185
- Haubursin, C., & Barton, G. (2019). How Norway designed a more humane prison. *Vox*. Retrieved from <https://www.vox.com/videos/2019/4/12/18301911/norway-humane-prison>
- Hayes, T. (2020). The economic costs of the U.S. Criminal Justice System. *American Action Forum*. Retrieved from <https://www.americanactionforum.org/research/the-economic-costs-of-the-u-s-criminal-justice-system/>
- He, E., & Grundy, B. (2021). The Effect of Capital Punishment Abolition on Crime: An Analysis of the Deterrent Effect. *Washington University Open Scholarship*. Retrieved from <https://openscholarship.wustl.edu/bsba/5/>
- Helliwell, J., Layard, R., Sachs, J., & De Neve, J. (Eds.). (2020). *World Happiness Report 2020* (Vol. 8). New York, NY: Sustainable Development Solutions Network.

- Herring, T. (2020). The research is clear: Solitary confinement causes long-lasting harm. *Prison Policy Initiative*. Retrieved from https://www.prisonpolicy.org/blog/2020/12/08/solitary_symposium/
- Herscowitz, E. (2021). US Recidivism Rates Stay Sky High. *The Crime Report*. Retrieved from <https://thecrimereport.org/2021/07/30/us-recidivism-rates-stay-sky-high/>
- Herszenbaun, M. (2019). Sobre el fundamento práctico de la pena en Immanuel Kant. *Isonomía - Revista De Teoría Y Filosofía Del Derecho*, 50. DOI: 10.5347/50.2019.151
- Hodge, J. (2021). Fifty Years Ago Today, President Nixon Declared the War on Drugs. *Vera Institute of Justice*. Retrieved from <https://www.vera.org/blog/fifty-years-ago-today-president-nixon-declared-the-war-on-drugs>
- How much does the average person spend per year? (2021). *Oberlo*. Retrieved from <https://www.oberlo.com/statistics/how-much-does-the-average-person-spend-per-year>
- How Norway turns criminals into good neighbours. (2019). *BBC News*. Retrieved from <https://www.bbc.com/news/stories-48885846>
- Hunt, J. (2021). What is the average health insurance premium? *The Balance*. Retrieved from <https://www.thebalance.com/what-is-the-average-health-insurance-premium-4586358>
- Intriago, G. J., & Arrias, J. C. (2020). Hacinamiento de los centros penitenciarios del Ecuador y su incidencia en la transgresión de los derechos humanos de los reclusos. *Recimundo*, 4(1), 13-23. DOI: 10.26820/recimundo/4.(1).esp.marzo.2020.13-23
- James, K., & Vanko, E. (2021). The Impacts of Solitary Confinement. *Vera Institute of Justice*. Retrieved from <https://www.vera.org/publications/the-impacts-of-solitary-confinement>
- Janzer, C. (2019, 22 Febrero). North Dakota Reforms its Prisons, Norwegian Style [Editorial]. *U.S. News*. Retrieved from <https://www.usnews.com/news/best-states/articles/2019-02-22/inspired-by-norways-approach-north-dakota-reforms-its-prisons>

- Jones, T. (2021). War on Drugs and Racial Mass Incarceration. *Spiral*. Retrieved from <https://spiral.lynn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=s-tudentpubs>.
- Jorgenson, C. (2020). Oligarchy and the tripartite soul in Plato's Republic. *Apeiron*, 54(1), 59-88. DOI: 10.1515/apeiron-2018-0057
- Knowles, H. (2021). As juneteenth marks the end of slavery, lawmakers turn their focus to forced prison labor. *The Washington Post*. Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/history/2021/06/19/13th-amendment-prisons-juneteenth/>
- Kriminalomsorgen. (2021). About the Norwegian Correctional Service. Retrieved from <https://www.kriminalomsorgen.no/?cat=536003#>
- Kuhn, C. (2021). The U.S. spends billions to lock people up, but very little to help them once they're released. *PBS*. Retrieved from <https://www.pbs.org/newshour/economy/the-u-s-spends-billions-to-lock-people-up-but-very-little-to-help-them-once-theyre-released>
- Larco, C. (2019). Historia de las prisiones en Ecuador (1874-1980). In J. D. Cesano, J. A. Nuñez, & L. González (Eds.), *Historia de las Prisiones Sudamericanas: Entre experiencias locales e historia comparada (siglos XIX y XX)* (pp. 279-328). San Miguel de Tucumán: Editorial Humanitas.
- Larsen, B. K., Hean, S., & Ødegård, A. (2019). A conceptual model on reintegration after prison in Norway. *International Journal of Prisoner Health*, 15(3), 282-292. DOI: 10.1108/ijph-06-2018-0032
- Lawrence, A. (2021). Beyond Beccaria: Diverse Criticism of the Death Penalty in the Sixteenth, Seventeenth, and Eighteenth Centuries. *Honors Theses, 1718*. Retrieved from https://egrove.olemiss.edu/hon_thesis/1718/
- Leonard, J. (2020). Effects of solitary confinement on mental and physical health. *Medical News Today*. Retrieved from <https://www.medicalnewstoday.com/articles/solitary-confinement-effects>
- Lewis, N., & Lockwood, B. (2019). The Hidden Cost of Incarceration. *The Marshall Project*. Retrieved from <https://www.themarshallproject.org/2019/12/17/the-hidden-cost-of-incarceration>

- Lopez, G. (2019). The case for capping all prison sentences at 20 years. *Vox*. Retrieved from <https://www.vox.com/future-perfect/2019/2/12/18184070/maximum-prison-sentence-cap-mass-incarceration>
- Lynn, V. (2019). *Desistance in the Age of Mass Incarceration: Creating Collective Belonging in Prisons* (Doctoral dissertation, Stony Brook University, 2019) (pp. 1-299). Ann Arbor, MI: ProQuest.
- Mai, C., Belaineh, M., Subramanian, R., & Kang-Brown, J. (2019). *Broken Ground: Why America Keeps Building More Jails and What It Can Do Instead* (Rep.). Retrieved from Vera Institute of Justice website: <https://www.vera.org/downloads/publications/broken-ground-jail-construction.pdf>
- Martin, R., Kusev, P., Teal, J., Baranova, V., & Rigal, B. (2021). Moral Decision Making: From Bentham to Veil of Ignorance via Perspective Taking Accessibility. *Behavioral Sciences*, 11(66), 1-14. DOI: 10.3390/bs11050066
- Marwah, S., & Joplin, J. W. (2020). Modernizing and Activating Beccaria's Proportionality. *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, 12(1), Retrieved from <https://www.proquest.com/openview/7314a24cd4bbdcddcde-1309255258ba4c/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2030197>
- Maschi, T., & Morgen, K. (2021). Trauma and Diversity Among Older Adults in Prison. In *Aging Behind Prison Walls*. New York, NY: Columbia University Press. Retrieved from <https://www.degruyter.com/document/doi/10.7312/masc18258-004/html>
- May, L. C. (2020). Resilience and Resistance: Fighting for Higher Education in Prison. *Inside Higher Ed*. Retrieved from <https://www.insidehighered.com/views/2020/03/18/prisoner-describes-his-and-other-inmates-struggles-access-higher-education-opinion>
- Meatto, K. (2019). Still separate, still unequal: Teaching about school segregation and educational inequality. *The New York Times*. Retrieved from <https://www.nytimes.com/2019/05/02/learning/lesson-plans/still-separate-still-unequal-teaching-about-school-segregation-and-educational-inequality.html>
- Ministry of Foreign Affairs. (2020). International efforts to combat the death penalty. *Norwegian Government Security and Service Organization*. Retrieved

from https://www.regjeringen.no/en/topics/foreign-affairs/human-rights/ny-struktur/combat_death_penalty/id2008678/

- Morris, P. (2021). Sentenced to death, but innocent: These are stories of justice gone wrong. *National Geographic*. Retrieved from <https://www.nationalgeographic.com/history/article/sentenced-to-death-but-innocent-these-are-stories-of-justice-gone-wrong>
- Morrison, A. (2021). 50-Year War on drugs imprisoned millions of Black Americans. *The Associated Press*. Retrieved from <https://apnews.com/article/war-on-drugs-75e61c224de3a394235df80de7d70b70>
- National Conference of State Legislatures. (2021). States and Capital Punishment. *NCSL*. Retrieved from <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/death-penalty.aspx>
- Natoli, A. (2020). Plato and inherited punishment. *Ancient Philosophy*, 40(1), 135-156. DOI: 10.5840/ancientphil20204017
- Newman, G. R. (2020). *Civilization and barbarism: Punishing criminals in the twenty-first century*. Albany, New York: State University of New York Press. Retrieved from <https://books.google.com/books?id=3FnPDwAAQBAJ&dq=newman+punishment&hl=es&lr=>
- Nikel, D. (2020). Income tax in Norway 2020. *Life in Norway*. Retrieved October 01, 2021, from <https://www.lifeinnorway.net/income-tax/>
- Norway Personal Income Tax Rate. (2021). *Trading Economics*. Retrieved from <https://tradingeconomics.com/norway/personal-income-tax-rate>
- Norwegian Labour and Welfare Administration. (2021). Information about NAV's services and benefits. *NAV*. Retrieved from <https://www.nav.no/en/home/benefits-and-services/information-about-nav-s-services-and-benefits>
- Norwegian Partners. (2020). Norway Grants. *Administrația Națională a Penitenciarelor*. Retrieved from <http://anp.gov.ro/norwaygrants/en/norwegian-partners/>
- Nugroho, D. M., Firdaus, M. J., & Wijaya, A. J. (2020). The Anti-War Movement Through Romanticism of the Hippie Culture on Vietnam War 65-73. *Jurnal Hubungan Internasional*, 13(2), 295-312. DOI: 10.20473/jhi.v13i2.21290

- Olsthoorn, J. (2020). Leviathan Inc.: Hobbes on the nature and person of the State. *History of European Ideas*, 47(1), 17-32. DOI: 10.1080/01916599.2020.1779466
- Pacheco, M. E., & Guerrero, B. V. (2021). La COVID 19 y el sistema carcelario del ecuador: Diagnóstico en épocas de pandemia. *Crítica Y Derecho: Revista Jurídica*, 2(3), 30-43. DOI: 10.29166/cyd.v2i3.3187
- Pereboom, D. (2020). Incapacitation, Reintegration, and Limited General Deterrence. *Neuroethics*, 13, 87-97. DOI: 10.1007/s12152-018-9382-7
- Pérez, A. (2021). El Gobierno de Moreno redujo el presupuesto penitenciario un 30%. *Vistazo*. Retrieved from <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/el-gobierno-de-moreno-redujo-el-presupuesto-penitenciario-un-30-DG-VI228931>
- Phillips, S., & Steidley, T. (2020). A Systematic Lottery: The Texas Death Penalty, 1976 to 2016. *Columbia Human Rights Law Review*, 51(3), 1041-1069. Retrieved from <http://hrlr.law.columbia.edu/hrlr/a-systematic-lottery-the-texas-death-penalty-1976-to-2016/>
- Plan Para Transformar las Cárceles Apenas Se Ha Cumplido en el 4 %. (2021). *El Universo*. Retrieved from <https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/plan-para-transformar-las-carceles-apenas-se-ha-cumplido-en-el-4-nota/>
- Politico Magazine. (2020). 5 new policy ideas for fixing life after prison. *Politico*. Retrieved from <https://www.politico.com/news/magazine/2020/12/30/reentry-after-prison-solutions-450299>
- Powers, A. (2020). Prison Education and The Cure to America's Recidivism Problem. *Beyond Politics*, 10, 20-29. Retrieved from https://politicalscience.nd.edu/assets/401107/beyond_politics.pdf
- Powers, J. (2019). Roots of Mass Incarceration: The Policies That Led to 2.2 Million People Behind Bars. *WUWM*. Retrieved from <https://www.wuwm.com/podcast/spotlight/2019-11-04/roots-of-mass-incarceration-the-policies-that-led-to-2-2-million-people-behind-bars>
- Prison Fellowship. (2021). Prison Violence. *Prison Fellowship*. Retrieved from <https://www.prisonfellowship.org/resources/advocacy/prison-violence/>

- Rahim, Z. (2021). Happiness report: Why does Scandinavia always win? *Time*. Retrieved from <https://time.com/4706590/scandinavia-world-happiness-report-nordics/>
- Ralston, S. J. (2020). Penn State's Panopticon - The Higher Learning Futurist. *Medium*. Retrieved from <https://medium.com/the-higher-learning-futurist/penn-states-panopticon-3c76fccb6c2f>
- Rasin, L. (2020). What are prisons in Norway like, really? *Norway Today*. Retrieved from <https://norwaytoday.info/culture/what-are-prisons-in-norway-like-really/>
- Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social: Resolución 0031. (2020). Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. Retrieved from https://atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitacio%CC%81n-Social-SNAI-2020_compressed.pdf
- Rosenfeld, J. (2021). You're not paid based on your performance. *Harvard Business Review*. Retrieved from <https://hbr.org/2021/02/youre-not-paid-based-on-your-performance>
- Rosero, A. B. (2019). En 10 años el número de presos se triplicó; existen tres razones. *El Comercio*. Retrieved from <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/numero-presos-carceles-ecuador-sobrepoblacion.html>
- Safaei, S. (2020). Foucault's bentham: Fact or fiction? *International Journal of Politics, Culture, and Society*. DOI: 10.1007/s10767-019-09342-7
- Samson, L. (2019). Can the architecture of a prison contribute to the rehabilitation of its inmates? *Design Indaba*. Retrieved from <https://www.designindaba.com/articles/creative-work/can-architecture-prison-contribute-rehabilitation-its-inmates>
- Schofield, P. (2019). «The first steps rightly directed in the track of legislation»: Jeremy Bentham on Cesare Beccaria's Essay on Crimes and Punishments. *Dicottesimo Secolo*, 4, 65-74. DOI: 10.13128/ds-25439
- Schofield, P. (2020). Jeremy Bentham: Philosopher and Reformer. Retrieved from https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10105425/3/Schofield_Jeremy%20Bentham.%20Nothing%20but%20pleasure%20and%20pain_AAM.pdf

- Sinha, S. (2020). Theory of Utility and the Modern Legislation: A study of application of Bentham's Utilitarian Theory. *Journal of Legal Studies and Criminal Justice*, 1(1), 16-22. Retrieved from <https://royalliteglobal.com/jlscj/article/view/128>
- Slusarenco, S., & Pozneacova, V. (2021). The Concept of Social Contract in the Jean-Jacques Rousseau's Political Philosophy. *Intercof*, 64, 189-196. DOI: <https://ojs.ukrlogos.in.ua/index.php/interconf/article/download/13703/12554>
- Smith, A. A. (2019). Report shows benefit of prison education. *Inside Higher Ed*. Retrieved from <https://www.insidehighered.com/quicktakes/2019/01/16/report-shows-benefit-prison-education>
- Sonenscher, M. (2020). *Jean-Jacques Rousseau: The Division of Labour, the Politics of the Imagination and the Concept of Federal Government*. Leiden, The Netherlands: Brill.
- Sverdlik, S. (2019). Bentham on Temptation and Deterrence. *Utilitas*, 31(3), 246-261. DOI: 10.1017/s0953820819000104
- Sweet, J. (2020). History of the US prison system. *Stacker*. Retrieved from <https://stacker.com/stories/4894/history-us-prison-system>
- Tixi, D. F., Machado, M. E., & Iglesias, J. X. (2021). El cumplimiento de una de las finalidades de la pena, letra muerta en el Ecuador. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política Y Valores*, 8. DOI: 10.46377/dilemas.v8i.2793
- Toth, Z. J. (2020). Necessity or lack of need for capital punishment. *Changing Attitudes Towards the Death Penalty*, 25-33. DOI: 10.1007/978-3-030-47557-4_4
- Tuckness, A. (2020). Locke's Political Philosophy. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Retrieved from <https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>
- Turner, J., & Knight, V. (2020). *Prison cell: Embodied and everyday spaces of incarceration*. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan. DOI: 10.1007/978-3-030-39911-5
- Un Presupuesto Millonario Para Mejorar las Cárceles de Ecuador. (2021). *El Comercio*. Retrieved from <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/presupuesto-mejoramiento-carceles-ecuador-crisis.html>

- United Nations Human Rights. (2020). United States: Prolonged solitary confinement amounts to psychological torture, says UN expert. *Office of the High Commissioner of Human Rights*. Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25633>
- Váradi, R. C. (2020). Harmful Effects of Imprisonment, Overcrowding in Prisons – Facts, Reasons, and the Way Forward. *Central European Journal of Comparative Law*, 1(1), 27-50. Retrieved from <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=935166>
- Varkey, S. A., & Nair, V. V. (2021). Understanding Moral and Social Deterrence of Crime Prevention: Revisiting Cesare Beccaria in Criminal Justice Systems of USA & India. *Internet Journal of Restorative Justice*. Retrieved from <http://dspace.jgu.edu.in:8080/xmlui/handle/10739/4720>
- Vick, K., Cook, K. J., & Rogers, M. (2020). Lethal leverage: False confessions, false pleas, and wrongful homicide convictions in death-eligible cases. *Contemporary Justice Review*, 24(1), 24-42. DOI: 10.1080/10282580.2020.1755845
- Vivanco, J. M. (2021, February 25). Decenas de Muertos en Amotinamientos Carcelarios en Ecuador. *Human Rights Watch*. Retrieved from <https://www.hrw.org/es/news/2021/02/25/decenas-de-muertos-en-amotinamientos-carcelarios-en-ecuador>
- Wagner, P., & Bertram, W. (2020). “What percent of the U.S. is incarcerated?” (And other ways to measure mass incarceration). *Prison Policy Initiative*. Retrieved from <https://www.prisonpolicy.org/blog/2020/01/16/percent-incarcerated/>
- Waldridge, P. A. (2020). *Life in Prison* (Master’s thesis, Murray State University, 2020) (pp. 1-55). Murray: Murray State’s Digital Commons. Retrieved from https://digitalcommons.murraystate.edu/bis437/252/?utm_source=digitalcommons.murraystate.edu%2Fbis437%2F252&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Widra, E. (2020). No escape: The trauma of witnessing violence in prison. *Prison Policy Initiative*. Retrieved from <https://www.prisonpolicy.org/blog/2020/12/02/witnessing-prison-violence/>
- Wu, C., & Brady, P. (2020). Private Companies Producing with US Prison Labor in 2020: Prison Labor in the US, part II. *Corporate Accountability Lab*. Retrieved

ved from <https://corpaccountabilitylab.org/calblog/2020/8/5/private-companies-producing-with-us-prison-labor-in-2020-prison-labor-in-the-us-part-ii>

Young, S. M. (2019). Michel Foucault: Discipline. *Critical Legal Thinking*. Retrieved from <https://criticallegalthinking.com/2019/02/26/michel-foucault-discipline/>

Zitko, P. (2021). Redesigning Correctional Education to Meet 21st Century Learning Modalities. *Academia Letters*. DOI: 10.20935/al691

¿Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos?

Prison Crisis in a Constitutional State of Rights?

Andrés Sebastián Cevallos Altamirano*

Universidad Técnica de Ambato, Ecuador

Patricia Lissette Martínez Vaca**

Universidad Técnica de Ambato, Ecuador

Erick A. Panchi De Jesús***

Universidad Técnica de Ambato, Ecuador

Información del Artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 4 de junio de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 3 de enero de 2022

Citación

Cevallos, A., Martínez, P. & Panchi, E., (2021). Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos. *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE*. Edición 2021, p (291-336).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.63

* Estudiante del noveno semestre y becario por excelencia académica de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato en Ecuador. Estudiante de la VI Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal en la Universidad de Göttingen en Alemania. Becario de investigación en Lima-Perú. Voluntario jurídico en Fundación Dignidad. Investigador jurídico independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2767-4315> Correo electrónico: acevallos1603@uta.edu.ec.

** Estudiante de noveno semestre de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato en Ecuador. Investigadora jurídica y colaboradora en investigación económica. Correo electrónico: pmartinez0842@uta.edu.ec

*** Estudiante de noveno semestre de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato en Ecuador. Miembro de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Alli Causai. Investigador jurídico. Correo electrónico: epanchi3482@uta.edu.ec

Resumen: El artículo de investigación tiene como objetivo evidenciar las principales causas que inciden en la crisis carcelaria del Ecuador. Para el desarrollo se ha empleado un enfoque cualitativo con una técnica de entrevistas estructuradas. Resultados: El Ecuador cuenta con un déficit de 9932 agentes de seguridad penitenciaria; no cuenta con políticas públicas con enfoque de derechos humanos; no ha desarrollado su normativa interna o suscrito convenios internacionales en los últimos cinco años; no garantiza los derechos humanos y constitucionales de las personas privadas de libertad; las reformas del Código Orgánico Integral Penal sobre la imposibilidad de acceder a beneficios penitenciarios en ciertos delitos son contrarios a la Constitución de la República del Ecuador y constituyen vulneración al principio de progresividad y no regresividad. El 37,80% de la población penitenciaria está con prisión preventiva; el 0,32% son adultos mayores; y, el hacinamiento es del 28,29%. Y, se estima que para el 2022 haya un aumento del 41,96% de muertes violentas en los Centros de Rehabilitación del Ecuador en comparación con la cifra de corte del 2021. Esto quiere decir que se espera un rango de 450 muertes violentas.

Palabras clave: Crisis carcelaria, Estado Constitucional de Derechos, Vulneración de derechos humanos y constitucionales, Patrones de comportamiento del gobierno ecuatoriano, Políticas públicas, Progresividad y no regresividad de derechos.

Abstract: *The objective of this research article is to show the main causes that influence the prison crisis in Ecuador. A qualitative approach with a structured interview technique was used for its development. Results: Ecuador has a deficit of 9932 prison security agents; it does not have public policies with a human rights approach; it has not developed its internal regulations or signed international agreements in the last five years; it does not guarantee the human and constitutional rights of persons deprived of liberty; the reforms of the Organic Integral Penal Code regarding the impossibility of accessing prison benefits for certain crimes are contrary to the Constitution of the Republic of Ecuador and constitute a violation of the principle of progressiveness and non-regressivity. 37.80% of the prison population is in pretrial detention; 0.32% are elderly; and overcrowding is 28.29%. And, it is estimated that by 2022 there will be an increase of 41.96% of violent deaths in Ecuador's Rehabilitation Centers compared to the 2021 cut-off figure. This means that a range of 450 violent deaths is expected.*

Keywords: *Prison crisis, Constitutional State of Rights, Violation of human and constitutional rights, Ecuadorian government behavior patterns, Public policies, Progressivity and non-regressivity of rights.*

Introducción

Desde el año 2007, el Ecuador ha sufrido grandes transformaciones políticas y sociales mermadas por el gobierno de turno, que ante el abandono en el que se encontraba el sistema penitenciario, permitió un colapso de capacidad del 234%, es decir, un exceso de 16425 personas privadas de libertad (PPL)¹ en todo el país (Decreto Ejecutivo No. 585-A; SENPLADES, 2007). Resulta infranqueable no mencionar la ejecución de planes del gobierno encaminadas en la construcción de nuevos centros de rehabilitación social (CRS)², el mejoramiento de las infraestructuras existentes; y, la implementación de nuevos ejes de rehabilitación social (Decreto Ejecutivo No. 807; SENPLADES, 2007).

Para el 2008 nace el vigente modelo constitucional ecuatoriano que en su primer artículo postula: “El Ecuador es un estado Constitucional de Derechos y Justicia ...” (CRE, 2008). A primera vista, pareciera que estas diez palabras no tuvieran un alcance tan profundo, empero, es la base del cimiento de una nueva sociedad que responde a las nuevas exigencias y necesidades socio-jurídicas (Cevallos, 2021; Lozada y Ricaurte, 2015). Someramente, comprender el Estado Constitucional de Derechos es dejar de lado la ideología de “Estado de Derecho” recogida en la constitución de 1998 (González, 2018). De esta manera, nace el reconocimiento de las PPL como un grupo vulnerable. Por mejor decir, es un grupo de atención prioritaria para el Estado. Esto al reconocer que forman parte de la sociedad *ergo* aún gozan de derechos humanos inviolables. Para Robert Alexy (2002) el respetar los derechos constitucionales, sin distinción alguna, nos coloca a las personas en igualdad de condiciones.

1 Actualmente se les denomina personas adultas en conflicto con la ley. No obstante, para mejor comprensión se utilizará el término genérico de personas privadas de libertad o a su abreviatura, PPL.

2 Para efectos de la presente investigación, se considerarán como terminología sinónima: Centros de Rehabilitación Social (CRS) o Centros de Privación de Libertad (CPL).

En esa línea de ideas, el Estado ecuatoriano es el primer garante y responsable por las PPL (CRE, 2008; COIP, 2014, Corte IDH, 2020a). Como forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha asumido la responsabilidad de buscar mecanismos para la protección, promoción de sus derechos, adecuar su normativa interna a la internacional suscrita, realizar una progresividad en materia de derechos humanos (Corte IDH, 2020b).

Al buscar términos con los cuales resumir la situación carcelaria acaecida actualmente en Ecuador es posible remitirse al hacinamiento, sobrepoblación, abuso de la prisión preventiva, populismo penal, falta de política criminal, falta políticas públicas con enfoque de derechos humanos (Oña, 2020; Párraga, 2019; Krauth, 2018), entre muchas otras más. Actualmente, en el 2021, el problema no ha sido solucionado. Encontrándose en crisis el sistema penitenciario y el estado constitucional de derechos al no respetarse el espíritu de la norma; y, al no garantizarse los derechos constitucionales y humanos de las PPL (Cevallos, 2021). En el mismo sentido, Ávila (2018) ha advertido que el positivismo de la aplicación constitucional ecuatoriana es un mero formalismo escrito (Ávila, 2018). En palabras más sencillas, no se ejerce las garantías de los derechos plasmados en el texto constitucional.

Para la fecha que se escribe la presente investigación el problema penitenciario persiste. Como muestra de esto, los problemas multicausales se han exacerbado. Con todo lo expuesto, el presente artículo de investigación tiene como objetivo evidenciar las principales causas que inciden en la crisis carcelaria del Ecuador. Y, demostrar que, pese a que el Ecuador cuenta con un modelo vigente de Estado Constitucional de Derechos con un extenso bagaje normativo nacional e internacional de protección de derechos humanos de las PPL, revestidos como un grupo prioritario, el Estado ecuatoriano hace caso omiso a sus deberes constitucionales, y al desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH. Para cumplir con el objetivo responde a las siguientes cuestiones: ¿cuál es el impacto de los patrones negativos de comportamiento del gobierno ecuatoriano en la crisis carcelaria?, ¿qué políticas públicas con enfoque de derechos humanos se ha implementado a favor de las personas privadas de libertad?, ¿ha existido progresividad en materia de derechos humanos a favor de las personas privadas de libertad en los últimos cinco años?, ¿qué derechos consti-

tucionales y humanos se han vulnerado con la crisis carcelaria?, ¿Son compatibles las reformas del Código Orgánico Integral Penal con el fin rehabilitador de la Constitución de la República del Ecuador?.

Asimismo, aporta significativamente con datos cuantitativos no publicados y analizados desde los cinco últimos años (2017-2021) sobre las principales causas de la crisis carcelaria en el Ecuador como: cifras exactas del abuso de la prisión preventiva, especialmente, destaca el número de personas adultas mayores por sexo que están dentro de un centro de rehabilitación social; datos sobre hacinamiento carcelario; el número de guías penitenciarios frente a la población carcelaria. Además, no debe soslayarse que la importancia es aportar en el acervo científico de la crisis carcelaria, para que, se incentive a la indagación de este problema multicausal por parte de criminólogos, juristas investigadores, jueces y estudiantes. Resulta evidente su necesidad, pues, servirá de base para futuras investigaciones y predicciones. Debido a que, se estima que para el 2022 haya un aumento del 41,96% de muertes violentas en los Centros de Rehabilitación del Ecuador en comparación con la cifra de corte del 2021. Esto quiere decir que se espera un rango de 450 muertes violentas.

I. Breves antecedentes de la crisis carcelaria en el Ecuador

Para entender la magnitud del problema penitenciario en Ecuador es necesario partir del año 2007. Momento donde surgen grandes transformaciones políticas-sociales producidas por el gobierno entrante. En este año se declara —estado de emergencia³— en todas las cárceles del país, siendo renovado por una ocasión, esto ante el abandono en que se encontraba el sistema carcelario, sumada la sobrepoblación penitenciaria, la violación de los derechos humanos, entre otras circunstancias (Decreto Ejecutivo No. 441, 2007). Motivo por el cual, el ejecutivo dispuso que: se mejore la atención médica, las instalaciones penitenciarias, el trabajo, la

3 La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, denominada “estado de emergencia” al estado de excepción, hoy consagrado en el art.164 la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

educación, la recreación y la alimentación de las PPL (Decreto Ejecutivo No. 585-A, 2007).

Adicionalmente, el ejecutivo decretó que el “Fondo de Ahorro y Contingencias” se transfiera⁴ en favor de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social para financiar lo dispuesto en líneas anteriores (Decreto Ejecutivo No. 660, 2007). Meses después, se declara, una vez más —estado de excepción— en todas las prisiones del país, puesto que, las circunstancias negativas aún prevalecen (Decreto Ejecutivo Nro. 807, 2007). Para el 2008, el Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Culto (MJDH)⁵ presenta ante el ejecutivo un plan destinado a la construcción y puesta en funcionamiento de los CRS, creándose la Unidad Transitoria de Gestión Emergente⁶; en el mismo año, se declara —estado de excepción— el cual fue renovado por dos ocasiones, ya que así lo permitía la derogada Constitución de 1998 (Decreto Ejecutivo No. 922; 1032; 1142, 2008; CPRE, 1998).

Esto demostraba, hasta el momento, el grave problema carcelario, y la voluntad del gobierno entrante en mejorar y transformar el sistema de rehabilitación social propuesto en sus lineamientos de trabajo en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010. Dicho plan, determinó que para el 2007 el sistema de rehabilitación social se encontraba con un colapso de capacidad del 234%, es decir, que existían 16425 PPL en exceso en todo el país (SENPLADES, 2007). Sobre ello, Melossi y Pavarini (1980) ya mencionaban a la cárcel como una fábrica de hombres en la que se presenta un fracaso frecuente y una constante que a lo largo de los años se estructuró sobre los Estados. Con estos antecedentes, el Plan Nacional de Desarrollo se encaminó en fomentar el acceso a la justicia con la ejecución de una reforma completa al sistema de rehabilitación social —*verbi gratia*— la ampliación y mejora de infraestructuras carcelarias, la coordinación con la función judicial para que emita sentencias penales a tiempo (SENPLADES, 2007).

4 Se designó la cantidad de \$ 1.419,427,67 dólares americanos.

5 En 2007 se crea el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para 2010 tiene un cambio a Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. En 2018 se divide en la Secretaría de Derechos Humanos y se crea el SNAL.

6 Esta Unidad transitoria sería la encargada de ejecutar el proyecto de construcción de los CRS.

La política generada por el plan de gobierno se ejercía en siete ejes estratégicos para reestructurar el sistema nacional de rehabilitación social: 1) La creación de un sistema carcelario que garantice la vida; 2) La formación e incentivos de guías penitenciarios; 3) La promoción de reformar al código penal, de procedimiento penal y, de ejecución de penas; 4) La ampliación y mejora de la infraestructura penitenciaria; 5) La creación de alojamientos para PPL considerados no peligrosos; 6) La implementación de un programa coordinado con empresas sociales que permitan potencializar los conocimientos y capacidades de las PPL; 7) La creación de un programa de salud sexual y reproductiva (SENPLADES, 2007).

Para el 2009 con la continuidad del modelo de gobierno, persiste la transformación del sistema de rehabilitación social. Es así como, con el Plan Nacional para el Buen Vivir (2009-2013) reconoce la existencia de problemas como: la discriminación, marginación social de las PPL, la falta de recursos económicos que le permita ejecutar lo planteado hasta el momento, la incompatibilidad del nuevo modelo penitenciario con la normativa interna; y, sobre todo, reafirma el objetivo de implementar y mejorar la infraestructura penitenciaria (SENPLADES, 2009). Un elemento particular es el diagnóstico realizado por el gobierno en el 2013, donde determinó que entre 2012 y 2017 en los 35 CRS, las plazas carcelarias aumentaron de 7477 a 12036, contando con 20896 PPL; en otras palabras, se alcanzó a 143,1 PPL por cada 100mil habitantes, la menor tasa de PPL hasta ese momento (SENPLADES, 2013).

Para el 2013 el gobierno sigue conservando el poder; y, con él, su plan de consolidar la transformación penitenciaria. En el año 2017 el partido oficialista retiene un período más la presidencia del Ecuador, en consecuencia, su modelo de gestión, ahora, denominado Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “*Toda una Vida*”. A diferencia de los demás no es tan extenso en sus objetivos respecto a la rehabilitación social, limitándose el modelo de gestión al respeto de los derechos humanos, a la dignidad humana de las PPL, garantizando que en el período elegido del gobierno habrá una efectiva rehabilitación y reinserción social; así también determina que fortalecerá el sistema penal para la aplicabilidad de penas no privativas de libertad para coadyuvar a la reducción del hacinamiento penitenciario; y, que primará el modelo de gestión penitenciario —eficiente— (SENPLADES, 2017).

Para el 2019, el problema penitenciario no ha sido resuelto. Llegando a declararse dos estados de excepción tras una serie de incidentes (Decreto Ejecutivo No. 741; 823, 2019). En el 2020, ante la oleada de violencia desencadenada en las cárceles del país, y el gobierno incapaz de encontrar medidas o mecanismos eficaces para hacer frente a la crisis penitenciaria, recurre una vez más a los estados de excepción (Decreto Ejecutivo No. 1125; 1169, 2020). En esa línea de tiempo, 14 años después de la gestión del partido oficialista, en el 2021, las faltas de respuestas correctas ante las complejidades del problema carcelario dan cabida a hechos sin precedentes en la historia del Ecuador. Por ejemplo: los asesinatos violentos de las PPL dentro de los CRS de Cotopaxi, Azuay y Guayas. Obligando a renunciar al Ministro de Gobierno, Patricio Pazmiño; y, al Subdirector del SNAI, Orlando Jácome (SNAI, 2021; Decreto Ejecutivo No. 1254, 2021).

Ahora bien, una vez sentando los antecedentes imprescindibles para la comprensión de la actual investigación, a continuación, se describirá las principales normativas nacionales e internacionales que protegen a las PPL y que el Estado hace caso omiso a sus deberes y a su posición de garante, pero partiendo de una breve reseña del modelo constitucional vigente para evidenciar el cambio sustancial.

II. Breve reseña del Estado constitucional de derechos

El vigente modelo constitucional ecuatoriano nace en la Asamblea Constituyente en la ciudad de Montecristi en el año 2008. Nace al encontrarse las nuevas realidades, exigencias sociales y jurídicas; al darse cuenta, que la vida está inspirada en los valores y principios derivados de las experiencias del pueblo (Lozada y Ricaurte, 2015). El cambio no implica una revolución lingüística sino una revolución conceptual y doctrinaria.

A juicio de Vásquez (2021) se trata de una completa transformación del sistema jurídico del Estado; y, por lo tanto, de su derecho. En ese sentido, el modelo constitucional actual debe entenderle desde el sentido material, es decir, como producto de la legitimidad de la democracia con efecto, en mayor volumen, en la ponderación de derechos sobre el estado

e incluso sobre las normas; por otro lado, no se debe entenderlo como la mera existencia de una constitución, es decir, desde el sentido formal (Cevallos, 2021; Lozada y Ricaurte, 2015).

Según Alí Lozada y Ricaurte (2015) sostienen que el corazón del modelo constitucional actual es el cúmulo de —derechos fundamentales— con supremacía constitucional garantizada jurisdiccionalmente. Desde el punto de vista de Cevallos (2021) afirma que el objetivo primordial es encaminar a la sociedad a una cultura de paz, donde prime el respeto; y, que la tutela derechos sea en igualdad de condiciones. En la opinión de González (2018) es la comprensión de la dignidad humana catalizada por los valores y principios de derechos humanos.

Por lo tanto, el gobierno obtiene un rol garantista y protector en el respeto irrestricto de los derechos plasmados en el actual modelo constitucional. Se legitiman los derechos de todas las personas por medio de mecanismos constitucionales, instituciones y organismos eficientes y eficaces. Vale decir que hay algo cierto, y es que los derechos constitucionales buscan proteger la dignidad humana. En definitiva, la ideología de Estado Constitucional de Derechos encuentra terreno fértil para expandirse, especialmente, de los grupos de atención prioritaria como las PPL.

III. Reconocimiento normativo nacional e internacional a favor de las personas privadas de libertad

El Ecuador se reviste de un bagaje normativo nacional e internacional, principalmente, de derechos humanos. Como es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha comprometido en la protección y promoción de estos derechos, conjuntamente con las obligaciones que de ellos provengan (Corte IDH 2020a, 2020b). La Corte IDH (2020b) en su extensa jurisprudencia ha determinado que “... el Estado está en una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad” (p.5). Lo anterior demuestra la obligación del Ecuador en la promoción, y protección del ejercicio de los derechos de las PPL. Que, al ser reconocidas, deben ser desarrolladas progresivamente por el estamento jurídico interno.

III.1. Constitución de la República del Ecuador

El Estado Constitucional de Derechos asumió el irrespeto irrestricto de los derechos de todas las personas, sin distinción o discriminación alguna, que forman parte de la sociedad *ergo* del Estado. En torno a lo planteado, actualmente, las PPL son reconocidas como parte de los grupos de atención prioritaria (CRE, 2008 art. 35). Además, se priman y garantizan sus derechos derivados del principio de —dignidad humana—.

La razón moral-filosófica se deriva de la aceptación ideal Kantiana esbribada en la dignidad individual que da origen y sentido a los Derechos Humanos (DDHH). Es decir, estos derechos solo pueden ser respetados y alcanzados siempre y cuando se garanticen en igualdad de condiciones, independientemente de etnia, raza, pasado judicial, estatus jurídico, etc. En ese sentido, no debe soslayarse que el Estado ecuatoriano tiene la responsabilidad por cualquier acción u omisión, de todo servidor, que viole derechos de las PPL que se encuentre bajo el resguardo del Estado (COIP, 2014, art. 676).

A continuación, para ser claros y escuetos, se mencionarán los tratados y convenios vigentes en el Ecuador a favor de los derechos de las PPL, especialmente, porque de allí se nutre la normativa interna.

III.2. Tratados y Convenios Internacionales

El Ecuador en aras de la promoción y protección de los derechos humanos de las PPL, se adherido a tratados internacionales que reconocen derechos más favorables de los plasmados en su norma suprema. En particular, los de derechos humanos que priman sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluso, sobre la Constitución.

III.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Instrumento constituido internacionalmente como el máximo baluarte en la protección de los derechos fundamentales. Principalmente reconoce

la protección de la vida, la libertad y la seguridad personal, sin discriminación alguna; concomitante con la prohibición de tratos crueles, degradantes o inhumanos, y el reconocimiento de derechos humanos como: el trabajo, la educación y la salud; circunstancias que a todas luces cobijan o se extienden a las PPL como parte de la sociedad (DUDH, 1948).

III.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Elemento de protección regional, consagrante de la voluntad de los estados americanos que en ánimo de resguardar los derechos de los individuos frente al Estado; han determinado el respeto por la vida e integridad personal, el derecho de las personas detenidas a ser tratadas dignamente y no ser sujetos de penas (CADH, 1969).

III.2.3. Convenciones en contra de los actos de tortura

El Ecuador como parte de la ONU, el 4 de febrero de 1985, suscribe la **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)** en la que se compromete al reconocimiento de los derechos inherentes a la dignidad humana; que bajo su jurisdicción se impedirá que se realicen actos de tortura; entretanto, se compromete a modificar su normativa interna para que guarde relación con la internacional.

El **Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión (1988)** es un instrumento de protección que establece que las personas deben ser tratadas de forma humana cuando fueren detenidas; que se separen las personas condenadas de las no condenadas; que la persona detenida tendrá derecho de acceder a materiales educativos, culturas, etc.; que se cuente con condiciones de seguridad necesaria en el lugar de detención; y, que se realicen visitas periódicas a los centros de detención.

Las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) (1990)** es un conjunto de pre-

ceptos que tienen por objetivo la participación de la comunidad en la justicia, así como la promoción de medidas sustitutivas a la prisión y/o no privativas de libertad. En lo principal se destacan por necesitar el consentimiento del delincuente para ser impuestas; que la prisión preventiva debe ser empleada como último recurso. Medidas claramente identificadas en los arts. 60, 75, 372, 378, 522, 523, 524, 525 del COIP.

Los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008)** es un compendio de veinte y dos principios relativos al trato humano que debe recibir toda PPL que esté bajo la jurisdicción del Estado; así como, la posición de garante en la que encuentra el Estado; además, comprende los alcances del acceso a la alimentación, el agua potable, higiene y todas las condiciones necesarias para el albergue de las PPL; las medidas contra el hacinamiento; el personal penitenciario; el régimen disciplinario, etc.

Finalmente, las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)** (2015) son consideradas como históricas por establecer ciento veinte y dos reglas referentes a las personas privadas de libertad y sus derechos en el ámbito penitenciario. Este instrumento de protección, en sus reglas 1 al 5, refiere que todas las PPL merecen ser tratadas con respeto debido a su inherente dignidad humana, lo que implica que deberán ser cuidados por las personas y personal de los sistemas carcelarios, para que no sean sujetos de tortura. Así también, se plasma la garantía del acceso a la salud de calidad gratuita, el cumplimiento de estándares clínicos para cumplir con las mejores en las condiciones físicas y psíquicas (Reglas Nelson Mandela, 2015). En el caso de muerte o tortura de los reclusos se deberá realizar una investigación expedita e imparcial (Reglas Nelson Mandela, 2015).

IV. Causas principales de la crisis carcelaria en el Ecuador

La crisis carcelaria es un problema multicausal. Su primigenia se retrotrae a años anteriores como se evidenció en el capítulo I. No obstante, a

continuación, se detallará las principales causas que actualmente inciden en este fenómeno⁷.

IV.1. Patrones de comportamiento del Estado ecuatoriano

El Estado ecuatoriano es responsable y el primer garante en la protección de las personas privadas de libertad. No debe soslayarse cuál es su incidencia en la crisis carcelaria del Ecuador.

IV.1.1. Reducción del presupuesto

Constitucionalmente se reconoce el derecho de las PPL de contar con los recursos humanos y materiales suficientes que permitan atender de manera integral su salud. Sin embargo, año tras año la disminución presupuestaria provoca que el sistema de rehabilitación social no cuente con el contingente necesario para responder ante tal compromiso. Es por ello que las personas privadas de libertad al amparo de la seguridad jurídica y como parte de la sociedad tienen el derecho de acceder a la justificación de manera gratuita, con el fin de exigir un trato justo y acorde a la dignidad humana (CRE, 2008, art.51.4; 75; 82).

Más aún que el factor económico es uno de los principales motores de funcionamiento para el Sistema de Rehabilitación Social. Es indispensable aludir la regla de economía presentada por Bentham (1979) bajo la cual se consideraría a la economía como de primer orden en lo que concierne a la administración del establecimiento penitenciario, priorizando los ámbitos de vida, salud, bienestar físico, instrucción y recursos futuros vinculados a los presos.

El SNAI para el 2019 contaba con \$USD 98.315.280,63 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica para todo el sistema de rehabilitación social; para el 2020 decrece exponencialmente \$USD 91492541,2 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

7 Se debe aclarar que no se tratará todas las causas existentes. Sin embargo, se tratará las más graves que inciden en la actual crisis carcelaria en el Ecuador.

ca; y, finalmente para el 2021 el presupuesto asignado aumentó a \$USD 102511274,4 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica para todo el sistema penitenciario (SNAI, 2019, 2020, 2021).

Cómo mero ejercicio práctico, y con el objetivo de evidenciar la incidencia del factor económico en sistema penitenciario en el Ecuador se graficará la implementación de guías penitenciarios frente a la población carcelaria en los últimos cinco años:

Tabla 1. Número de agentes de seguridad penitenciaria frente al promedio anual de personas privadas de libertad en el Ecuador

Año	Entidad Pública	No. Agentes de Seguridad Penitenciaria	Promedio Anual de PPL
2017	MJDHC	1260	35967
2018	MJDHC	1582	37802
2019	SNAI	1495	38569
2020	SNAI	1485	38618
2021 (Abril)	SNAI	1654	38614

Fuente: SNAI 2021 (Información no publicada); Reporte Anual 2017, 2018, 2019, 2021, abril 2021.

Elaboración: Por los autores

Como se puede observar en el año 2017 se contaba con 1260 agentes de seguridad penitenciaria para 35967 PPL; para el 2018 aumenta a 1582 agentes de seguridad penitenciaria para 37802 PPL; pero, para el 2019 decrece a 1495 agentes de seguridad penitenciaria para 38569 PPL; en el 2020 sigue la tendencia decreciente encontrándose con 1485 agentes de seguridad penitenciaria para 38618 PPL. Como evidencia de lo antes mencionado dentro del informe de rendición de cuentas del SNAI (2020) menciona que el proceso de reclutamiento de agentes de seguridad penitenciaria que se llevó en el 2019 no se pudo continuar por falta de recursos económicos, ya que no se le asignó el presupuesto nece-

sario. Y, finalmente para el 2021 cuenta con 1654 agentes de seguridad penitenciaria para 381614 PPL.

Foucault (1976) ya referenciaba que el modelo de vigilancia es un medio para experimentar la eficacia de diferentes métodos que permitan el desarrollo del ámbito penitenciario priorizando el encauzamiento y la reeducación de la conducta de los individuos parte del sistema, probando diferentes castigos, conforme el delito y el carácter, permitiendo identificar su eficacia.

En esa línea estadística, imprescindible para el objetivo de la investigación, a continuación, se verificará qué políticas públicas ha implementado el SNAI a favor de las PPL desde el 2019 hasta el 2021.

IV.1.2. ¿Políticas públicas del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores a favor de las personas privadas de libertad?

Las competencias concernientes a la rehabilitación social son delegadas al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (Decreto Ejecutivo No. 560, 2018). El 14 de enero de 2019, el SNAI inicia operativamente sus funciones, juntamente con su proyecto “Transformación del Sistema de rehabilitación Social a Nivel Nacional” (Decreto Ejecutivo No. 631, 2019).

La política pública para el 2019 se ve expresada a través de sus seis ejes de tratamiento. Bajo el amparo del sistema progresivo, por el cual, se encuentra regentado el actual sistema nacional de rehabilitación social. Entre sus aportes podemos destacar el acceso de 26.780 PPL a programas laborales, seguido del acceso a la salud integral de 12,577 PPL, además 17.920 PPL que contaron con actividades deportivas y recreacionales. La Educación no escolarizada gozó de la participación de 9243 PPL y la educación escolarizada y superior hizo partícipe a 6777 PPL. El eje cultural estima que 10.371 PPL formaron parte de la producción de Programas radiales y televisivos; y, la vinculación social y familiar permitió realizar traslado de mujeres en estado de gestación a centro de atención prioritario, así como gestiones de acercamiento familiar y repatriaciones.

Para el 2020, el Informe preliminar de rendición de cuentas determina que, no se han implementado mecanismos de participación en la formulación de planes y políticas, además de no coordinar con las instancias de participación existentes que permita atender las necesidades existentes (SNAI, 2020). Sin embargo, el 2021 la Mesa Técnica del Directorio del SNAI presentó el avance en el diseño de una política pública integral que tiene como finalidad garantizar la seguridad en los centros privados de libertad y encontrar soluciones estructurales efectivas a las falencias que presenta el sistema nacional de rehabilitación social. Esta política se basará en cuatro ejes: seguridad penitenciaria, rehabilitación social, gestión de la información y gobernanza (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2021).

IV.2. El abuso de la prisión preventiva

La prisión preventiva es una de las medidas cautelares que determina la legislación ecuatoriana, en materia penal, para asegurar la comparecencia de la persona procesada en el proceso, y el cumplimiento de una posible pena (COIP, 2014, art. 522, 534). Esta consiste en recluir a un individuo subordinado a un proceso penal mientras se llevan a cabo las diligencias y procedimientos correspondientes al caso, antes de dictarse una sentencia (COIP, 2014, art.534).

A juicio de Obando et al. (2018) la prisión preventiva es una herramienta que coadyuva a desarrollar un proceso penal fluido, sin que medie ninguna circunstancia que lo obstaculice. No obstante, es indispensable observar lo que determina la norma constitucional, la misma precisa que la privación de libertad no es la regla general, más bien es la excepción (CRE, 2008, art.77 núm.1). Es decir, el precepto en cuestión referenciaría a la existencia de un principio denominado excepcionalidad de la prisión preventiva.

Dicho principio permite entrever, según Párraga Macías (2019), que la asignación de prisión preventiva es meramente de *—ultima ratio—*, por lo que se debería sobreponer ante el resto de las medidas cautelares. Ante lo expuesto, la Corte IDH (2004) destaca que debe primar el carácter excepcional, puesto que, esta medida para asegurar la presencia de la

persona procesada es la más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito. Con la finalidad de conocer la realidad actual sobre la aplicación de prisión preventiva en Ecuador versus el promedio de hacinamiento carcelario se gráfica:

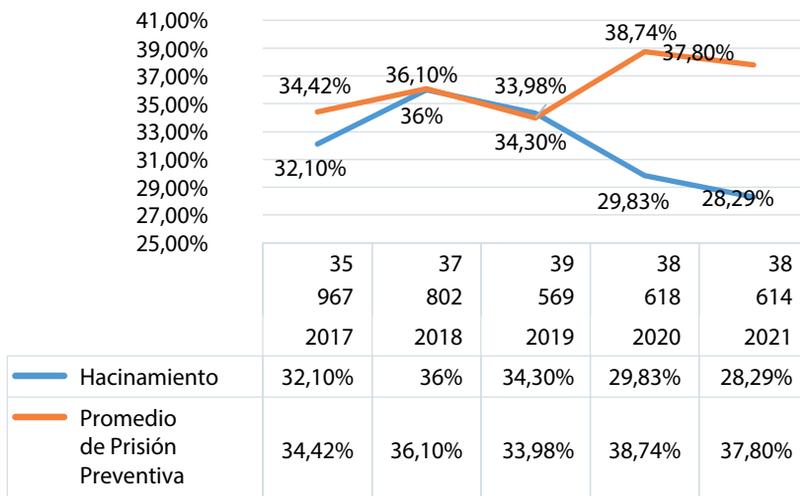


Gráfico 1. Promedio anual de prisión preventiva versus promedio anual de hacinamiento carcelario

Fuente: SNAI Situación Penitenciaria 2017, 2018, 2019, 2020, abril 2021.

Elaboración: Por los autores

A primera vista, es posible observar que, la aplicación de la prisión preventiva en los últimos cinco años ha sido dictaminada con mayor frecuencia en el año 2020 con la presencia del 38,74%, correspondiente a un número de 14.963 PPL; mientras que el promedio más bajo durante dicho período se encuentra en el año 2019 con el 33,98%, porcentaje proporcional a un número de 13.448 PPL. Asimismo, es importante considerar que, pese a tener el último corte del año 2021 con el mes de abril cuenta con el 37,80%, referenciando a un número de 14.598; representa porcentaje bastante elevado en relación con el periodo 2017-2020.

Los datos presentados permiten entrever que la realidad de la asignación de prisión preventiva en el Ecuador es elevada. Ante esta situación Krauth (2018) establece la relevancia de considerar, con mayor énfasis, a uno de los requisitos previstos de forma intrínseca por la normativa, la peligrosidad procesal; debiendo ser sumamente necesario la debida y correcta justificación, esto en apego a la norma constitucional — *el principio de excepcionalidad de la pena*—. Ahora bien, es necesario realizar un contraste entre los promedios de prisión preventiva frente al porcentaje de hacinamiento y población carcelaria, esto con la finalidad de evaluar la relación que podría existir ente ambos factores, clave de la crisis carcelaria en Ecuador.

A segunda vista, en lo que respecta al contraste entre prisión preventiva y hacinamiento, es posible observar que en los años 2017 a 2019 los promedios se encuentran bordeando los mismos porcentajes con ligeras brechas de diferencia. En el año 2017 se tiene un hacinamiento del 32,10% mientras que esta medida cautelar contemplaba un promedio del 34,42%; en el 2018 se tiene que el hacinamiento es del 36%, y 36,10% pertenece a la prisión preventiva; en el año 2019 el 34,30% forma parte del hacinamiento, mientras que el 33,98% a la prisión preventiva. Sin embargo, es preciso considerar la diferencia en lo que respecta al año 2020 y 2021 (abril); destacado una diferencia decreciente. En 2020 el hacinamiento es del 29,83%; mientras que, en el 2021 (abril) es del 28, 29%. En el 2020 el promedio anual de prisión preventiva es del 37,80% *versus* el ligero decrecimiento al 37,80% en los primeros cuatro meses del 2021.

Ante las referidas estadísticas, es posible establecer que la desmedida asignación de la prisión preventiva va de la mano con el hacinamiento. Con la finalidad de tener mayor conocimiento sobre la utilización de la prisión preventiva, se procede a analizar la aplicación de esta por rango de edad y sexo con mayor enfoque a los datos presentados en adultos mayores en el 2021.

El grafico presentado permite conocer la aplicación de la medida cautelar tanto por edad como por sexo. Sin embargo, se presta mayor interés a los porcentajes referentes a —adultos mayores —, puesto que, es evidente que se dispone prisión preventiva para personas mayores de 65 años. Reflejando un 0,32% en hombres y un 0,0026% en mujeres con relación a la población carcelaria, porcentajes correspondientes al número de personas privadas de libertad de 124 y 1 respectivamente.

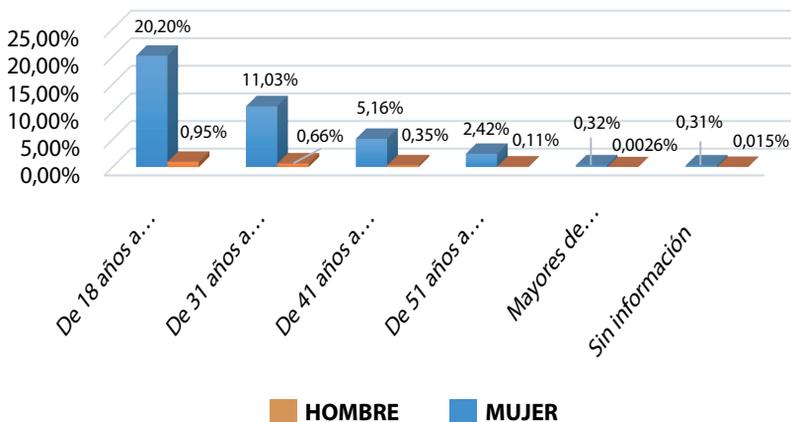


Gráfico 2. Prisión preventiva por edad y sexo en el Ecuador

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad – Corte 24 de febrero de 2021 (Información no publicada).

Elaboración: Por los autores

El pensamiento de Pavarini (1983) resultaría, actualmente, una solución efectiva para el abuso de la prisión preventiva, pues considera que antes de que se imponga la pena de cárcel o la reclusión, diferentes ordenamientos jurídicos empleaban diversas sanciones ya que no consideraban la pérdida de libertad como un castigo idóneo. Esto debido a que la misma no contaba con tal valor para establecerse como un sufrimiento. Estas decisiones normativas permitían contar con un reducido número de criminales en las cárceles.

IV.3. La incompatibilidad del Código Orgánico Integral Penal con el fin rehabilitador de la Constitución de la República del Ecuador

El tema de la —rehabilitación social integral— del sentenciado es un objetivo que nace en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 (art.201). En base a ello, se contempla que la implantación del Sistema Nacional de Rehabilitación Social es la entidad estatal ecuatoriana

sobre la cual recae el deber jurídico de dirigir los Centros de Rehabilitación Social (Calle et al., 2020). Y, por ende, enfocar su atención al tratamiento adecuado de la población penitenciaria a nivel nacional.

De igual forma, el Pacto de San José ratifica lo antes mencionado argumentando que la esencia es la readaptación social de las personas condenadas (CADH, 1969, art. 5.6). Al lado de ello, el Código Orgánico Integral Penal indica que la finalidad es la reinserción social y económica de la PPL, y de las garantías en la CRE e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (COIP, 2014, art. 673). Es así, que como lo señala el artículo 201 inciso 2 de la norma constitucional, “el sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (CRE, 2008). Estructurándose los ejes de tratamiento concebidos por el artículo 701 de la normativa penal ecuatoriana en: eje laboral; eje de educación, cultura y deporte; eje de salud; eje de vinculación familiar y social; y, eje de reinserción (COIP, 2014). Ejes a los cuales deben acogerse las PPL en el cumplimiento de su sentencia.

A pesar de que el Código Orgánico Integral Penal desde su nacimiento ha tenido varias reformas, por lo general, mal encaminadas a un populismo penal, ha limitado ciertas garantías procesales. Desde el punto de vista de Altamirano (2021) se ha caído en una inflación en la sanción de delitos, en un irracional populismo penal, así como la limitación de garantías procesales que impiden la correcta rehabilitación social de las personas privadas de libertad.

De ahí que, el primer suplemento No. 107 del 24 de diciembre de 2019 que entró en vigor el 24 de junio de 2020, es un claro ejemplo de sus reformas peyorativas para el sistema de rehabilitación social. Específicamente, la reforma relacionada con la ejecución de la pena. Puesto que, contempla la imposibilidad de acceder a los distintos regímenes⁸ de rehabilitación social por parte de las personas sentencias en ciertos delitos.

El asesinato, sicariato, femicidio, robo con resultado de muerte, delitos contra la eficiente administración pública, contra la mujer o miembros

8 Los regímenes son abierto, cerrado y semiabierto.

del núcleo familia, contra la integridad y libertad con resultado de muerte, contra la integridad sexual y reproductiva, abigeato, tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización son algunos de los delitos contemplados en la reforma sobre la imposibilidad de acceder al régimen semiaabierto o abierto⁹ (Suplemento No. 107 del COIP, 2019, art. 113, 114).

V. Metodología

El camino para investigar y descubrir conocimiento estriba en la utilización de una metodología adecuada, lo que permitirá indagar en el conocimiento empírico, y contribuir de una forma fiable (Baena, 2017). En razón de lo anterior, el artículo de investigación para la búsqueda y generación de conocimientos requiere de la consulta en documentos digitales e impresos, y en la solicitud de acceso a la información no publicada. Se tiene en cuenta los hechos ocurridos en los últimos cinco años en torno a la crisis carcelaria y los objetivos planeados con el fin de hacer un importante aporte a la comprensión del tema.

En ese sentido, se ha empleado un enfoque cualitativo con una técnica de entrevistas estructuradas. Es cualitativa porque proporciona la fundamentación bibliográfica adecuada, lo cual permite el análisis inductivo, interpretativo e interactivo y recurrente; y las entrevistas estructuradas permite realizar preguntas específicas con un orden para poder intercambiar información valiosa (Sampieri, Fernández, & Baptista, 2014). Rodríguez y Pérez (2017) era sustancial en sostener que la aplicación de un modelo inductivo-deductivo implica razonar sobre la realidad del fenómeno investigado para obtener los resultados adecuados que contribuyan a la investigación.

Siguiendo la línea anterior y con la finalidad de asentar el cimiento que permitió el desarrollo de la investigación se consultaron alrededor de doscientas (200) fuentes de información, entre las que se consideraron artículos científicos publicados en revistas indexadas, libros electrónicos y

9 Al momento que se redacta el presente artículo, se está redactando una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador por esta reforma bajo la dirección de coordinación jurídica de Fundación Dignidad.

físicos, doctrina pertinente al caso, así como leyes nacionales e internacionales ratificadas y vigentes en el Ecuador; sentencias, autos en fase de seguimiento de la Corte Constitucional del Ecuador; también jurisprudencia vinculante emitida por la Corte IDH; y, finalmente, decretos y estados de excepción que resaltan el problema y la importancia de esta investigación.

De esta manera exhaustiva de búsqueda de información se seleccionaron 85, las cuales fundamentaron los objetivos planteados que otorgan un aporte al acervo científico con datos cuantitativos y cualitativos de fuente confiables. Respecto a los criterios de inclusión considerados para el desarrollo del presente artículo se determinaron los siguientes: a) Selección de artículos indexados publicados en los últimos cinco años (2017-2021); b) sobre las leyes nacionales e internacionales se manejó la vigencia e importancia para la favorabilidad de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, pese a no estar en el rango de los últimos cinco años; c) Sobre las sentencias, autos en fase de seguimiento de la Corte Constitucional se considera los emitidos en los últimos doce meses; asimismo, de los decretos ejecutivos; d) La jurisprudencia de la Corte IDH más relevante de los último 20 años; e) Entrevistas a profesionales destacados sobre el tema. Al contrario, no se incluyeron artículos no indexados, libros electrónicos y físicos de autores no relevantes para el estudio, pese a estar dentro del rango de tiempo determinado.

El principal desafío que se presentó fue la falta de respuestas del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) en el plazo de 10 días que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública otorga a las instituciones. Cabe mencionar que, se realizaron cinco solicitudes de acceso a la información pública dirigido al Director General del SNAI Edmundo Enrique Moncayo, delegándose a diversos funcionarios de la institución.

No obstante, se negaron dos solicitudes de acceso a la información pública por funcionarios del SNAI, fundamentándose que no se ha presentado las solicitudes de forma física, empero, se envió una queja con la vulneración de derechos constitucionales al Director del SNAI como: el de recibir, buscar información, el acceso a información que no consta con reserva por mandato legal. Por lo cual, ante esta queja, ofició al Sub-

director Técnico de Protección y Seguridad Penitenciaria para que sea atendido nuestro requerimiento, 23 días después de haberse presentado la solicitud de acceso a la información fue respondido mediante informe No. SNAI-CSVP-2021-047-I con fecha 20 de mayo de 2021 firmada por el Crnl. Sp. Ángel Lautaro. Respecto a la segunda solicitud denegada al finalizar la redacción de la presente investigación no ha sido respondida.

Lo peor del caso resulta que toda la información que manejaba el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto a desaparecido de toda base digital. Pese a que se dividió en la Secretaría de Derechos Humanos, y SNAI, ninguna de las dos entidades públicas cuenta con información estadística completa relacionada con el sistema penitenciario, PPL, etc. Es decir, toda la información desde el 2007 al 2018 ha desaparecido en gran parte. Por lo cual, recolectar datos de esas fechas fue un verdadero desafío. Para Cevallos y Villalva (2020) el método bibliográfico y de campo permite que la investigación sea contrastada con los datos de las entidades públicas. Esto permitió aportar con datos cuantitativos no publicados, relevantes.

VI. Resultados

Conectando con todo lo expuesto hasta el momento, resulta evidente que la crisis carcelaria en el Ecuador tiene un gran impacto peyorativo en las personas privadas de libertad. Por esta razón, se mencionarán los resultados encontrados en las principales causas en el 2021:

VI.1. Patrones de comportamiento peyorativas del gobierno ecuatoriano

Considerando la existencia de la recomendación de la ONU de contar con 1 agente de seguridad penitenciaria por cada 10 PPL y por los 3 horarios que comprende un día. Se encuentra que se necesitaría 3862 agentes de seguridad penitenciaria para cada turno de 8 horas, es decir, para la custodia de las 24 horas de PPL se necesitaría 11586 agentes de seguridad penitenciaria en todo el Ecuador. Pese a que la normativa cons-

titucional garantiza suficientes recursos humanos y materiales que permitan garantizar la salud integral *ergo* la vida, no se cumple (CRE, 2008, art.51.4); es posible evidenciar que para abril del 2021 el SNAI contaba con 1654 agentes de seguridad penitenciaria para 38614 personas privadas de libertad. **Por lo aseverado, el Ecuador en el 2021 cuenta con un déficit de 9932 agentes de seguridad penitenciaria.**

VI.2. Políticas públicas con enfoque de derechos humanos

La Constitución de la República del Ecuador en su art. 11.8 determina como uno de los principios el desarrollo progresivo por medio de normas, jurisprudencia y —políticas públicas— siendo el Estado el garante del completo reconocimiento y ejercicio. Pero, como se evidenció en el subcapítulo 4.1.2. solo se ha obtenido resultados ínfimos en los 6 ejes de rehabilitación social. Al realizar un análisis crítico de los resultados de informes anuales del SNAI, y en la búsqueda sistemática de políticas públicas, se llega a evidenciar que solo se han limitado a trabajar bajo esos 6 ejes de rehabilitación social que, como se demostró, son insuficientes frente a los problemas penitenciarios. **En suma, el Ecuador no cuenta con políticas públicas con enfoque de derechos humanos a favor de las personas privadas de libertad en el 2021.** Ratificando por la Corte Constitucional mediante auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulados. Es así como, vulneró el art. 11.8; 85.3; 141; 203.4; 277.3; y, especialmente el art. 363 de la CRE.

VI.3. Progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos

En la sección 3 del presente artículo se hilvanó fino en la búsqueda sistemática de qué normativa interna o si el Ecuador ha suscrito tratados y convenios internacionales, o, si se ha desarrollado jurisprudencialmente derechos a favor de las personas privadas de libertad. Sin embargo, no se ha encontrado una progresividad en materia de derechos humanos. De esta manera, **el Ecuador, en los últimos 5 años, no ha desarrollado su normativa interna, e internacional o jurisprudencial de derechos humanos en favor de las personas privadas de libertad.** Una muestra de

esto es la incompatibilidad de las reformas del 2019 sobre los regímenes del COIP como se mencionará en 5.6. De igual manera, el Estado ecuatoriano vulneró el art. 11.8; y, 424 inc. 2 de la CRE.

VI.4. ¿Se garantiza derechos de las personas privadas de la libertad?

Tan solo en los primeros dos meses del 2021 ocurrieron 79 muertes violentas en el Ecuador. Pese a que es el primer garante, y protector de las PPL. Como se describió en III. **El Ecuador no garantizó el derecho a la vida, a la integridad personal, a la seguridad de su persona, a recibir la protección libre de cualquier discriminación. Es decir, no cumplió con sus más altos deberes constitucionales.** Al mismo tiempo el Ecuador vulneró el art. 11.2.9; 51; 66 literal a, b, c 83.5. De la Convención Americana de Derechos Humanos el art. 1, 4, 5, y 24. Asimismo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos el art. 3 y 7.

VI.5. Reformas del Código Orgánico Integral Penal y Constitución de la República del Ecuador

Las reformas del 2019 sobre la imposibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios como el régimen semiabierto o abierto como se demostró en 4.4. En realidad, **las reformas del COIP sobre los regímenes abiertos y son incompatibles con la Constitución de la República del Ecuador. Además, es una regresividad de derechos humanos. Y, resulta discriminatorio.** Por lo tanto, el Ecuador vulneró el art. 3.1; 11.2 inc. 2; 11.8.9 de la CRE.

VI.6. El abuso de la prisión preventiva y hacinamiento carcelario:

Respecto a este tema sigue siendo actual, se evidencia que para el mes de **abril de 2021 el 37,80%** del total de la población penitenciaria, siendo 14598 PPL, guardan **prisión preventiva**. Lo que conlleva a un **hacinamiento carcelario**, este a su vez, para **abril de 2021 es del 28,29%**.

Sobre todo, se debe mencionar que **existe 0,32% que representa 124 hombres privados de libertad con prisión preventiva; y, un 0,0026% que representa a 1 mujer en abril de 2021 con esta medida cautelar.** Lo que incidió en una vulneración de los art. 35; 38.7; 203.1.4 de la CRE. Y, la vulneración del art. 5.4.5 del Pacto de San José de Costa Rica.

Conectando con las causas anteriores, y con el objetivo de evidenciar cómo se ha intensificado en los últimos cinco años y va a intensificar las muertes violentas de personas privadas de libertad dentro de los Centros de Rehabilitación Social en el Ecuador se gráfica:

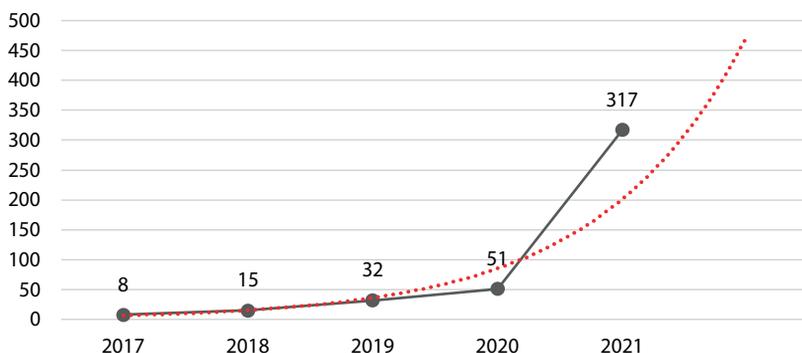


Gráfico 3. Número de muertes violentas en las prisiones del Ecuador
Fuente: SNAI citado por el Centro de Etnografía Interdisciplinaria 2021
(Centro de Etnografía Interdisciplinaria, 2021)

Elaboración: Por los autores

La exegesis del gráfico No. 1 demuestra que desde el 2017 hasta los primeros dos meses del mes de abril del 2021 las muertes violentas dentro de las CRS del Ecuador aumentan desmesuradamente. En el 2017 hubo 8 muertes violentas, en el 2018 aumento a 15, en el 2019 aumentan un poco más del doble con 32 muertes violentas, para el 2020 el patrón exponencial continua a 51 muertes de PPL violentas; y, en el 2021 el patrón creciente llega a 317 muertes violentas.

Mediante un análisis técnico desde el año 2017, se deduce que la tendencia tiende a ser de tipo alcista, los casos de muertes violentas han obtenido su pico más alto conforme han ido pasando los años. Se estima que esta cifra mantenga una tendencia creciente si no se toman las medidas correctivas. Los incrementos oscilan un rango cada vez más alto, por tanto, la tasa de mortalidad varía mucho entre la tasa observada y la tasa esperada. Las cifras para el 2021 han crecido abruptamente en comparación al 2020, con poco más de 600%. Esto quiere decir que se ha producido un crecimiento desacelerado en los posteriores 365 días del año base. **Se estima que el aumento de muertes violentas en los Centros de Rehabilitación del Ecuador para el 2022 será del 41,96% en comparación con el 2021, esperando un rango de 450 muertes violentas.**

VII. Discusión

La crisis carcelaria parte de décadas anteriores, pese a grandes esfuerzos económicos del Estado ecuatoriano para solucionar este problema multi-causal; la visión del modelo de gobierno ha sido la mera creación y mejora de los Centros de Privación de Libertad; y, de los ejes de rehabilitación social. A partir de los hallazgos encontrados, se acepta el objetivo de la investigación. Y, se demuestra que el Estado Ecuatoriano no solo irrespetta el contenido, esencia, y deberes prioritarios que tiene por mandato constitucional, sino hace caso omiso a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, y a la imperativa normativa internacional suscrita.

Las acciones del Estado juegan un papel fundamental. En tal virtud Wacquant (2004) destacó que el funcionamiento de las cárceles o establecimientos de detención, en lo que corresponde a manejo interno, se encuentra dominado de alguna u otra forma tanto por la austeridad como por la seguridad, dejando de lado, lo importante que es la reinserción, reduciéndose cada vez más; asemejándose a la situación que acaece dentro del sistema penitenciario ecuatoriano. Los patrones de comportamiento del gobierno ecuatoriano vislumbran que en los últimos 5 años sigue siendo insuficiente el personal encargado de la protección de las personas privadas de libertad. Desde la posición de Jordán et al. (2019) menciona que el deficiente presupuesto para el correcto manejo logístico de los Centros de Privación de Libertad agudiza el problema penitenciario.

Reafirmando lo antes mencionado, según Cevallos (2021) pese a que las instituciones tienen sus objetivos y directrices enmarcadas, el gobierno ecuatoriano no ha permitido la ejecución de sus proyectos por los diversos recortes presupuestarios. La práctica jurisprudencial interamericana de derechos humanos sostiene que los centros penitenciarios deben adecuarse a todo lo expresado en la normativa internacional para garantizar los derechos de las personas en contexto de encierro (Corte IDH, 2002, párr.8.10). En esa línea de ideas, Edmundo Moncayo (2021) Director del SNAI menciona con solvencia que “se requiere decisión y voluntad política, que incluya la dotación de presupuesto, especialización del personal administrativo y de seguridad penitenciaria, así como el equipamiento para el desempeño de sus funciones” (p.22).

La falta de políticas públicas con enfoque de derechos humanos a favor de las personas privadas de libertad es latente en el ambiente ecuatoriano. Pese a que las políticas públicas constituyen un elemento importante en pro de la sociedad. No debe soslayarse que, el Estado ecuatoriano ha obviado sus deberes y su relevancia (CRE, 2008, art. 85, 141, 154.1). Resulta evidente pues, la Corte IDH (2006) enfatiza que “el Estado debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas...” (párr.18). Frente a esto la Corte Constitucional del Ecuador (2020) se ha pronunciado sobre la situación penitenciaria, poniendo de relieve que requiere de cambios estructurales; y a más de ello, mediante el dictamen N° 6-20-EE/20, el Presidente de la República, tiene la obligación de remitir a dicho órgano y a la Defensoría del Pueblo, un “... plan de acción a mediano y largo plazo para afrontar la crisis en el sistema carcelario mediante el régimen ordinario” (CC, 2020, párr. 76.5). Sin embargo, el SNAI presentó el Plan de Acción para el Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

A pesar de los esfuerzos del organismo mencionado por cumplir con lo solicitado; se recae nuevamente en errores; puesto que el SNAI era incompetente para cumplir con dicho requerimiento, debido a que se encontraba dirigido explícitamente al primer mandatario. Ante ello, el Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado analiza que “... los problemas estructurales tienen que ver con: a. la débil institucionalidad del sistema de rehabilitación social y b. la falta de política pública integral por parte de los organismos competentes ...” (CC, 2021, párr. 16).

Indiscutiblemente la Corte Constitucional deja en claro la falta de compromiso del gobierno central tanto en el tema de competencia como en la responsabilidad, abriendo oportunidad a la crítica en lo que respecta a la atención y falta de mejoramiento del sistema carcelario ecuatoriano.

En la entrevista realizada a la Abg. Vianca Gavilanes coordinadora de gestión de la Fundación Dignidad¹⁰ sostiene que el gobierno ecuatoriano incide de forma directa y negativa en los problemas penitenciarios, esto al no tener políticas públicas, al no respetar los derechos humanos básicos de las PPL, al no asignar presupuestos suficientes para el tratamiento de calidad de vida digna de las PPL, el no plantear estrategias de política pública desde la criminología crítica y social apuntando a la creación de toda una industria penitenciaria tratando a las PPL como posibles clientes del sistema penitenciario; de esta manera, se demuestra que el hacinamiento, la violencia, la pésima calidad de vida, la falta de acceso a la justicia; y, la falta de celeridad de los casos administrativos o nivel judicial, existe un abandono completo por el Estado ecuatoriano.

Por lo que se refiere a la progresividad en materia de derechos humanos el Ecuador no ha desarrollado su normativa interna, ni a suscrito tratados y convenios internacionales en aras de las personas privadas de libertad en los últimos cinco años. En este sentido, la Corte IDH (2003) ya ha determinado que la progresividad de los derechos no se limita exclusivamente a los DESCAs¹¹, sino que traspasa hasta los derechos políticos y civiles. Dicho de otra forma, la expansión de los derechos es inherente a su reconocimiento, es decir, una vez que el Estado reconoce el derecho este debe ser expandido de forma gradual al corto, mediano y largo plazo de conformidad con los recursos materiales con los que cuente el Estado (Corte IDH, 1993). Como evidencia se mencionó las reformas al COIP del 2019 respecto a la imposibilidad de acceder a los regímenes semiabierto y abierto por el cometimiento de ciertos delitos. En lugar de desarrollar los derechos estribados en la CRE, se retrotraen, y coartan garantías básicas.

10 La Fundación Dignidad es una organización que trabaja por la promoción y protección de derechos de las personas en contexto de encierro, entre las personas en contexto de encierro se encuentran las personas privadas de libertad bajo el sistema penitenciario.

11 Son conocidos así los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Desde el punto de vista de Cárdenas y Vásquez (2021) limitan, de manera discrecional y subjetiva, las posibilidades de que las personas privadas de libertad que cumplen condena en diferentes centros de rehabilitación del país obtengan esta garantía. Asimismo, argumentan que los legisladores no consideraron el carácter de progresividad del sistema de rehabilitación social, ni de beneficios penitenciarios, obviando la supremacía constitucional; y, sobre todo, del control de convencionalidad respecto de los diversos instrumentos de derechos humanos (Cárdenas y Vásquez, 2021). Es necesario considerar lo resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 002-18-SIN-CC sobre el principio de no regresividad que rige los derechos consagrados en el texto constitucional, la cual menciona que “...rige el ejercicio de los derechos constitucionales, implica que un derecho, en su configuración alcanzó determinado nivel de protección; dicho nivel no puede ser menoscabado; de forma injustificada, a partir de una regulación normativa” (Corte Constitucional, 2018, p.71). Al lado de ello menciona que el principio de regresividad es aquel que determina el límite de la potestad legislativa; y, a su vez el de la libertad de la configuración normativa *ergo* debe cumplirse con el respeto del grado alcanzado o reconocido, caso contrario se incurriría en una inconstitucionalidad (Corte Constitucional, 2018).

Cabe mencionar que, Gavilanes (2021) considera que no se cumple con los mínimos estándares internacionales de derechos humanos en el sistema penitenciario, y en ningún sentido, el resguardo o custodia de PPL, con el énfasis específico del deber de garante especial que tiene el Estado ecuatoriano, no se cumple; las PPL no son tratadas como sujetos de derechos sino como objetos de descuido por parte del Estado; pese a que hay desarrollo jurisprudencial interamericano no se lo hace, ya que en mayor grado son cuestiones ideológicas, prácticas de los jueces de garantías penitenciarias que no cumplen con las visitas que deben realizar periódicamente por mandamiento de la ley, es decir, hacen pocas visitas anuales y solo los jueces de garantías penitenciarias, empero, ningún juez penal lo hace.

Además, pone de relieve que el Estado no cumple ni un estándar mínimo; y, pone de ejemplo que, en los estándares diferenciados de la población penitenciaria, especialmente, en los casos que las mujeres son madres, y después de que los niños cumplen los 3 años de edad pueden salir de los CPL, ni el SNAI, ni el MIES hacen ningún tipo de seguimiento de

qué sucede con esos niños. Lo más importante mencionado por la coordinadora de fundación Dignidad, Vianca Gavilanes, es en relación con estándares de la comunidad LGBTIQ+ donde existe un incumplimiento de estándares internacionales; y, no hay mucho desarrollo jurisprudencial interamericano, a pesar de que ya se ha hablado a nivel internacional de la separación por género y por auto identificación de género, pero el SNAI cumple con el sexo asignado en la cédula. De modo que afirma que en la actualidad existen 45 mujeres trans privadas de la libertad que están en la Regional de Hombres en Guayas.

Ahora bien, la cuestión sobre si garantiza los derechos de las personas privadas de libertad se ha criticado con evidencia empírica, resultando que el Estado no garantiza derechos fundamentales como la vida, integridad personal, etc.; pese a ser el principal garante. El gobierno ecuatoriano con la finalidad de mantener control sobre dicha situación ha recurrido al uso desmedido de los Estados de Excepción durante los años 2019 y 2020, con renovaciones para su extensión. Régimen que, para su vigencia, han necesitado el dictamen favorable de la Corte Constitucional. Sin embargo, al ser declarado de forma reiterativa, el máximo órgano de control constitucional ha sabido señalar que el Estado cuenta con "... y a actuaciones deficientes e irresponsables, más que a situaciones urgentes o imprevisibles" (Corte Constitucional, 2020, párr. 44). Lo que refleja la incompetencia e irresponsabilidad como gobierno.

Una sentencia que es de relevancia sobre este tema es, sin duda alguna el caso Neira Alegría y otros *versus* Perú que destaca: "el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos" (Corte IDH, 1995, párr. 60). De igual forma en el caso de la cárcel de Urso Branco *versus* Brasil postula que, en el caso de cualquier suceso en contra de las personas que están bajo su custodia se presumirá la responsabilidad del Estado (Corte IDH, 2002, párr.8.10). —*Verbi gratia*— si una persona fuera detenida en un estado de salud bueno, y con el decurso del tiempo muriera, el Estado tiene la obligación de responder con información fidedigna para destruir cualquier acusación sobre su presunta responsabilidad (Corte IDH, 2003, párr.111). Otro factor según la Corte IDH (2006b) es la ausencia del acceso a los servicios de salud, la falta de servicios de higiene básicos, mantener permanente-

mente el hacinamiento carcelario produce un ambiente de tensión, por lo tanto, genera actos de violencia entre los reclusos.

Según Edmundo Moncayo (2021) el problema es que “... las autoridades tomaron la decisión de emitir una norma que afectó enormemente a la seguridad de los centros, ya que las PPL se encuentran mezcladas” (p.21); al lado de ello menciona las limitaciones con las que cuenta, esto ante la falta un equipo multidisciplinario que atienda a las necesidades de las PPL como psicólogos, abogados, trabajadores sociales para poder sostener el sistema penitenciario, evitar la violencia, muertes de las PPL.

El Ecuador ha sido uno de los países más sancionados por la Corte IDH por el abuso de la prisión preventiva, lo que genera un hacinamiento carcelario. La Corte IDH (2004) ha sido sustancial en sostener en el caso *Tibi vs. Ecuador*; y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador* que una de las formas de violar la integridad personal de un detenido es mantenerlo en condiciones de hacinamiento, es decir, es incompatible con la dignidad humana del detenido (Corte IDH, 2004; 2007)

Según Edmundo Moncayo (2021) el “Ecuador enfrenta, entre otras cosas, la falta de una política integral de prevención del delito, y una política clara, que responda a estudios técnicos y necesidades reales y no al criterio de una corriente política” (p.20). Entorno a esto, es necesario mencionar que la política criminal constituye un mecanismo de cimentación tanto del poder punitivo como del control social dentro de la sociedad. Por lo que la misma, con la finalidad de ser adecuada y oportuna, cuenta con una herramienta importante como es el COIP. Este cuerpo normativo abarca la combinación de disposiciones legales de carácter sustantivo, adjetivo y ejecutivo con pleno control a la regulación del ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la norma constitucional, destacando la reforma integral ante el poder punitivo.

No obstante, Quenta Fernández (2017) señala que al tratar el Derecho Penal¹², lamentablemente se observa que por inflaciones legislativas de sus

12 Es importante destacar que, al tratar el Derecho Penal, se está reconociendo un ámbito del Derecho científico, racional y profundamente humano, esto conforme a los principios y fundamentos sobre los cuales se levanta.

normas, se ha apartado de las bases, tanto de sus principios como de su fundamento. Esto, a su vez, es uno de los principales factores para que dicha área dilapide su consideración de instrumento garantizador de derechos. influyendo esto en la inexistencia de una verdadera política criminal.

Es por ello, que la Fiscalía General del Estado, como órgano de derecho público, cuenta con una dirección misional denominada Dirección de Política Criminal cuya finalidad es “Proponer política criminal para la prevención de delito y seguridad Ciudadana a través de la formulación de proyectos y estudios técnicos sobre criminalidad a fin de producir cambios estratégicos para el mejoramiento del sistema de justicia” (FGE, 2017, párr. 1).

Al desarrollar productos, los mismos tienen que encontrarse dentro de sus gestiones, siendo una de ella la Gestión de Proyectos de Política Criminal. En esta, se pone en consideración la elaboración de informes pertinentes que acojan propuestas estratégicas para dar con la formulación adecuada de la política criminal, acompañados de una planificación operativa de planes, programas y proyectos. Tomando en consideración informes de mesas técnicas. Por otro lado, es posible conocer que se desarrolla la Gestión de Seguimiento y Evaluación de Política Criminal, con el objeto de monitorear mediante informes del desarrollo y ejecución de las actividades antes señaladas conforme el estado de acuerdos y propuestas.

En contraste, a pesar de contar con dicha dirección, no ha sido posible evidenciar resultados en base a una propuesta eficaz, considerando que se realiza caso omiso a las necesidades del sistema y la sociedad. Sin contar que es notorio el conformismo al no tratar de dirimir problemáticas de las que parten las denominadas crisis del ámbito carcelario. Asimismo, un factor intrínseco que incide en la gestión y efectividad de esta política sería el populismo penal.

Para Cigüela (2020) se trataría de un mecanismo consolidado y extendido de desarrollar política de carácter criminal, moldeando a un conjunto determinado de individuos; considerando a su vez, que esos, constituyen el agente dinámico, ya que se encuentran exigiendo más derecho penal. En pocas palabras, más rigurosidad para la criminalidad. Sin

embargo, el populismo penal se ha convertido en el instrumento político idóneo para contrastar aquellos discursos enfocados en el miedo es inseguridad de la ciudadanía, presentándolo como solución a las actitudes punitivas en épocas electorales.

Por otro lado, el Director del SNAI, Edmundo Moncayo (2021) sostiene ante el hacinamiento carcelario ha sido manejado bajo 4 ejes para su reducción: 1) coordinación para la aplicación de las medidas no privativas de libertad; 2) coordinación para la prestación de bienes inmuebles con los gobiernos autónomos descentralizados; 3) repotenciación, reconstrucción, y creación de nuevos centros de rehabilitación social; y, 4) implementar equipamiento que garantice condiciones mínimas de habitabilidad de las PPL. Tanto así que Gavilanes (2021) enfatiza que no se cumple con los mandatos legales en los casos que se encuentran personas adultas mayores privadas de libertad en relación con su alimentación diferenciada o personas con enfermedades crónicas o catastróficas. Pone de ejemplo que existe brote de enfermedades catastróficas en los CRS como la tuberculosis.

Pero, en lo que no concuerda el presente estudio con Edmundo Moncayo es que la solución para el hacinamiento carcelario no estriba en la mera creación de infraestructuras carcelarias, como se demostró, en catorce años de gobierno con la mayor creación de centros de privación de libertad el verdadero problema no es solucionado. Intensificándose cada año más. Empleando las palabras de Benavides (2019) la incorrecta aplicación de la norma ha estado causando el aumento desmedido de PPL en los diferentes centros de rehabilitación social, elevando presupuestos y desencadenando una situación bastante insostenible tanto para el Estado de forma general como para el gobierno en turno.

En torno a si existe una correcta rehabilitación social, Gavilanes (2021) expresa que no se lleva a cabo porque lo impiden cuestiones muy prácticas, visibles y objetivas, como: la falta de servicios muy básicos; y, realiza una reflexión que si no se cumple con temas básicos no se podrá hablar de una correcta rehabilitación social. Además, cree que los programas de resocialización son muy escuetos, y no están definidos bajo toda una estructura, por lo cual, está sumamente en contra que los programas de rehabilitación sigan bajo el régimen progresivo, porque no es correcto

que las PPL mientras más avance la etapa más tengan acceso a programas de rehabilitación y a los ejes; por ejemplo: personas de etapa de máxima seguridad o de máxima seguridad especial son los que más necesitan programas de resocialización, incluso más que las personas que están en mínima seguridad.

Desde la posición de Gavilanes (2021) destaca un grave problema de los programas en los ejes de rehabilitación social; y, es que no todas las personas pueden acceder a los mismos, por falta de recursos económicos de unas PPL frente a otros. Los familiares de las PPL deben cubrir con los gastos educativos para terminar los estudios primarios, secundarios o que puedan seguir alguna carrera profesional. Es decir, que las PPL no acceden a todos los ejes de rehabilitación social porque acceder depende mucho de la economía de las PPL. Gavilanes (2021) pone un ejemplo: en el eje cultural cuando hay talleres, pero las familias tienen que ingresarle los materiales que ellos van a utilizar; en el eje educativo, los cuadernos, la computadora, lo que vayan a utilizar; empero, hay personas que no tienen suficientes recursos económicos que le permita acceder a los ejes, no tienen para poder presentarse a un beneficio penitenciario de régimen semiabierto o a los ejes nunca; y, al final solo salen cumpliendo su pena; sobre todo, sin rehabilitarse en absoluto.

Y, argumenta que si funcionara en realidad el eje de psicología sería excelente para un tema de resocialización, pero no hay suficiente personal, y que casi nunca tienen un taller relacionado a la psicología. Todo esto afecta a la sociedad, ya que al no rehabilitarse adecuadamente genera un tema de venganza por toda la situación ocurrida. Las PPL al momento de salir de los CRS sus lazos familiares se encuentran rotos. Como bien dice Gavilanes (2021) que es un tema complejo que les cuesta bastante establecer algún tipo de vínculo con la sociedad, porque cumplen con la pena; y, no consiguen trabajo o no tienen donde vivir.

VIII. Conclusiones

Los antecedentes históricos del problema penitenciario en el Ecuador revelan el abandono del sistema que llevó, incluso, a un colapso de su

capacidad del 234%. En el momento actual, que ha sido ampliamente reconocido como una —crisis en el sistema penitenciario—, podría decirse que representa la última etapa de un largo período de un modelo de gobierno. En el que los Centros de Rehabilitación Social han sido lugares cada vez más mortíferos. Según los nuevos datos presentados, entre el 2020 y el 2021, los asesinatos violentos dentro de los CRS han crecido abruptamente con poco más de 600%.

Palabra por palabra, de un año a otro se sigue repitiendo el círculo vicioso de los asesinatos violentos en los CRS, por lo cual, técnicamente si el Estado no adopta medidas estructurales a largo plazo se estima que el aumento de muertes violentas para el 2022 será del 41,96% en comparación con el 2021, esperando un rango de 450 muertes violentas.

Esta crisis es una de las manifestaciones más claras de los problemas exacerbados año tras año. En primer lugar, se vislumbró que la reducción y falta de presupuesto al sistema penitenciario por parte del Estado ecuatoriano permite que se cuente con un déficit de 9932 agentes de seguridad penitenciaria que garanticen los derechos humanos básicos de las PPL. En segundo lugar, el Ecuador no cuenta con políticas públicas a favor de las PPL con un enfoque de Derechos Humanos. En tercero, la mala práctica normativa con el abuso de prisión preventiva tiene un promedio de 37,80%, un hacinamiento anual del 28,29%, llevando incluso a contar con adultos mayores privados de la libertad en CRS (0,32%). En cuarto, se planteó, a breves rasgos una novedad que rodea al marco de sistema penitenciario, que es la inclusión de personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, pese a que los estándares internacionales exigen la separación por género y por auto identificación de género, de tal suerte que existen 45 mujeres trans privadas de la libertad.

Uno de los mayores peligros es la regresividad de los derechos ejecutados con reformas al Código Orgánico Integral Penal. Las reformas sobre la limitación al acceder a los beneficios penitenciarios es una mezcla paradójica y dicotómica en la retórica normativa constitucional que reafirman: para el ejercicio de derechos se debe regir, especialmente, al de progresividad y no regresividad, empero, al mismo tiempo se aprueban reformas que limitan derechos que ya han sido alcanzados normativa-

mente y discriminan al categorizarles a las PPL con sentencia condenatoria ejecutoriada por la comisión de ciertos tipos penales.

Finalmente, existe una disonancia entre los deberes y responsabilidades constitucionales del Estado y la realidad penitenciaria. El nexo entre crisis carcelaria y Estado Constitucional de derechos estriba en que no es permitido en este modelo constitucional la vulneración de derechos por excelencia de las PPL. Existe pues, jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte IDH que exige que el Estado adopte medidas estructurales para garantizar una vida digna, sobre todo, el derecho a la vida de este grupo de atención prioritaria. Dicho de otro modo, el Estado es hostil con el contenido normativo nacional, internacional que ha suscrito y al cumplimiento de la jurisprudencia obligatoria.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press UK.
- Altamirano Espinoza, L. (2021). La prevención general negativa implatada en la realidad penitenciaria y la palicación retroactiva desfavorable de la norma penal. *Revista Defensa y Justicia*, 16-18.
- Baena, G. (2017). *Metodología de la investigación* (Tercera ed.). México: Grupo Editorial Patria.
- Ávila Santamaría, R. (2018). La política criminal en el gobierno de la “Revolución Ciudadana”: Del garantismo al punitivismo. *Revista IURIs*, No. 17, 29-56.
- Bentham, J. (1979). *El Panóptico*. <https://iedimagen.files.wordpress.com/2012/02/bentham-jeremy-el-panoptico-1791.pdf>
- Benavides Vanegas, F. S. (2019). Alternativas a la pena Privativa de la Libertad. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 2(5), 37–56. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i5.72>
- Calle, J., Hernández, E., Guamán, K., & Piñas, L. (2020). Propuesta de protocolo para el cumplimiento de los ejes de tratamiento de rehabilitación social en el

- Ecuador. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina RPNS*, 2346(0), 2020. www.revflacso.uh.cu
- Cárdenas, M., & Vásquez, J. (2021). Vulneración al principio de progresividad y no regresividad del beneficio penitenciario semiabierto, en las reformas al Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador. *Revista Científica: Ciencias económicas y empresariales*, 3-32. DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.329>
- Centro de Etnografía Interdisciplinaria. (diciembre de 2021). *Kaleidos*. Obtenido de Ethnodata: <https://www.ethnodata.org/es-es/>
- Cevallos Altamirano, A. (2021). El Estado constitucional de derechos: análisis desde los derechos de las personas privadas de libertad y sus principales desafíos para su protección, Ecuador. *Revista Defensa y Justicia*(43), 22-25.
- Cevallos Altamirano, A., & Villalva, M. (2020). El impacto del COVID-19 en el Trabajo Infantil, en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, Ecuador. *Revista Ruptura*, 401-430. DOI: [10.26807/rr.vi02.44](https://doi.org/10.26807/rr.vi02.44)
- Cigüela, J. (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>
- CIDH. (26 de Febrero de 2021). CIDH condena la muerte de 79 personas en cárceles de Ecuador. Obtenido de <https://bit.ly/3yWyJV5>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1993). *Informe anual 1993*. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020a). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas Privadas de Libertad*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020b). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos: El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores S.A.

- Fiscalía General del Estado. (2017). *DIRECCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL*. Recuperado el 15 de mayo de 2021, de <https://www.fiscalia.gob.ec/direccion-politica-criminal/>
- González, J. (2018). Los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Una reflexión doctrinaria y normativa en contraste con la realidad penitenciaria en Ecuador. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*(2), 189-208. DOI: <https://doi.org/10.15359/rldh.29-2.9>
- Gutiérrez Ossa, J. A., Restrepo Avendaño, R. D., & Zapata Hoyos, J. S. (2017). Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado. *Revista CES Derecho*, 333–351. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n2/v8n2a08.pdf>
- Jordán, V., Caicedo, F., Huera, D., & Bucaram, A. (2019). Crisis carcelaria en América Latina y su comparación con la situación penitenciaria del Ecuador. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 1-13.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17>. Prisión Preventiva en el Ecuador.pdf
- Lozada, A., & Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (1980). *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario*. Siglo XXI Editores S.A.
- Obando Bosmediano, O. F., & Zalamea León, D. E. (2018). *Prisión preventiva: Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia*.
- Párraga Macías, V. M. (2019). El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(1). <https://doi.org/10.35381/raji.v4i1.539>
- Pavarini, M. (1983). Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Siglo XXI Editores S.A.
- Quenta Fernández, J. (2017). EL POPULISMO DEL DERECHO PENAL (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares). *REVISTA JURÍDICA DERECHO*, 5(6), 133–152.

- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Rev. esc.adm.neg.* No. 82, 179-200. DOI: <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>
- Sampieri, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). MCgraw-hill / Interamericana editores, S.A. DE C.V.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [SENPLADES]. (2007). *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 Planificación para la Revolución Ciudadana*. SENPLADES. <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/Plan-Nacional-Desarrollo-2007-2010.pdf>
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [SENPLADES]. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural* (Segunda ed). SENPLADES. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [SENPLADES]. (2013). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017* (Primera ed). SENPLADES. https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/Ecuador_Plan_Nacional_del_Buen_Vivir.pdf
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [SENPLADES]. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida*. SENPLADES. http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf
- Secretaría Técnica Planifica Ecuador. (2021). *Planifica Ecuador participa en el diseño de la política integral del Sistema de Rehabilitación Social*. Noticia Del 8 de Abril de 2021. <https://www.planificacion.gob.ec/planifica-ecuador-participa-en-el-diseno-de-la-politica-integral-del-sistema-de-rehabilitacion-social/#>
- Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2020). *Formulario de Informe de Rendición de Cuentas SNAI 2020*. <https://www.atencionintegral.gob.ec/rendi>
- Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2021). *Comunicado Oficial*

24 de febrero de 2021. <https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2021/02/24-de-Febrero.jpg>

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2020). Reporte anual-PPL-enero-diciembre. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2021). Informe No. SNAI-CSVP-2021-047-I (Información no publicada). Quito: Cuerpo de Seguridad y vigilancia penitenciaria.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2021). Reporte anual-PPL-enero-abril. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. (2021). *Respuesta a la solicitud de acceso a la información No. 0429- PPL por rangos de edad sexo y Estado Procesal (Información no publicada)*. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2017). Reporte anual-PPL-enero-diciembre. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2018). Reporte anual-PPL-enero-diciembre. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2019). Reporte anual-PPL-enero-diciembre. Quito: SNAI.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores [SNAI]. (2019). *Informe Final de Rendición de Cuentas*. https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/10/Informe-final-de-Rendición-de-Cuentas-2019_SNAI.pdf

Vásquez, F. (2021). La transformación del Estado y su derecho a apartir del reconocimiento de los derechos humanos. Apuntes para (re) pensar el Estado

Mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011. *Revista jurídica UNAM*, 39-76.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Ediciones Manantial SRL.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1995). *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995*. 1995, 1–22.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(1997). *Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2002). *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2003). *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2004).*Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2006a). *Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2006b). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2007). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007*.

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. (21 de marzo de 2018). Sentencia N° 002-18-SIN-CC. [MP Alfredo Ruiz Guzmán].

Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. (19 de octubre de 2020). Dictamen N° 6-20-EE/20. [MP Ramiro Ávila Santamaría].

Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. (19 de agosto de 2020). Dictamen N° 4-20-EE/20. [MP Ramiro Ávila Santamaría].

Corte Constitucional del Ecuador [CCE]. (03 de marzo de 2021). Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado. [MP Hernán Salgado].

Legislación, convenios internacionales, decretos, informes y demás documentos legales

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). Adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948.*

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. (1984). *Resolución 39/46, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada el 10 de diciembre de 1984.* https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. (1988). *Resolución 43/173, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptados el 9 de diciembre de 1988.* <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. (1990). *Resolución 45/110, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas el 14 de diciembre de 1990.* <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. (2015). *Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Aprobada el 17 de diciembre de 2015.*

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República del Ecuador [CPRE]. (1998). *Derogada. Publicada en el Registro Oficial 1, del 11 Agosto de 1998.*
- Asamblea Constituyente de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador [CRE]. (2008). *Publicada Registro oficial 449 de 20 Oct. 2008. Última reforma, 12.03.2020.*
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (2014). *Registro Oficial Suplemento 180 de 10-Feb.-2014. Última Reforma, 18-Nov.-2020., 1-297.*
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). *Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Primer suplemento No. 107 del 24 de diciembre de 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2008). *RESOLUCIÓN 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptada el 13 de marzo de 2008.*
- Decreto Ejecutivo Nro. 441. Publicado en el Registro oficial No. 121, del 06 de julio de 2007. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 585-A. Publicado en el Registro Oficial No. 168, del 12 de septiembre de 2007. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 660. Publicado en el Registro Oficial No. 194, del 19 de octubre de 2007. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 807. Publicado en el Registro Oficial No. 239, del 26 de diciembre de 2007. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 1032. Publicado en el Registro Oficial No. 329, del 05 de mayo de 2008. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 1142. Publicado en el Registro Oficial No. 384, del 18 de julio de 2008. Ecuador.
- Decreto Ejecutivo Nro. 922. Publicado en el Registro Oficial No. 282, del 26 de febrero de 2008. Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 410. Publicado en el Registro Oficial No. 235, del 14 de julio de 2010. Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 560. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 387, del 13 de diciembre de 2018. Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 631. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 406, del 15 de enero de 2019. Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 741. Publicado en el Registro oficial No.506 del 11 de junio de 2019.Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 823. Publicado en el Registro oficial No. 533, del 18 de julio de 2019.Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 1125, del 11 de agosto de 2020. Emitido por el presidente de la República (2020).Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 1169. Publicado en el Registro oficial No. 310, del 15 de octubre de 2020. Ecuador.

Decreto Ejecutivo Nro. 1254, del de 8 de marzo de 2021. Emitido por el presidente de la República (2021).Ecuador.

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose)*. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. 1–14.

Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. (2020). *Registro Oficial. Edición Especial N° 958 del 4 de septiembre de 2020*. https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitación-Social-SNAI-2020_compressed.pdf

Entrevistas

Gavilanes, V. (31 de Mayo de 2021). Crisis Carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos. (A. Cevallos Altamirano, Entrevistador)

Moncayo, E. (2021). Rehabilitación social como una política de Estado es el desafío para enfrentar el hacinamiento y la violencia en las cárceles. (R. Aucatoma, Entrevistador)

Oña, D. (24 de Febrero de 2020). Una experta explica la crisis de las cárceles en Ecuador. (D. Montaña, Entrevistador)

El futuro de los servicios jurídicos desde la perspectiva del cliente

The future of legal services from the client's perspective

Pablo Suárez Rosero*

Investigador jurídico independiente

José Andrés Tinajero Mullo**

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 21 de noviembre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 7 de enero de 2022

Citación

Suárez, P. y Tinajero, J. (2021). *El futuro de los servicios jurídicos desde la perspectiva del cliente*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (337-353).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.101

Resumen: Los servicios jurídicos en el mundo están cambiando obligados por una crisis en el sector que tiene claras raíces en las características de la era digital, que han sido acentuadas por la pandemia. Para los profesionales y firmas de la industria legal se trata de adaptarse o morir. El proceso de acoplamiento incluye el reconocimiento de algunos factores críticos que ayudarán a adecuar los servicios a las necesidades y particularidades del cliente de hoy. Hacer los procesos más sencillos y accesibles, además de oportunos y de menor costo optimizando la ca-

* Lic. En Comunicación Audiovisual - Madrid, España. Fundador y CEO en Horizonte Legal Quito, Ecuador. Email: pablo@horizontelegal.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia por el Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN. Ex Director Nacional de Propiedad Industrial del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI. Country Manager de Horizonte Legal para Ecuador Quito, Ecuador. Email: jtinajero@horizontelegal.com

alidad es el norte. Para esto es necesario incorporar tecnologías de toda clase, desde las relativas a la comunicación como a las del procesamiento del trabajo jurídico. Los profesionales y las firmas deben modificar su enfoque, hacia una perspectiva más moderna. Por este motivo, necesitan no solo familiarizarse, sino promover el uso de legaltech y otras plataformas para masificar los servicios disminuyendo los costos y hacer la profesión más rentable en estos tiempos. También, es necesario diferenciar sus servicios particulares y empresariales, a través de la especialización en determinado ramo elevando la proporción de valor bajo esquemas asertivos de confianza entre el prestador de servicios y el cliente.

Palabras clave: Legaltech, El futuro de la asesoría legal, Tendencias en la contratación de servicios jurídicos, ¿Cómo puede ser el día a día de los abogados del futuro?, Comercialización, Distribución, Difusión en redes sociales

Abstract: *Legal services in the world are changing forced by a crisis in the sector that has clear roots in the characteristics of the digital age, which have been accentuated by the pandemic. For professionals and legal firms, it's about to adapt or die. The adapting process includes the recognition of some critical factors that will help tailor services to the needs and particularities of today's customer. Making the processes simpler and more accessible, as well as timely and lower cost, optimizing quality is the north. Therefore, it is necessary to incorporate technologies of all kinds, from those related to communication as well as those for the processing of legal work. Professionals and firms must change their approach towards a more modern perspective. For this reason, they need not only to become familiar with, but to promote the use of legaltech and other platforms to massify services, reducing costs and making the profession more profitable in these times. Also, it is necessary to differentiate their private and business services, through specialization in a certain branch, raising the proportion of value under assertive trust schemes between the service provider and the client.*

Keywords: *Legaltech, The future of legal consulting, Trends in contracting legal services, How can it be the day by day of the lawyers' future?, Commercialization, Distribution, Diffusion on social networks.*

Introducción

El constante desarrollo de las tecnologías de la información provocó un cambio significativo en varios aspectos de la cotidianidad. Ellas han facilitado la globalización de muchos sectores económicos en el mundo, con una gran variedad de ofertas en productos y servicios de mayor calidad y, en muchas ocasiones, a un menor precio.

Sin embargo, en este sector el impacto ha sido tímido, puesto que hasta ahora la fuerza del desempeño se ha concentrado más en los aspectos técnicos que en la modernización de los procesos de atención al cliente.

Durante todo el 2020 y el 2021 la pandemia de la COVID-19, ha jugado un protagonismo indudable en el mercado, que ha obligado a esa parte de la sociedad todavía reacia a emplear servicios tecnológicos y a solventar sus necesidades por vía del comercio electrónico.

Si a esto se le añade el hecho de que hoy en día la mayoría del consumo en el mercado mundial es efectuado por millennials y centennials (Tuñón, 2020), todos ellos nativos digitales y con características muy particulares, entonces la necesidad de ajustarse a las pautas de la era son más que imperativas.

La conectividad, la movilidad, la economía y ecología son algunos de los valores primordiales dentro de esta población, entre muchos otros. Mientras que, a los usuarios de mayor edad, como la generación X y baby boomers, se les ha impuesto migrar para adaptarse a la época.

Sin embargo, sobre todo en los servicios jurídicos hispanos, esta modernidad no ha permeado con fuerza. En ocasiones es posible encontrar tecnologías implementadas dentro de los métodos de desarrollo de las actividades internas entre compañeros, como por ejemplo en el desarrollo de trabajo colaborativo. Pero, los profesionales del Derecho amparados bajo el marco tradicional del desempeño no parecerían ver como una necesidad el cambio de ciertos paradigmas de prestación de servicios y atención al cliente.

Asistir a reuniones físicas con un tiempo de espera en salas, cargos de toda clase de gastos, así como poca consideración del consumo de materiales que impactan de manera notable sobre la ecología, como papelería y otros implementos de oficina, son asuntos que deben ser disminuidos en el sector.

Estos son aspectos que el cliente de hoy desea evitar y que deben ser no solo tomados en cuenta por los profesionales de las leyes, sino explotados con miras a reducir a la mínima expresión toda clase de gastos innecesarios que aumente de manera significativa la facturación.

La calidad técnica del abogado continúa siendo un valor de suprema importancia en el marco de la prestación del servicio jurídico o el asesoramiento legal. Eso no está en discusión. Pero, este no debe ser el único bastión al que deba aferrarse un bufete o un profesional independiente, puesto que hay muchos aspectos que pueden jugar en contra y que influyen en la elección del cliente.

En primer lugar, la abundante oferta de servicios legales en el mundo. En segundo lugar, la globalización ha significado el surgimiento de otros tipos de problemas legales, como por ejemplo: asuntos migratorios, de identidad o mercantiles, que requieren el estudio de instrumentos internacionales. En tercer lugar, la aparición de la inteligencia artificial ha desencadenado el surgimiento de servicios, que al masificarse entre los usuarios, puede suponer en poco tiempo la disminución o eliminación de la demanda de personal en ese campo.

Las denominadas tecnologías de autoservicios legales son capaces de guiar al usuario en múltiples procesos, sin la intervención de un abogado. Por ejemplo, para la absolución de consultas frecuentes o guías de procedimientos legales.

Esto le proporciona una gran ventaja al usuario porque se trata de servicios más económicos, de fácil acceso, que además eliminan la intermediación de un asesor legal y todo lo que esto implica. Están centrados en el usuario y se consumen de la misma manera como se hace con una pe-

lícula o cualquier otro servicio digital, por lo tanto se mantiene al cliente de hoy dentro de los espacios que le son familiares.

Así que todo este marco debe ser el eje de análisis profundo en el sector de los servicios jurídicos, para reinventarse y transformarlos en propuestas más acorde con las necesidades del mercado.

Solo la capacidad de incorporar nuevos y mejores servicios especializados, que se ajusten a las características del consumidor de la era digital, con el dominio de tecnologías emergentes, supondrá ganancias en la adquisición y fidelización del cliente para los profesionales del Derecho.

Pero, ¿cómo deben estar conformados los servicios legales en el futuro? Existen algunos factores que son determinantes para sobrevivir en este sector sigue experimentando cambios en su modelo.

I. ¿Cómo serán los servicios legales en el futuro?

Bajo el enfoque tanto de las tendencias laborales como del mercado de hoy, con ayuda de algunas innovadoras ideas a futuro, el modelo de trabajo tradicional irá cediendo terreno al nuevo desempeño del uso de la tecnología.

El padre de la economía de la innovación Joseph Schumpeter, estableció la definición de la destrucción creativa, como el proceso mediante el cual las empresas que no son capaces de innovar y mantener relevancia tienden a desaparecer, dejando sitio a las empresas innovadoras que mejor se adaptan a las necesidades de los consumidores (Singular Bank, 2017).

El proceso de innovación tecnológica, que deviene en el incremento de la oferta de servicios que contienen un componente de tecnología, genera la existencia de cambios en su prestación con el paso del tiempo. Lo dicho, a nivel general es medido a través de indicadores de tiempo del ciclo tecnológico. Una de las variables relacionada con la innovación y el cambio tecnológico es la velocidad del progreso tecnológico (Kayal, 1999). Las teorías que versan acerca de los cambios tecnológicos, descri-

ben como el desarrollo y el progreso de un campo tecnológico pueden sujetarse a cambios o ciclos sustanciales, dependiendo de la actividad del campo en estudio (Álvarez, 2015).

En el ámbito de los servicios jurídicos, este aspecto es significativo puesto que el mismo ha sido manejado generalmente de forma tradicional, con una incursión progresiva de la innovación tecnológica hacia la prestación del servicio. Al respecto se puede mencionar el estudio denominado “*Technologies likely to improve the overall effectiveness of U.S. law firms 2017*”, publicado en la base de datos científica denominada Statista.com¹, así como también algunos ejemplos de software específicos para el área legal, como son: CLIO – Law Software², Practice Panther³ o Smart Advocate⁴. En definitiva, la velocidad del progreso tecnológico dependerá de la capacidad de los investigadores, innovadores, emprendedores,

-
- 1 Otros estudios de referencia se pueden encontrar en los siguientes links: <https://www.statista.com/statistics/951993/law-firms-technologies-likely-to-improve-effectiveness-united-states/>
<https://www.statista.com/statistics/1154711/impacts-of-legal-tech-in-law-firms-and-in-house/>
<https://www.statista.com/statistics/951963/law-firms-legal-technologies-available-in-the-cloud/>
 - 2 Clio es una empresa de tecnología legal con sede en Burnaby, Columbia Británica. Clio ofrece a los bufetes de abogados un software basado en la nube que maneja varias tareas de administración de la práctica legal, incluida la admisión de clientes, la administración de contactos, el calendario, la administración de documentos, el control del tiempo, la facturación y la contabilidad de fideicomisos. Más información se puede encontrar en su Página web: <https://www.clio.com/>
 - 3 PracticePanther es un completo software de gestión de prácticas legales (LPMS). Con él, uno podría pasar fácilmente de la captación de clientes potenciales a cerrado y pagado en su totalidad, sin salir de la plataforma. Tiene integraciones selectas con énfasis en el almacenamiento de documentos (las integraciones varían según el nivel de precios de PracticePanther). Más información se puede encontrar en su Página web: <https://www.practicepanther.com/>
 - 4 Diseñado inicialmente por y para las prácticas de litigios por lesiones personales y agravios masivos, SmartAdvocate ahora es utilizado por una amplia gama de firmas de litigios en los Estados Unidos, Canadá y más allá. Como un sistema totalmente basado en navegador, los bufetes de abogados pueden elegir entre las versiones de servidor o nube de SmartAdvocate. Con estas opciones, además de la increíble aplicación móvil, los usuarios pueden acceder a sus casos desde prácticamente cualquier lugar. Más información se puede encontrar en su Página web: <https://www.smartadvocate.com/>

prestadores de servicios, para sortear los obstáculos, principalmente relacionados con la falta de conocimientos adecuados para la resolución de problemas, que se presentan dentro de estos procesos (Álvarez 2015). Para adecuarse es necesario transformar diversos ámbitos.

II. Pequeñas estructuras organizativas

Este es uno de los aspectos que ha de cambiar, puesto que los bufetes de hoy en día no deben estar comprendidos por grandes cantidades de personal fijo interno.

Las empresas deben buscar hacerse livianas y flexibles para eliminar toda clase de costos innecesarios, que requieran mayores aportes económicos a ser trasladados a los clientes, son cada vez más exigentes, empoderados y buscan conocer con precisión como se utilizarán sus recursos.

Por lo tanto, los bufetes deben crear robustas bases de datos para tener a disponibilidad profesionales del Derecho y conexiones con otras firmas a nivel global, para poder demostrar un alcance en desempeño como las grandes organizaciones del mundo, pero con los costos operativos reducidos a su menor valor.

Estas pequeñas estructuras pueden permitirse modalidades de teletrabajo sin que ello represente un desbalance en la calidad y oportunidad del trabajo.

De esta forma también se añade a la empresa importantes cualidades en términos ecológicos, que resultan atractivos para muchos usuarios en la actualidad. Menor consumo de recursos por traslados, en energía eléctrica, en papelería, eliminación de desechos, entre otros. Todo esto incidirá en la mejora de la imagen de la empresa en el mercado local y global. A manera de ejemplo se puede mencionar la columna de Felipe Herrera titulada “8 casos de éxito de despachos que han integrado en España el uso de ‘Blockchain’ en sus organizaciones”, la cual revela varias firmas de abogados que han implementado herramientas tecnológicas de forma exitosa en España (Herrera, 2021).

III. El perfil del profesional del Derecho

El perfil del profesional del Derecho debe acoplarse a las necesidades del consumidor. Quedan atrás esos tiempos en los que un abogado requería memorizar las leyes para el desempeño de su labor. El Internet ha disminuido las brechas de información, al permitir que las personas puedan acceder a todo el marco jurídico de un país a través de un dispositivo que llevan en sus manos.

Con la ayuda de los elementos técnicos del desempeño de su trabajo, los abogados deben abocarse más en entablar y desarrollar relaciones capaces de incentivar la contratación en sucesivas oportunidades.

Tienen que desarrollar una mayor independencia y saber autogestionarse de manera eficaz. Es posible que el presupuesto de las organizaciones no posibilite tener plantillas exclusivas por los altos costos, así que los profesionales deben poseer mayor libertad para trabajar en múltiples proyectos a la vez y desde distintas localidades.

De allí la importancia de apalancarse con las tecnologías para la conformación de agendas, la disminución de la dedicación en tiempo para tareas recurrentes que no aportan valor, la distribución de los productos digitales, así como la comunicación con clientes, superiores, colaboradores y cualquier otro actor del sistema.

El dominio de las tecnologías de información supone una importante ventaja en el ejercicio de la función. Los abogados deben ser capaces de utilizarlas con toda comodidad tanto para la comunicación con el cliente y sus compañeros de trabajo, así como en el desarrollo de la profesión en general.

Aprender a administrar su propia marca personal, tanto dentro de la empresa como fuera de ella, es una actividad que no debe ser eludida, de tal forma que pueda convertirse en una autoridad dentro del ramo que desarrollan. Esta es una gran manera de hacer comunidad y una forma de conexión habitual de la era digital.

Incorporar habilidades de venta, comprendiendo a cabalidad sus servicios y destacando esos elementos diferenciadores que aportan más valor que cualquier otro profesional o empresa al cliente, resulta indispensable para ganar participación en proyectos de cualquier tamaño.

También debe ser capaz de adaptar tecnologías que le ayuden a alcanzar niveles máximos de productividad. Para esto, las denominadas *legal-tech* pueden desempeñar un papel crucial si aprende a observarles como aliadas y no como la competencia.

En este campo las *contract intelligence* son programas capaces de analizar un contrato en segundos, incluso con mayor eficiencia que un abogado. Otras, denominadas *legal analytics*, pueden tomar decisiones judiciales y determinar la viabilidad de un caso (Redondo Luque, 2021).

Aunque todavía no se implementan del todo, las tendencias obligarán cada vez más a los abogados a vincularse con las tecnologías o migrar a otros espacios de experticia. Ya existen en el mundo numerosas propuestas que apuntan a la instalación de estos algoritmos como jueces robots, con todo lo que ello implica. Aunque se habla de sustituir a estos importantes actores del sistema judicial, es posible que no suceda del todo.

Hasta ahora ningún robot tiene en su haber la capacidad para manejar la empatía, el uso del razonamiento analógico, la intuición, la comprensión de metáforas, el dominio de la moral, entre otros aspectos que se tienen en cuenta para una decisión judicial compleja.

Esta novedad incluye riesgos previsible como oportunidades de hackeo, algoritmos manipulables, entre otros, que pueden retrasar su implementación en muchos países hasta tanto no se estabilicen.

Pero, se trata de soluciones que avanzan de forma acelerada y que intervienen en el sistema legal por lo cual muchos abogados deberán de alguna manera vincularse y dominarlas para el mejor desempeño de sus funciones.

Los software de analíticas sobre jurisprudencias son especiales para ayudar al profesional de las leyes a preparar su estrategia procesal, a

identificar los argumentos jurídicos más utilizados en las sentencias, así como la probabilidad de condena por determinado delito.

Por lo tanto, el reconocimiento oportuno de instrumentos de este estilo para ser implementados en los procesos internos de la organización, podrá suponer para el abogado una diferenciación importante en plazos, capacidad para resolución de problemas y productividad en general.

Aunque la implementación de las *legaltech* obliga a muchos profesionales de las leyes a reinventarse y hacerse expertos en problemáticas particulares, también favorece la creación de nuevos puestos de trabajo.

Las empresas que abordan este tipo de tecnologías requieren de especial asesoramiento en las particularidades del sistema legal, por lo cual es posible prever que muchos de estos profesionales pueden ser captados dentro del sector tecnológico para sentar las bases de propuestas innovadoras.

Incluso, más allá de la captación en sí como personal de una organización, el sector de las tecnologías aplicadas a las ramas del Derecho representa una gran oportunidad de emprendimiento que puede ser desarrollada por estos profesionales.

IV. Comercialización

La cualidad comunicacional juega un papel primordial dentro del servicio, puesto que el cliente busca no solo ser comprendido, sino además entender a cabalidad lo que el servidor legal le expone como solución a su problemática. La destreza para relacionarse, incluso con personas de otras culturas, le ampliará el marco de acción y dominio a este profesional.

Por otro lado, con ayuda de las tecnologías, es factible desarrollar importantes ventajas competitivas en el mercado al menor costo posible. Algunos softwares de gestión del cliente, posibilitan masificar los servicios legales y la administración de proyectos, incluso con equipos conformados por personas ubicadas en diferentes países y con dominio de distintos idiomas.

Estas plataformas proveen portales de acceso exclusivo para clientes, en los cuales estos puedan conocer la evolución de su caso o proyecto sin necesidad de contactar de manera directa al abogado. De esta forma, el cliente disminuye la necesidad de interrumpir los horarios de desarrollo que pueden ser utilizados para estudiar ese y otros casos de manera simultánea.

También ofrecen soporte para la automatización de pagos y facturación. Los servicios legales pueden ser establecidos por cuotas para proveer facilidades al cliente que le resulten atractivos y favorezcan el decantamiento para la contratación.

Tienen soporte a múltiples formas de pago con aceptación local e internacional, para disminuir dificultades de acceso a otros mercados del mundo. Sin duda, esto representa un incremento sustancial del alcance de la empresa o del profesional.

Incluso, en aquellos países en los que las criptomonedas son de uso legal, incorporar esta opción de pago puede resultar atractivo para los clientes más orientados al mundo digital.

Gracias al control de gastos operativos y la ampliación de las capacidades productivas que proveen las tecnologías en general, es posible adaptar los precios de los servicios por productos y no por horas, como sucede en el modelo tradicional.

Claro está, todo dependerá del ámbito de trabajo ya que no siempre es probable este esquema para todas las modalidades. Quizás en términos de litigios resulte más complejo de implementar, porque con regularidad no está bajo el control del abogado el tiempo que invierte en tribunales, sobre todo en aquellos en los que la burocracia predomina más que la eficiencia.

Pero, de nuevo las denominadas *legaltech* pueden tener una importante incidencia en este sentido puesto que ya hay avances notables en tecnologías que pueden predecir en promedio el tiempo de un juicio y cuánto es posible cobrar por este (blog.lemontech.com, s.f.).

Con la incorporación de los marketplaces especializados en temas jurídicos, los clientes pueden acudir para contratar servicios legales muy específicos, de calidad y a precios competitivos. La masificación de los servicios bajo estas cualidades, obligará a los demás profesionales y firmas legales a adoptar metodologías de trabajo por productos para el establecimiento de tarifas fijas que estén más acorde con las necesidades del cliente (Morell, 2018).

Los marketplaces ofrecen además una virtud importante a los servicios legales, en términos de transparencia. La manera en la que se deben conformar los servicios proporciona información sustancial al cliente a la hora de contratar a un profesional.

Estas plataformas detallan qué incluye el servicio con exactitud, quién lo provee, cuál es su especialidad, cuál es su calificación dentro del ecosistema, qué dicen otros clientes acerca del profesional y, un aspecto relevante, proveen un incremento en la seguridad de que se obtendrá el servicio que contrata.

Todo esto es un gran diferencial que no solo agrada al cliente de hoy, sino que además le es natural. Además, le simplifica el trabajo de encontrar un buen servicio legal consiguiendo respuesta en un único espacio, a esas dudas habituales que surgen ante una nueva contratación.

El marketing digital no puede ser ajeno para los profesionales y las firmas legales en la actualidad y en el futuro. La implementación de recursos como páginas web y chats automatizados, resultan en este servicio un mecanismo eficiente para la captación de clientes.

Las organizaciones jurídicas deben hacerse mucho más dinámicas con respecto al mercado. Para esto es necesario conocer muy bien a su competencia, cómo se vincula con sus clientes, así como la estructura de sus servicios.

A través del reconocimiento de otras propuestas en el mercado, estas organizaciones encontrarán un punto sobre el cual establecer mejoras sustanciales para ampliar su influencia sobre el público objetivo, es decir, deben ser mucho más que estrategias jurídicas.

Por lo tanto, se requiere desarrollar la creatividad e implementar metodologías de innovación que favorezcan el aporte de cualidades novedosas a los servicios. De esta forma, el profesional o la organización podrán alcanzar no solo más clientes sino encontrar oportunidades para nuevas líneas de negocio.

El posicionamiento en buscadores no es algo del futuro, es de hoy. Pero, en muchas ocasiones no es tomado muy en cuenta dentro del sector. La gran mayoría de los usuarios en el mundo cuando requieren indagar sobre un producto o servicio, recurren a Google, Bing, Yahoo o cualquier otro.

En estos términos, la creación de blogs con publicación de contenido constante y actualizado que resuelva problemáticas específicas del sector al que se desee abordar, ayudará a atraer nuevos prospectos y demostrar experticia, además de mejorar la imagen de la marca.

Por su parte, la aplicación de técnicas de posicionamiento orgánico local o global le facilitará al cliente ubicar servicios legales a través de su geolocalización, con acceso rápido a medios de contacto como números telefónicos y correos.

La difusión en redes sociales debe ser vista como una oportunidad para ganar la atención y proveer confianza a los usuarios. Este es un medio muy funcional no solo de promoción, sino además para la educación, que debe ser aprovechado.

Con ellas es posible conseguir un aumento en la reputación, comunicar ese factor diferenciador que separa nuestros servicios jurídicos de los de la competencia, así como encontrar colaboradores y nuevas oportunidades en el mercado.

V. Distribución

La comunicación digital juega un papel preponderante. La manera en la que se desarrollarán las asesorías y los juicios viene cambiando de manera acelerada, con mucho más énfasis durante la pandemia ocasionada por la COVID-19.

Es por esto que el uso de los recursos tecnológicos supone un factor determinante para la continuidad de todo el ecosistema judicial. Por lo tanto, ya es posible observar en el mundo la ejecución de juicios por vía de servicios de videoconferencias como medida para preservar la salud (ITV Patagonia, s.f.).

Sin embargo, esto también repercute en la economía de los sistemas de justicia en general que pueden hacerse de espacios mucho más pequeños, con menos gastos de mantenimiento y sin necesidades de traslados para los privados de libertad, por dar un ejemplo. Por lo cual, es fácil deducir que no será una medida aislada, sino que se refiere a una tendencia que quedará fijada como metodología de trabajo en el transcurrir del tiempo.

En el caso de las asesorías directas sucede lo mismo, las videollamadas son, hoy por hoy, una excelente alternativa que disminuirá costos y tiempo, puesto que cuando se acuerda una reunión digital, se suprime la necesidad de movilizarse o gastos por atención como consumo de instalaciones físicas, mobiliario y alimentos. Además, la espera se elimina. Por lo tanto, el cliente tiene más control de su tiempo y, en conjunto, resulta más sencillo que alcance la satisfacción por el desarrollo del servicio en general.

La implementación de portales para colaboradores y trabajadores también disminuirá la necesidad de interrupción de los procesos de trabajo, al poder constatar de manera directa el avance de los proyectos, realizar aportes significativos a la gestión y desarrollo de los mismos, así como entablar comunicación asíncrona mediante servicios de chat.

Por lo tanto, se genera todo un ecosistema de eficiencia que repercute en el alcance de resultados óptimos en rentabilidad.

VI. Conclusiones

Las tecnologías están y seguirán teniendo un impacto crucial dentro del sector de los servicios en general. En el campo de los servicios legales, muchos profesionales y firmas han optado por quedarse en el ejerci-

cio bajo el marco tradicional y esto ha supuesto una disminución significativa de acceso a nuevos clientes y su fidelización.

El mercado obliga a que se realicen cambios para no morir en el desempeño del ejercicio de la profesión. Todo ello acompañado de un marco tecnológico que disminuye la necesidad de acompañamiento legal para tareas simples a las que puede acceder el usuario con mucha facilidad y con otras grandes ventajas como ahorro de tiempo y dinero.

Es así que los servicios legales en el futuro deben estar estructurados de una manera que rompe con el esquema habitual e incluye la conformación de empresas con estructuras organizativas pequeñas y flexibles, pero con grandes conexiones.

Estas organizaciones deben incluir más tecnologías a su cotidianidad para lograr la masificación de los servicios y la optimización de la productividad, de tal forma que le proporcione óptimas ganancias y menores costos operativos.

También se requiere un cambio en la visión del profesional del derecho, en comprender que hoy en día lo más importante es proveer valor al usuario y no exigir que se adapte a metodologías preestablecidas.

Los abogados no deben sentirse intimidados ante los cambios y las tecnologías, sino adaptarse. Se precisa que sean buenos observadores para encontrar oportunidades de desempeño y sacar el mayor provecho con el soporte de estas.

Deben aprender a competir en términos de calidad en la atención al cliente, con cualidades no solo profesionales sino más humanas que eduquen y generen conexiones duraderas en el tiempo. Por lo tanto, es importante incorporar con asertividad tecnologías que le ayuden a disminuir la dedicación a otras tareas y proveer una atención mucho más cálida y cercana en lo posible.

Los servicios jurídicos deben aprovechar también las capacidades tecnológicas para disminuir toda clase de contacto en persona que repercu-

te en costos notables para el cliente. La utilización de los diversos canales de comunicación digital, pueden proveer al usuario la sensación de atención continua y permanente.

Los precios deben cambiar a un enfoque de tarifas fijas por servicios, en la medida de lo posible. Cada vez son menos los usuarios que contratan abogados por horas, porque a las personas no les gusta desconocer el monto que terminarán pagando bajo una contratación.

La implementación de pago por plazos, es otro recurso que puede hacer atractivo el servicio. Para esto, es posible emplear plataformas de administración de la relación con el cliente que automatizan los cargos, sin importar la moneda o el idioma, además de proporcionar un estado de sus procesos y opciones de consulta.

El empleo de diversos de canales de atención, captación y conexión son determinantes. Por lo tanto, el uso del marketing digital y en especial de las redes sociales ayudará a mejorar la reputación de la marca, así como a incrementar las oportunidades de contratación. Se debe proveer más transparencia a su servicio, indicando sus cualidades exactas, sin costos ocultos.

Además, deberán atender toda clase de calificaciones y pruebas sociales en los medios digitales, ya que son un factor de peso para la contratación en línea.

En conclusión, los servicios jurídicos deben adaptarse a la tendencia y hacerse mucho más centrados en el cliente, reduciendo costos y siendo más inmediatos, transparentes, simples y de fácil acceso.

Referencias Bibliográficas

Alvarez, F. (2015). *Implementación de nuevas tecnologías: valuación, variables, riesgos y escenarios tecnológicos*. Recuperado de <https://archivo.cepal.org/pdfs/GuiaProspectiva/Alvarez2015Implementacion.pdf>

blog.lemontech.com (s.f.). *Modelos predictivos en la industria legal*. Recuperado de <https://blog.lemontech.com/modelos-predictivos-en-la-industria-legal/>

Herrera, F. (2021). *8 casos de éxito de despachos que han integrado en España el uso de 'Blockchain' en sus organizaciones*. Recuperado de <https://confilegal.com/20210816-opinion-8-casos-de-exito-de-despachos-que-han-integrado-en-espana-el-uso-de-blockchain-en-sus-organizaciones/>

ITV Patagonia, (s.f.). *Juicios orales por zoom*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=gneYnAzL85A>

Kayal, A. (1999), *Measuring the Pace of Technological Progress: Implications for Technological Forecasting*. *Technological Forecasting & Social Change* 60.

Morell, J. (2018). *Legaltech: digitalización y revolución del sector jurídico*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=3dtMpTaKT5s>

Redondo Luque, R. (2021). *La práctica legal del futuro*. Recuperado de <https://delfino.cr/2021/01/la-practica-legal-del-futuro>

SingularBank (2017). *Destrucción creativa, otra manera de explicar el capitalismo*. Recuperado de <https://blog.selfbank.es/destruccion-creativa-otra-manera-de-explicar-el-capitalismo/>

Tuñón, J. (2020). *Informe OBS: En 2020 Millennials y Centennials representarán el 59% de la población del planeta*. Recuperado de <https://www.obsbusiness.school/actualidad/informes-de-investigacion/informe-obs-en-2020-millennials-y-centennials-representaran-el-59-de-la-poblacion-del-planeta>

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

**Entendemos los negocios,
pensamos en el país,
ideamos soluciones.**

Conozca nuestra
práctica de Arbitraje

Escanee este código con la cámara de su celular



www.pbplaw.com

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

Quito

Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 02 400 7800
+593 2 382 7640 al 48

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana,
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
+593 4 370 7960



CEVALLOS®

LIBRERÍA • EDITORA

¡TRANSFORMA TU TALENTO!

| Direcciones + Números de contacto ▶▶

📍 Carrión N22-14 y Tamayo » 2905303 • 6003566
Iñaquito N37-168 y UNP » 2240168
Quito - Ecuador

| RRSS ▶▶

📘 @cevalloslibreria
🐦 @cevalloslib
☎️ 0987 267 921

¿Por qué preferirnos?



- ✓ Por nuestra Pasión por los Libros.
- ✓ Respetamos los Derechos de Autor.
- ✓ Importamos de Argentina, Colombia, España y Perú.
- ✓ Exportamos a España, México, Colombia.
- ✓ ¡El 01 de mayo 2022 se cumplen nuestros primeros 25 años!



www.cevalloslibreriajuridica.com

Las reglas de interpretación del negocio jurídico aplicadas a la cláusula arbitral como mecanismo de distinción entre una cláusula suficiente o patológica

The rules of interpretation of the legal business applied to the arbitration clause as a mechanism of difference between a sufficient or pathological clause

Carlos Villacreses Valencia*

Investigador jurídico independiente

Martín Urbano Esparza**

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 29 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 7 de enero de 2022

Citación

Villacreses, C. y Urbano, M. (2021). *Las reglas de interpretación del negocio jurídico aplicadas a la cláusula arbitral como mecanismo de distinción entre una cláusula suficiente y patológica*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (357-388).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.80

Resumen: La naturaleza convencional del arbitraje permite a las partes abstraerse de la justicia ordinaria y someter una eventual disputa a este

* Estudiante de Jurisprudencia y Finanzas de la Universidad San Francisco de Quito. Miembro elegido para la SEJUR (Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia) periodo 2018-2019. Correo electrónico: cvillacreses1@estud.usfq.edu.ec

** Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Miembro elegido para la SEJUR (Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia) periodo 2020-2021. Correo electrónico: murbanoe@estud.usfq.edu.ec

método alternativo de resolución de controversias. El convenio arbitral ha de ser formulado de forma suficiente, de modo que las partes expresen su inequívoca voluntad de someterse al sistema arbitral. Sin embargo, es común observar la insuficiencia de dicha cláusula, ya sea por limitaciones lingüísticas o errores en la técnica de redacción empleada que vuelven necesaria la intervención del juzgador para delimitar el alcance del texto que adolece de una patología.

Para ello, el ordenamiento jurídico prevé reglas de interpretación del negocio jurídico y el contrato, contenidas a partir del artículo 1576 del Código Civil. En el presente trabajo se examinará la naturaleza negocial del arbitraje, la importancia de la voluntad dentro del convenio arbitral, la diferencia entre la cláusula suficiente y patológica junto a un análisis de las reglas de interpretación del contrato y su correcta aplicación dentro de la problemática descrita en el párrafo primero.

Palabras clave: Arbitraje, cláusula arbitral, cláusula patológica, voluntad, interpretación.

Abstract: *The conventional nature of arbitration allows the parties to abstract from ordinary justice and submit a possible dispute to this alternative method of dispute resolution. The arbitration agreement must be sufficiently formulated, so that the parties express their unequivocal will to submit to the arbitration system. However, it is common to observe the insufficiency of this clause, whether due to linguistic limitations or errors in the technique that make the intervention of the judge necessary to delimit the scope of the text that suffers from a pathology.*

For this reason, the legal system provides for rules of interpretation of the contract, contained in article 1576 of the Civil Code. This paper will examine the consensual nature of the arbitration clause, the importance of the will within the arbitration agreement, the difference between the sufficient and pathological clause together with an analysis of the rules of interpretation of the contract and its correct application within the problem described in the first paragraph.

Keywords: Arbitration, arbitration clause, pathological clause, willfulness, interpretation.

Introducción

La claridad y entendimiento del contenido contractual es el presupuesto idóneo para el cumplimiento y determinación del alcance de las obligaciones en él estipulados. Principios como la buena fe en materia contractual evocan al buen entendimiento y expresión de la voluntad concurrente de las partes durante toda la etapa de conformación volitiva, desde la creación de las tratativas o fase precontractual hasta la etapa final de ejecución y cumplimiento. Sin embargo, creer que el texto será siempre de claridad inequívoca es una afirmación ingenua. Hay que reconocer las limitaciones del lenguaje y de la técnica empleada para la redacción del contenido contractual, elementos que no significa una ausencia de voluntad o voluntad discordante sino únicamente una “patología” dentro de la cláusula contractual.

Dicho lo anterior, y reconociendo la naturaleza contractual del arbitraje y su conformación a través de la cláusula arbitral, el problema subsiste. Ante lo cual es indispensable la labor judicial de interpretar la cláusula arbitral conforme los principios que establece el ordenamiento jurídico para el efecto. A continuación, se hará un breve análisis sobre la conformación del proceso volitivo en el negocio jurídico, en la cláusula arbitral, se explicará las reglas de interpretación del contrato y la definición doctrinaria de la cláusula arbitral suficiente y patológica, con lo cual, posteriormente se propondrá la aplicabilidad de dichas reglas al convenio arbitral.

I. La Manifestación de la voluntad como requisito de validez de la cláusula arbitral

1.1. La relevancia jurídica de la voluntad

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) define al convenio arbitral como: “el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (LAM, 2006). Con tal fundamento, cabe inferir la existencia de dos elementos trascendentales a nuestro

análisis: en primer lugar, la palabra “acuerdo”, que enfatiza el rol fundamental que cumple la voluntad dentro de la cláusula o convenio arbitral, -dado que, sin dicho elemento toda la definición subsiguiente carecería de sentido- en segundo lugar, la voluntad plasmada en un medio escrito, pueden ser el instrumento suficiente para desplazar la competencia de los jueces naturales hacia los mecanismos alternativos de solución conflictos.

En la misma línea, cabe señalar que cuando hablamos de “acuerdos”, se intuye la existencia de un negocio jurídico que cumple los elementos de “hecho jurídico”, “del ser humano”, “lícito e intencional” que despliega efectos *inter-partes*, siendo el principal una obligación mutua y exigible ante un tribunal (Alessandri, 1996). Como todo negocio jurídico, el ordenamiento ecuatoriano exige como requisitos de validez la voluntad, el objeto lícito, la causa lícita, capacidad y solemnidades esenciales para ciertos casos (CC, 2005, art.1461). Siendo la nulidad del negocio la sanción prevista como supuesto jurídico a la ausencia de cualquiera de estos elementos.

En virtud de aquello, se debe precisar que no debe confundirse la nulidad del contrato con la nulidad de la cláusula arbitral, puesto según Fernández (2016) la doctrina jurídica estableció el principio de separabilidad como vía para exigir al juez un doble análisis de validez; sobre el contrato y sobre la cláusula.

Hay que señalar que el principio de separabilidad será analizado posteriormente dentro de este trabajo; sin embargo, para el presente acápite es relevante mencionar lo siguiente: La cláusula arbitral es un negocio jurídico independiente del contrato, a pesar de estar de que pudiera estar contenido dentro del mismo; y la cláusula arbitral debe cumplir con los elementos esenciales de todo negocio jurídico para desplegar sus efectos (Roca, 2013).

1.2. La voluntad en el negocio jurídico

En principio, la voluntad es necesaria y suficiente para crear, regular y cumplir lo pactado dentro del negocio. Para Alessandri (1996), en el contrato “juega un rol preponderante el consentimiento de las partes, puesto que consiste en el acuerdo de voluntades conexas destinadas a crear una obligación que liga a las partes que lo celebran” (p. 21). Hay

que señalar un aspecto fundamental, según el mismo autor, el consentimiento “no nace por generación espontánea ni de repente, sino que se forma mediante el concurso de dos actos sucesivos; la oferta y la aceptación” (p. 21).

Para llegar a la aceptación, es necesario seguir un “*Iter Contractual*” (Alessandri, 1996), concepto que nace de un razonamiento lógico, y que, según Ducci (2012) se compone de 3 etapas: (i) etapa de negociación o preparación del contrato; (ii) Etapa de celebración del contrato (momento donde nacen los derechos y obligaciones para las partes); y, (iii) Etapa de cumplimiento del contrato (p. 43).

En la etapa de negociación o preparación del contrato, las partes discuten el contenido de las cláusulas que producirán obligaciones futuras. Alessandri hace hincapié en la diferenciación del Código respecto a las tres clases de elementos del contrato: “las cosas propias de su esencia, las de su naturaleza y las meramente accidentales” (Ducci, 2012, p. 43).

Para efectos del convenio arbitral, cobra importancia el elemento accidental. Lo cual se refiere a especialmente a cláusulas que “ni esencial ni naturalmente pertenecen al contrato, y que las partes agregan por medio de cláusulas especiales” (Dicci, 2012, p. 31). Por esto, dado que el arbitraje necesariamente debe ser pactado, y sin la cláusula arbitral el juez ordinario es el competente para el conocimiento de la eventual controversia, la cláusula arbitral es un elemento accidental guiado bajo un régimen especial debido al principio de separabilidad.

Pese a que la manifestación de voluntad en nuestro sistema es suficiente y necesaria para producir efectos como:

Exteriorización o manifestación realizada por medio de la mímica, el lenguaje hablado, los signos, palabras la carta y en general todo medio que pueda dar testimonio inequívoco de que el sujeto tiene voluntad de encaminar sus actos hacia la obligación. (Meza, 2010, 66)

La cláusula arbitral en nuestro sistema requiere ser escrita. La razón es que nuestra normativa arbitral asume el medio escrito como el medio

más idóneo para recoger la voluntad de las partes, esto funciona como un requisito *ad probationem* (LAM, 2006, art.5).

Sin embargo, la ausencia de un medio escrito no presupone la ausencia de voluntad de someterse al convenio arbitral pues no se trata de un requisito de solemnidad esencial. No cabría entonces alegar ante un tribunal que la cláusula arbitral ha sido pactada verbalmente; sin embargo, tampoco es impedimento para someterse a arbitraje que el medio escrito se aleje del formalismo de la escritura pública o el contenido del contrato. En síntesis, la cláusula arbitral puede ser pactada por cualquier medio escrito, ya sea cartas o una aceptación tácita de la voluntad que tenga como base un texto. Será rol del juez el determinar si el medio presentado por las partes es lo suficientemente idóneo para conducir inequívocamente al arbitraje.

1.3. La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral

Sobre la autonomía de la voluntad en materia arbitral, la doctrina menciona que:

El arbitraje tiene su origen, en un acuerdo de voluntades que efectúan las partes en base al principio de la libre disposición que, [...] cuando predomina el interés individual permite la existencia de sistemas jurisdiccionales distintos de los propios tribunales del Estado para restaurar el interés privado. (Meza, 2010, 68)

El autor se refiere entonces al arbitraje como una expresión de la autonomía de la voluntad manifestada en la voluntad contractual que, lejos de violentar un orden constituido de administración de justicia, permite que el interés propio de los particulares permita a estos someter una eventual disputa a un juez ajeno al natural. Entendido en su sentido más esencial el principio de autonomía de la voluntad permite toda acción que no esté manifiestamente prohibida por Ley ni sea contraria a las buenas costumbres o el bien común.

Para el mismo autor:

Con el reconocimiento constitucional al arbitraje se está consagrando tácitamente el principio de autonomía de la voluntad y [...] ninguna otra declaración de voluntad de un sujeto manifiesta más plenamente la autonomía de su voluntad que el convenio arbitral que retira a la justicia ordinaria y a sus órganos la facultad de dirimir y resolver sus conflictos. (Meza, 2010, 70)

De acuerdo con Roca Martínez (2013), tal es la fuerza de las partes manifestada en el convenio arbitral que es capaz de arrebatar una potestad pública de administración de justicia y ponerla en manos privadas. Un ejercicio que históricamente ha sido realizado por parte del Estado debido a su potestad de imperio es abstraído de él por la voluntad de los eventuales litigantes.

II. La naturaleza de la cláusula arbitral

El profesor Miguel Salvat aporta la siguiente definición:

Los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntad, concordantes, inequívocas y opuestas. Que se gravan mutuamente en la celebración del negocio jurídico y pretenden atar a ambas partes a un contenido obligacional exigible y pleno. (Salvat, 1935, 78)

Con respecto a la cláusula arbitral, cabe decir que coexiste como un negocio jurídico principal o accesorio dependiendo de su fuente, en el cual las partes se obligan a que determinadas o futuras controversias que hayan surgido o puedan surgir serán resueltas abstrayéndose de sus jueces naturales.

En extensión a lo dicho, la jurisprudencia mexicana, ha definido a la cláusula arbitral como un acto concreto, mediante el cual las partes ejercen su libertad contractual y autonomía de la voluntad para someter a un procedimiento arbitral las diferencias que provienen de una relación jurídica contractual o extracontractual determinada (Corte Suprema Mexicana. Proceso No. I.30.C.941, 2013). Con este antecedente, se puede establecer sin lugar a duda el carácter negocial que tiene la cláusula arbitral, en tanto es un acuerdo voluntario donde las partes se han obligado a que un tercero resuelva sus actuales o futuras controversias.

Otro elemento que nos permite determinar a la cláusula arbitral como un negocio jurídico, es la disposición de la LAM que prescribe:

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. (LAM, 2006, art.5)

Como se puede apreciar directamente de la Ley que regula la materia arbitral ecuatoriana, la cláusula arbitral tiene un carácter negocial y, por tanto, gran cantidad de sus reglas de interpretación se encuentran recogidas en aquellas que permiten interpretar un negocio jurídico en forma general.

2.1. El principio de separabilidad aplicado a la interpretación de la cláusula arbitral.

Sobre el principio de separabilidad, la LAM no hace reconocimiento expreso alguno; sin embargo, el objetivo de que el proceso arbitral pueda sustanciarse como en inicio fue la común intención de las partes, el derecho comparado y un utilitarismo práctico provocan la necesidad de separar a la cláusula arbitral del contrato principal. Sobre el principio de separabilidad la doctrina reconoce:

Su justificación lógica proviene de reconocer que la cláusula arbitral es un acuerdo distinto, que puede nacer –y sobrevivir– en forma independiente del contrato. Es separable porque es una convención que no recae, como las restantes cláusulas, sobre los derechos y obligaciones sustanciales del contrato sino sobre el derecho de acción, aunque el instrumento que las contiene es el mismo, su objetivo es diferente, ya que unas se dirigen a crear derechos de naturaleza sustancial, mientras que la cláusula arbitral tiene por objeto reglar el derecho de acción que corresponde a aquellos. (Caivano, 2015, 11)

En contraste a la general aceptación de que la cláusula arbitral es independiente y separada del contrato que tiene por antecedente, autores como Rosen (1994) manifiestan, que “formular el principio de separabilidad puede ser criticado desde puntos de vista lógicos y prácticos” (p. 599). Reuben (1997), por su parte, critica al principio de separabilidad

por cuanto lo considera un tanto confuso y contrario a la misma, además afirma que: “en muchas ocasiones es casi imposible separar a un contrato de la cláusula arbitral, ya que lo que lleva a las partes a las controversias se derivan de un mismo contrato que también incluye el convenio arbitral” (p. 577).

Haciendo referencia a una crítica de carácter práctico, Caivano (2015) manifiesta que, “se ha puesto en duda la imparcialidad de árbitros para decidir si la cuestión es arbitrable, con base en su interés económico en sostener su propia competencia para obtener la totalidad de los honorarios” (p. 12). Sin embargo, es necesario destacar la importancia y mantener la aplicación del principio de separabilidad, pues permite la eficacia del arbitraje, al no dejar que las partes utilicen una causal de nulidad que afecte al contrato y sin previo análisis aleguen que también es nulo el convenio arbitral.

En este sentido, cabe realizar una precisión muy importante, pues el principio de separabilidad no impide que la cláusula arbitral se vea afectada por una misma causal de nulidad encontrada en el contrato ni mucho menos que no se pueda discutir sobre la validez o existencia del convenio arbitral, siempre que dicha controversia se sustancie de manera independiente al contrato que se pretenda discutir:

Existe una necesidad práctica perentoria de desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. (Fernández, 2016, 595)

La separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias. Si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato, pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, este sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. (Fernández, 2016, 597)

Por ello y a manera de conclusión se puede decir que el principio de separabilidad permite que se torne eficaz el convenio arbitral, puesto que acepta perfectamente que la nulidad o la invalidez de un contrato pueda ser discutida frente a un tribunal arbitral, ya que, si el contrato es declarado nulo o inválido, la antedicha declaratoria no le afecta al convenio arbitral, salvo que las mismas causales afecten a este.

III. La Cláusula arbitral suficiente y la cláusula arbitral patológica

3.1. Cláusula patológica

Una vez expuesto que la cláusula arbitral tiene un carácter negocial que, además es independiente del contrato que se pretenda discutir en un proceso arbitral, es esencial que el convenio arbitral reúna ciertos requisitos formales que lo doten de validez y permitan su existencia. Por otra parte, también cabe decir que dicho acuerdo debe ser capaz de producir los efectos que las partes desearon al momento de su estipulación, esto es, renunciar a la justicia ordinaria y someterse a un método alternativo de resolución de conflictos. Es allí donde aparece la muy conocida cláusula patológica, y sus reglas de interpretación, pues no son pocos los casos donde resulta difícil determinar si un convenio específico tenía la intención de someter sus controversias a arbitraje con todas las implicaciones que conlleva.

La cláusula patológica es definida como por la doctrina como “un convenio arbitral insuficiente que, por defectos de redacción, errores en la determinación de sus elementos constitutivos o insuficiencia en el contenido, resulta ineficaz para iniciar un arbitraje” (Yepes, 2019, 14). Cabría decir entonces que la cláusula patológica es aquella que, por ambigüedad en su redacción, por falta de información, por falta de previsibilidad sobre algún tema específico, no es capaz de surtir efectos eficazmente, debido a que permite que la justicia ordinaria pueda declarar su competencia para resolver las controversias, o de que el tribunal arbitral puede declararse incompetente para resolver una disputa en específico.

En este sentido, la doctrina ha hecho distintos reconocimientos a las cláusulas arbitrales patológicas que ya sea por su oscura redacción, por no pactar ciertos mecanismos relacionados a la designación de los árbitros o por no acordar si el arbitraje será administrado o independiente, al momento de surgir controversias el proceso arbitral se pueda frustrar patologías más comunes se pueden encontrar respecto a varios temas, y cave insistir que no son pocos los casos en donde se le pueden presentar problemas al tribunal arbitral, al momento de decidir su competencia debido a una cláusula oscura que no permite determinar una voluntad unívoca sobre el sometimiento al método alternativo de resolución de controversias.

Por lo mencionado *ut supra*, y antes de entrar a analizar las posibles y más frecuentes cláusulas patológicas, para concluir en su definición, se hace importante citar a Armando Serrano, quien expresa que en el arbitraje se entiende por cláusula patológica lo siguiente:

En la jerga arbitral entiéndase por cláusulas patológicas, entonces, aquellas cláusulas compromisorias que por adolecer de algún vicio presentan problemas para su inteligencia y aplicación por parte de los árbitros, bien sea porque declinan competencia reconociendo que no la tienen al tenor del texto arbitral en cuestión, o ya también porque asumen una competencia que en realidad de verdad no les ha sido conferida por las partes; pero puede suceder, también, y de hecho con demasiada frecuencia, que el texto de la cláusula compromisoria en virtud de la cual se formuló la demanda arbitral, sea contradictorio, obscuro, vago, etc., de tal manera que no brinde facilidad a los árbitros para de su análisis y sin temor a equivocarse, o bien asuman competencia para resolver el asunto sometido a su conocimiento, o bien la declinen declarándose incompetentes para conocer de ese juicio arbitral precisamente porque a criterio de los árbitros no existe convenio arbitral debidamente establecido en la mínima y elemental forma que quiere la ley ecuatoriana. (Serrano Puig, 2013, 11)

3.2. Efectos de ineficacia de la cláusula patológica

Sobre la eficacia en general de los actos jurídicos, Rubio (2019) señala que “consiste en la aptitud de este para producir los efectos pretendido por el sujeto o los sujetos que lo realizan” (p. 11). En este sentido, tam-

bién vale acotar que, para la doctrina, pueden existir 4 posibles casos de ineficacia a los que se puede ver expuesto un acto jurídico:

Parcial: Cuando el acto produce algunos de sus efectos o cuándo los produce solo para ciertos sujetos y no para todos los que celebraron el acto jurídico.

Total: Cuando no produce ninguno de los efectos que las partes buscaron conseguir, para ninguno de los sujetos que celebraron el acto jurídico.

Temporal: Cuando el acto jurídico no puede producir efectos hasta determinado momento. Este puede ser el caso de actos jurídicos que se celebran, pero se encuentran condicionados, atados a un modo o plazo.

Permanente: Cuando el acto jurídico no podrá producir ninguno de sus efectos jurídicos en adelante, por ejemplo, un acto revocado, rescindido, prescrito o nulo. (Rubio, 2019, 11)

En materia arbitral se entiende que una cláusula arbitral produce efectos positivos y negativos relacionados con su eficacia. En cuanto a los efectos positivos, son aquellos que consisten en permitir a los árbitros el conocer y resolver sobre una determinada controversia porque así lo han pedido las partes, y acerca de los efectos negativos, se dice que éstos son aquellos que no permiten o impiden que un juez de justicia ordinaria pueda decidir en una determinada causa por la existencia de una cláusula arbitral. Bajo este contexto, cabe inferir que la cláusula patológica es aquella que por alguna ambigüedad o por alguna falta de precisión no es capaz de producir los efectos antes descritos o deseados por las partes.

3.3. Cláusulas patológicas más comunes

3.3.1. Cláusulas facultativas

Son aquellas en las que “no se define si la voluntad de las partes es someterse a arbitraje, pues dejan abierta la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria” (Yepes, 2019). Un claro ejemplo de una cláusula patológica facultativa, debido a que no produce el efecto obligatorio para

las partes en lo que se refiere a someter sus controversias a arbitraje sería el siguiente:

Las partes, en caso de controversia someterán sus diferencias al arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito, cuyo laudo arbitral será remitido a los jueces de lo civil de la ciudad de Quito, para su ejecución, renunciando en consecuencia las partes, fuero y domicilio y sometiéndose para el efecto a los jueces de lo civil de dicha ciudad. (Yepes, 2019, 15)

Respecto a la cláusula antes mencionada, podemos verificar con claridad que sufre una patología, pues no permite inferir de forma lógica que las partes tuvieron la voluntad inequívoca de someter sus controversias a un proceso arbitral, y de su sola lectura se puede deducir que al parecer es una obligación facultativa, en tanto que no establece con claridad si las controversias del contrato se ventilarán de forma obligatoria frente a un tribunal arbitral.

3.3.2. Cláusulas arbitrales contradictorias

Sobre estas cláusulas, la doctrina menciona que son “aquellas que recogen varias estipulaciones que no se complementan, no tienen relación y se contradicen entre sí, pudiendo generar como consecuencia la anulación y alteración no solo de los efectos sino también del alcance del convenio arbitral” (Yepes, 2019, 16).

En otras palabras, se puede explicar a una cláusula patológica contradictoria aquella que presenta en un primer momento la voluntad concurrente de someter las controversias a arbitraje; no obstante, dentro de la misma cláusula estipula que será la justicia ordinaria quien resuelva las disputas. A modo de ejemplo, se puede citar la siguiente:

Cláusula Novena- Efectos- En caso de discrepancia o desacuerdo, las partes se regirán al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Para efectos de este contrato, las partes se sujetarán a los jueces de lo civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario; para lo cual renuncian fuero y domicilio en forma expresa. (CCQ, Proceso arbitral 027-99, de 2010)

Esta cláusula nos presenta de forma inequívoca una redacción contradictoria, pues hace sumamente difícil que se pueda determinar si las partes quisieron someter sus controversias a un proceso arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, o tuvieron la intención de que las disputas relacionadas con el contrato se ventilen ante justicia ordinaria.

3.3.3. Cláusulas Diminutas

Para Yepes (2019) este tipo de cláusulas se caracterizan por “ser vagas e imprecisas, lo cual genera dudas respecto de si la verdadera voluntad de las partes es emplear el sistema arbitral para resolver sus controversias” (p. 16). Como ejemplo de este tipo de cláusula patológica se puede mencionar el siguiente:

En caso de litigios o divergencias, se podrá suscribir convenios transaccionales o recurrir al procedimiento arbitral conforme al Libro Segundo, Título II, Sección 3, del Código de Procedimiento Civil. (Serrano, 2013, 12)

Como comentario, cabe la definición de cláusula diminuta e insuficiente dado que las partes pactaron una posible solución de controversias en arbitraje, pero nuevamente nos encontramos ante la falta de obligatoriedad que es indispensable en dicho proceso, para que éste pueda ser eficaz. Caso contrario, únicamente queda la cláusula como un simple anuncio de una posible forma de resolver controversias dejando de lado a la justicia ordinaria.

3.3.4. Cláusulas confusas

De acuerdo con Serrano Puig (2013) “Son aquellos compromisos pactados entre las partes, de los cuales resulta sumamente complejo comprender su real voluntad, debido a lo confusa que se presenta su redacción” (p.15).

Con respecto a este tipo de cláusulas, se pone como ejemplo la siguiente:

Cláusula sexta. - Buena fe, jurisdicción y trámite.

6.1.- Este contrato celebran las partes de buena fe. En lo no previsto, se sujetan a las discusiones amigables, base de los principios de equidad.

6.2.- Para el caso de reclamación judicial, fuera de los casos de arbitraje, se sujetan a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido por el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil.

6.3.- Las partes se someten al arbitraje ya sea de la Cámara de Comercio de Quito o ya sea del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, a elección de la parte actora. Ese arbitraje será administrado y de derecho, a menos que las partes convengan en otra modalidad. (Serrano Puig, 2013, 15)

Con respecto a dicha cláusula, el mismo autor expresa que es confusa, pues por un lado reconoce que ciertas controversias se ventilarán en arbitraje, pero también incluye que en caso de no recurrirse a esta vía se sujetarán al trámite verbal sumario determinado en el ya derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano. Además, se advierte otro aspecto confuso en dicha cláusula, debido a que establece como tribunal de arbitraje al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, institución que no presta estos servicios y que tampoco posee habilitación legal para ello (Serrano Puig, 2013).

Así, se podrían seguir citando y explicando las cláusulas que la doctrina las ha denominado como patológicas, sin embargo, lo realmente importante, es comprender que una cláusula arbitral tiene el carácter de insuficiente cuando no permite que el convenio sea obligatorio para las partes, cuando impide que los árbitros puedan determinar una voluntad unívoca de que las partes han decidido someter sus disputas a arbitraje, cuando permiten que la justicia ordinaria pueda intervenir en el fondo del proceso, y por último cuando no permite que el proceso arbitral se desarrolle de forma eficaz.

Por lo antes explicado en lo que se refiere a la cláusula patológica, es necesario que al momento de redactarla las partes sean cuidadosas en lo que han decidido estipular, pues de no hacerlo, pueden presentarse inconvenientes que podrían incluso hacer ineficaz a la cláusula arbitral. A modo de recomendación, diremos que la cláusula arbitral debe ser objeto de cuidado en lo que se refiere a su validez, es decir, debe cumplir con los requisitos de un negocio jurídico, pero también debe ser protegida de una ambigua redacción, que en algunos casos pueda comprometer su eficacia.

3.3.5. Un ejemplo práctico de cláusula suficiente

A este respecto, nos permitimos poner a consideración el modelo de la cláusula arbitral que sugiere el Centro De Arbitraje y Conciliación de la Cámara De Comercio De Guayaquil, el cual estipula lo siguiente:

Las partes convienen que toda controversia que derive de este contrato o que guarde relación con éste, se someterán a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de acuerdo con el reglamento del referido Centro, cuyas normas expresamente aceptan. El arbitraje será en (escoger si es derecho o equidad). La sede del arbitraje será Guayaquil. El tribunal arbitral estará compuesto por (escoger si es uno o tres) arbitro (s), y su(s) alterno(s). (CCG,2019)

El referido centro nos presenta como un texto opcional que el tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno. Cabe precisar que, en caso de controversias con el estado, el Centro De Arbitraje y Conciliación de la Cámara De Comercio De Guayaquil (CCG, 2019) sugiere que además en la cláusula arbitral se incluya lo siguiente: “Forma para la designación de los árbitros y Estipularse expresamente que el arbitraje será en derecho”.

Tomando como modelo a las antes presentadas cláusulas, se puede afirmar que es recomendable que las partes las redacten en la forma más sencilla posible, que se aseguren que el centro que han elegido presta servicios de arbitraje, y que no intenten predecir una gran cantidad de escenarios posibles, sino que expresen de forma unívoca su voluntad de que, en caso de controversias, se someterán a un proceso arbitral.

IV. Las reglas de interpretación del negocio jurídico indispensables para la eficacia del arbitraje

De acuerdo al Diccionario Jurídico de la RAE, interpretación es la “operación orientada a fijar el sentido de lo querido y manifestado por

las partes siguiendo los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico” (Real Academia Española, s.f., definición 1)

Por su parte, la integración de un negocio jurídico propone que aquel no solo obliga a lo expresamente pactado, sino a los elementos que lógicamente se entienden pertenecerle. Muestra de ello es el Código Civil ecuatoriano que prescribe que:

[...]los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. (CC, 2005, art. 1576)

Como se trató previamente la naturaleza contractual del convenio arbitral, se puede afirmar con claridad que este no es ajeno a la interpretación de su contenido bajo las reglas previstas en el Código Civil. Bajo este contexto, cabe precisar que dichas reglas, son disposiciones que el juzgador no puede dejar de lado y apartarse a la hora de realizar un ejercicio interpretativo de cláusulas arbitrales.

4.1. Principio de Intencionalidad

De acuerdo con nuestro Código Civil prescribe que: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (CC, 2005, art.1576). Por su parte, para la doctrina lo que se pretende es buscar “la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato” (Diez Picazo, 2016). Asimismo, se menciona que:

El principio de intencionalidad domina todo el sistema de hermenéutica contractual ya que las demás reglas de interpretación se respaldan en un hecho objetivo; la voluntad de las partes encontrada a partir del lenguaje y los hechos que contiene el Contrato. (Diez Picazo, 2016, 71)

Es un hecho que la oscuridad del contrato respecto a la intención de las partes puede deberse a múltiples factores; ya sea a la negligencia o falta de técnica y precisión de las partes al momento de redactar el contenido del contrato o a limitaciones propias del lenguaje que permiten que la

voluntad se manifieste en su sentido más laxo. El juez debe considerar entonces que la oscuridad pudo deberse a una multitud de factores, lo cual cobra importancia más adelante cuando se trate el principio “contra proferentem”. Para efectos de tratar el principio de intencionalidad, este debe ser ejercitado a partir de la necesidad. Para una mayoría doctrinaria, únicamente el texto que presenta oscuridad es menester de ser interpretado por una cuestión de practicidad.

Para la postura del presente trabajo, el descubrimiento de la voluntad debe realizarse a partir de hechos concretos. Lo dicho, pues no debería consistir en una labor especulativa sino objetiva, ya que el juez debe partir del elemento más evidente; el texto. A propósito de aquello, vale acotar que dicho descubrimiento no darse a través de una interpretación aislada de cada cláusula contractual sino de forma integral. Además, del contenido del negocio, los hechos adyacentes al este como la conducta de las partes y la naturaleza del negocio como tal, son herramientas no escritas que los juzgadores deberían considerar en su labor interpretativa.

4.2. Principio de interpretación de buena fe

Como se ha expuesto supra, las reglas del Código Civil sobre la interpretación son de aplicación indispensable en el ámbito contractual. Es por esto último que, cabe señalar de conformidad con las reglas aplicables expuestas, al momento de revisar el contenido contractual, el sentido que se otorgue no debe contravenir la voluntad de las partes, y seguir la línea presuntiva de que las de que las partes tienen la intención de cumplir con las obligaciones pactadas de forma recta y ética prosiguiendo el objetivo inicial de las partes al celebrar el contrato. Lo mentado, a menos de que manifestasen inequívocamente -mediante el incumplimiento- lo contrario.

A lo expuesto, se debe agregar que la doctrina casi por unanimidad apoya la idea de la buena fe en la conformación del negocio jurídico, incluso en la etapa precontractual donde no existe todavía voluntad manifiesta ni obligación. En este sentido, la doctrina manifiesta que: “En esta etapa de discusión del contenido contractual la buena fe ha de expresarse con la voluntad real y genuina de celebrar el negocio futuro”

(Ducci Claro, 2012, 31). Con consideración a ello, se entiende que la Buena Fe es un principio que acompaña toda la vida del negocio, desde el nacimiento de la oferta, la discusión de las tratativas, el cumplimiento y la ejecución del mismo.

La interpretación de buena fe del contenido contractual debe acudir precisamente a esto, a la idea de que la buena fe y voluntad real de las partes acompañaron cada etapa de la conformación del negocio, y que para efectos de una eventual controversia el texto no debe entenderse como una herramienta urdida por una de las partes para evadir las obligaciones pactadas, sino como la prueba misma de la manifestación de voluntad encaminada al cumplimiento de la obligación. En este sentido, para la doctrina jurídica según Claro Solar (2004) “la conformación de la obligación en el Contrato requiere necesariamente dos voluntades alineadas, siendo la prueba clara el contenido del contrato donde, si este fuese de naturaleza onerosa existe gravamen y beneficio mutuo para ambos” (p. 82).

Ahora bien, respecto a la ausencia de buena fe, cabe precisar que esta debe ser probada mediante los hechos que devienen de la ejecución del contrato, generalmente el incumplimiento que genera daño a la contraparte. Una manifestación de mala fe es intentar torcer o manipular el sentido de una obligación, incluyendo mediante el lenguaje abierto e impreciso la posibilidad de justificar el incumplimiento. En el caso puntual de la cláusula arbitral, sería contrario a la buena fe “respaldarse en una cláusula con la que se pretendía aplicar un sistema arbitral, para sustraerse ahora a la aplicación de ese sistema, que estuvo en la intención de las partes cuando se firmó el contrato” (Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. Proceso Arbitral 015-06, 016-06, 2016).

4.3. Principio de efectividad (*in favorem valdatis*)

La efectividad implica que: “El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno” (CC, 2005, art. 1578). Lo cual, en palabras de Alessandri (1996) significa que “para las partes contractuales que participan de un

proceso de elaboración del contenido contractual que involucra tiempo y recursos, sería improcedente creer que sus declaraciones o estipulaciones tengan efecto nulo o inútil” (p. 16). De lo expuesto por el mentado autor se desprende que no es necesario mayor agudeza jurídica para notar que las partes contractuales deberían pretender generar algún efecto de las estipulaciones del contrato. La cuestión de análisis debería centrarse en la insuficiencia del texto o falta de técnica gramatical que deje claro el contenido de la obligación y el sentido que, naturalmente está presente (Alessandri, 1996).

En concordancia con lo anterior, se ejemplifica la aplicación del principio de efectividad con lo siguiente: “Pedro y Pablo celebran una convención que permite a Pablo pasar por sus heredades” (Alessandri, 1996). Ahora bien, del citado ejemplo cabe analizar que de la convención se entiende que Pablo puede pasar por las heredades de Pedro, pues es lógico entender que puede pasar sin necesidad de convención por las suyas.

Para Gullón, Antonio y Díez-Picazo (2016) la idea de efectividad o interpretación útil del contrato no tiene que ver con generar un efecto que no sería útil si no se encuentra la voluntad de las partes que encaminó la celebración de un determinado acto y, con base en dicha premisa, fundamental aclarar el contenido contractual. Por su parte, a criterio de los mentados autores, el aspecto de ‘utilidad’ debe satisfacer la practicidad y puede ser auxiliada por otras reglas de interpretación contractual, especialmente la interpretación sistemática. Así pues, el contenido del contrato no queda aislado, sino que se interpreta como un todo del cual se puede abstraer la idea de ‘utilidad’ y ‘pretensión contractual’ de las partes (Gullón, Antonio y Díez-Picazo, 2016).

Existe también la posibilidad de que una cláusula sea plurívoca, es decir, que se pueda abstraer de ella varios sentidos útiles. En esta hipótesis es menester, como dice Claro Solar (1983) “acudir a otros principios y medios de interpretación que permitan descifrar el efecto más armónico y pretendido” (p. 83). En concreto, sobre el arbitraje se podría decir que la aplicación más adecuada de este principio sería aquel que permita a los árbitros determinar que la competencia se las ha sido asignada por los contratantes, dado que su voluntad es abstraerse de la justicia ordinaria.

4.4. Principio de interpretación “*Contra Proferentem*”

Sobre la *interpretatio contra proferentem*, Alpa ha señalado que:

[...] es una máxima que encuentra sus orígenes en el derecho romano, ha sufrido transformaciones tanto de forma como de contenido, dependiendo de las necesidades que de tiempo en tiempo se planteaban alrededor de ella [...] siendo un ejemplo contundente en el derecho del consumidor donde las ambigüedades deben ser resueltas a favor de este. (Alpa, 2006, 4)

Por otra parte, autores prefieren definirlo a partir de su utilidad, razón por la cual se señala que puede ser “una herramienta útil ofrecida por el derecho para contrarrestar los inevitables abusos que derivaban de la determinación unilateral del contenido del Contrato” (Rodríguez Olmos, 2008, n/d)

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la regla *contra proferentem* se encuentra en el artículo 1586 del Código Civil. Dicho artículo, se debe resaltar que contiene un aspecto de dualidad, característica que, como se procede a explicar, no es coincidencia ni creación del ordenamiento nacional. Con lo expuesto, pasamos referimos a la cláusula de interpretación “*pro debitore*” contenida en el primer párrafo del artículo citado. Para Rodríguez Olmos (2008) “estas dos reglas presentan una dualidad pretendida a razón de un equilibrio contractual, que pretende no desproteger los intereses de las partes contratantes sino procurar la buena fe en el contenido del contrato” (n/d).

En el ordenamiento ecuatoriano, a las reglas “*pro debitore*” y “*contra proferentem*” se las puede ubicar como herramientas subsidiarias de la interpretación del contenido contractual, siendo ubicadas como el mecanismo válido cuando ninguna de las reglas que las preceden hayan sido aplicables al caso. Para Domat (1771), estas reglas desde sus orígenes en el Derecho Romano fueron ampliamente utilizadas dualmente en cuestiones inherentes al comercio y la compraventa.

Es importante mencionar que estos principios han sido recogidos en el Código Civil francés casi de forma literal, pues dicha norma prescribe

que: “el vendedor debe explicar claramente aquello a lo que él se obliga” y “todo pacto oscuro o ambiguo se interpretará contra el vendedor” (Código Civil Francés, 1804, art.1602). No obstante, cabe señalar que Para Domat (1771) la existencia y pertinencia de esta regla requiere la existencia de elementos como la mala fe o culpa de quien debe explicar su intención.

Bajo este contexto, se debe mencionar que el análisis de los autores confluye en la idea de la claridad como elemento esencial del contenido contractual. La realidad muestra que sería ingenuo pretender que todo contrato carezca de zonas grises que deban ser interpretadas por el juez en caso de una eventual disputa. Por ende, la discusión va más allá de la buena o mala fe, sino de una “carga inherente a la naturaleza de la relación deudor-acreedor” (Pothier, 1948). Entonces, es válido mencionar que, si la obligación beneficiase especialmente a uno de ellos, o el contenido contractual debió haber sido redactado y compuesto por una de las partes, este debe ser formulado con la debida diligencia y minuciosidad procurando que el texto permita generar las obligaciones derivadas de la voluntad de los contratantes.

Un texto que se aleje de lo pretendido por los contratantes es inútil e incluso gravoso, por ello el ordenamiento establece las reglas subsidiarias de interpretación “*pro debitore*” y “*contra proferentem*”, siendo su carácter sancionador un mecanismo de disuasión para las partes de proferir un contenido contractual insuficiente. Bajo este contexto, cabe señalar que dadas la diversidad de relaciones contractuales en las cuales se opta por el arbitraje, en aplicación de este principio – cuando tenga cabida- se debería analizar sobre quien recaen las obligaciones de redacción de los contratos. Lo dicho sin perjuicio de otro tipo de análisis cómo revisar a quien beneficiaría acogerse al arbitraje, incluso por cuestiones culturales o económicas.

4.5. Principio “*pro arbitri*” o “*favor arbitralis*”

Previo al análisis de este principio se debe considerar con atención que es nuestra Constitución, la que reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias (CRE, 2008, art.190). Ahora

bien, dentro del mismo marco Constitucional que reconoce al arbitraje, también se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el artículo 75 de la Constitución lo recoge de manera expresa y permite que de este surjan numerosos principios y garantías. A propósito de aquello, para este análisis resulta coherente mencionar que forma parte de la tutela judicial efectiva en nuestra Constitución “tener acceso a un sistema de justicia independiente e imparcial” (CRE, 2008, art.75).

Ahora bien, para aterrizar dicho análisis con el planteamiento de este trabajo, se debe considerar que la doctrina ha dicho que el principio *favor arbitri* o *in dubio pro arbitri* es:

Una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal. (Caivano, 2015, p.11)

Por su parte, sobre la faceta integradora de este principio, cabe mencionar que radica en que - ante la duda- se debe preferir a la jurisdicción arbitral por sobre la ordinaria cuando se pueda abstraer del convenio arbitral una voluntad inequívoca de las partes que, por deficiente expresión escrita pudiere afectar a la conducencia del proceso al arbitraje (Morales, 2005). Sobre esto, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación prescribe puntualmente que: “En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje” (LAM, 2006, art.7).

Este principio es elemental como base del pronunciamiento de los jueces o árbitros respecto de su competencia para conocer el proceso. El principio *Kompetenz-Kompetenz* y el ordenamiento jurídico prescriben como obligatoria la “pronunciación del juzgador respecto de su competencia” (Silva, 2005, p.580). El árbitro, sin embargo, posee grandes diferencias con el juez respecto a la capacidad de avocar conocimiento del proceso. Para el juez, el proceso le es asignado por sorteo mientras que el árbitro tiene capacidad de negarse a formar parte de este. El punto de confluencia entre juez y árbitro es que, una vez avocado el conocimiento, se transforma en obligatoria su labor como administradores de justicia hasta la emisión del laudo o sentencia.

4.6. Principio de interpretación conforme la naturaleza del contrato

En análisis de la presente regla no requiere mayor explicación, pues se presume que las partes conocen la naturaleza del Contrato que celebran y que, las obligaciones que derivan de él van más allá de las cláusulas contractuales, conteniendo incluso aquellos elementos propios de su naturaleza. Es entonces coherente, cuando exista oscuridad sobre una cláusula que el texto sea interpretado en función del contrato que las partes pretendieron celebrar. Sobre aquello, nuestro Código Civil prescribe: “En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen” (CC, 2005, art.1579). Así, por ejemplo, nuestra ex Corte Suprema mencionó que:

[...] si en un contrato de compraventa de un inmueble no se pactase quien va a cubrir las expensas y gastos de las formalidades que requiere, se entiende, por naturaleza del contrato que es el vendedor quien se obliga a hacer todo aquello necesario para que la venta pueda realizarse [...]. (Corte Suprema, 1ª Sala de lo Civil y Mercantil. Suplemento. No. 504 de 14 de enero de 2005, n/d)

En esta línea, cabe mencionar que por la naturaleza negocial del arbitraje, los árbitros y jueces deberían, en los casos requeridos, apegarse a lo prescrito en la LAM. Lo dicho, en vista de que aquel cuerpo normativo contiene todas las reglas aplicables al arbitraje y que podrían ser utilizadas para suplir descuidos de los contratantes. Un ejemplo de aquello sería una cláusula arbitral en la cual no se estipule cuantos árbitros llevaran el proceso.

V. Aplicación de las reglas de interpretación del negocio jurídico en el convenio arbitral

Como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, el interpretar un negocio jurídico consiste en realizar un ejercicio judicial dentro del cual el juzgador, respetando las reglas que la normativa establece y en virtud de su habilitación legal busca determinar el alcance del negocio en base a su contenido, naturaleza y principios inherentes. Ahora bien, el interpretar un convenio arbitral puede no resultar siempre una tarea sencilla, pues de

aquello depende que un árbitro o a su vez un juez determine su competencia para conocer el fondo de una disputa. Como determina Jaramillo:

por interpretar entendemos, para los efectos de establecer el alcance del pacto arbitral, la acción que tiende a fijar el sentido y la voluntad; es decir, la misma acción que debe adelantarse para desentrañar la intención de las partes en un negocio jurídico. (Jaramillo, 2005, p.225)

En otras palabras, el interpretar un convenio arbitral, será indispensable para comprender si las partes de común acuerdo decidieron someter sus controversias a arbitraje, de ser así, permitirá también determinar cuáles estarán sujetas a resolución por este método alternativo de solución de conflictos y, por último, permitirá que un tribunal arbitral o un juez decidan el fondo de una controversia sometida a su autoridad.

Es aquí donde se hace fundamental el que quienes interpretan un convenio arbitral, es decir, un juez o un tribunal arbitral, dependiendo quien tenga el deber de hacerlo, tiene que poner en práctica uno de los más relevantes principios que se utilizan para interpretar un negocio jurídico, que es el principio de intencionalidad. Pues a través de dicho principio, se intenta establecer cuál fue la intención obligacional de forma clara que tuvieron las partes al momento de acordar una cláusula arbitral.

Respecto al principio de intencionalidad, se puede afirmar que quien tenga que hacer la interpretación de la cláusula arbitral, tiene dos deberes esenciales. En primer lugar, se encuentra en la obligación de verificar si de la sola lectura de la cláusula arbitral o a su vez de las pruebas que existan, se desprende de las partes una voluntad inequívoca de someter sus controversias a arbitraje. De no ser así, pero aun existiendo indicios de que las partes quisieron optar por este método alternativo de solución de conflictos, quien se encuentre en el ejercicio de interpretación de la cláusula arbitral deberá realizar un acercamiento con las partes, y solicitar que cada una explique de manera razonada cuál fue su intención de hacer referencia al arbitraje durante la celebración de un contrato.

Con respecto al acercamiento fundamental que debe hacer con las partes quien interpreta la cláusula arbitral, Ferruzo y Díaz Peña han expresado lo siguiente:

A partir de estos sistemas de interpretación puede señalarse que los árbitros deben recurrir a ellos de manera conjunta a efectos de tener mejores frutos en su aventura interpretativa. Es clave para el árbitro preguntarse por la intención de las partes al celebrar el contrato en esos términos; sin embargo, el árbitro también deberá tener un obligatorio punto de partida que es aquello que las partes libremente expresaron en el instrumento contractual que es objeto de interpretación. (Ferruzo y Díaz, 2006, p. 34)

En este sentido, podemos concluir diciendo que el principio de intencionalidad tiene por objeto que de cualquier manera, ya sea por la lectura de la cláusula arbitral, de que existan pruebas que permitan inferir que la intención de las partes fue pactar arbitraje sobre ciertas o todas las controversias que surjan a partir de un contrato, o por medio de un acercamiento entre quien interpreta el convenio y los contratantes, se busque descubrir si las partes pactaron arbitraje, y de ser así, sobre qué controversias.

Por supuesto, esto no es todo el principio de intencionalidad, sin embargo, creemos que su aplicación debe ir encaminada a solucionar la dicotomía de determinar si las partes pactaron o no arbitraje sobre algún contrato que celebraron, pues si no estipularon con claridad si éste sería administrado o independiente, o en derecho o equidad, la legislación ecuatoriana es capaz de suplir esas imprecisiones.

Otro principio recogido por el ordenamiento ecuatoriano y por la doctrina en los negocios jurídicos, es el de la buena fe. Como ya se explicó en su definición en el capítulo anterior, tiene como objetivo el que las partes desde las tratativas hasta la ejecución del contrato se conduzcan de manera ética y sin usar estrategias o artilugios para perjudicarse entre ellas.

Aplicando dicho principio al convenio arbitral, podemos decir brevemente que este consiste en el no permitir que una de las partes, utilice como argumento la falta de claridad o imprecisión que exista en una cláusula arbitral para frustrar el proceso y llevarlo a la justicia ordinaria. A este respecto, es necesario advertir que quien se encuentra en el ejercicio de interpretación debe identificar en base al principio de intencionalidad, si la intención común de las partes fue el someterse a arbitraje, y de ser así, no dar lugar a que la parte afectada quiera frustrar el proceso,

no porque no consintió en el arbitraje, sino porque ha cumplido o está cumpliendo sus obligaciones de mala fe.

Como otro principio aplicado a la cláusula arbitral, se puede identificar al de efectividad (*in favorem valdatis*) que se encuentra recogido en el artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano, y que en pocas palabras establece que debe interpretarse una cláusula de manera que se permita surtir el efecto útil que tenga la estipulación, pues como manifiesta Alessandri (1996) “no sería lógico que las partes estipulen una cláusula que no tenga utilidad”. Aplicando dicho principio a la cláusula arbitral, se puede establecer que quien la interpreta, debe buscar darle utilidad, aunque la misma no esté redactada de manera clara. Sin embargo, hay que decir que esto no es tarea sencilla, pues un convenio arbitral no puede ser interpretado con un solo principio, y quien lo interpreta debe hacerlo, tal como a los demás negocios jurídicos, a la luz de las directrices legales y doctrinarias de forma conjunta. En el sentido de utilidad, la pregunta que debería plantearse entonces es: ¿Cómo hacer que una cláusula que se refiere al arbitraje sea útil?

Adicionalmente, vale la pena mencionar al principio de interpretación *contra proferentem*, característico y muy importante al momento de interpretar un negocio jurídico, no obstante, en lo que respecta a la interpretación del convenio arbitral, la doctrina ha dicho que no es aplicable, pues no existe en dicho acuerdo una relación deudor y acreedor. En palabras de Ernesto Salcedo (2007), “en el convenio arbitral no existe una vinculación acreedor-deudor, pues ambas partes adquieren una misma obligación que es la de someter sus diferencias al arbitraje”. Sin embargo, a esto advierte Zuleta Jaramillo, que “la aplicación de este principio puede ser invocada en contra de quien estipuló o redactó la cláusula arbitral, especialmente en los contratos de adhesión”. En este sentido, cabe comentar brevemente, que el principio *contra proferentem* es perfectamente aplicable, siempre que la cláusula de arbitraje no se encuentre prohibida por normativa legal que asiste a los consumidores.

Por último, un principio que no es aplicable al resto de negocios jurídicos, pero es quizá el más importante al momento de interpretar una cláusula arbitral, es el principio *Pro Arbitri* el cual consiste que, en caso de duda, las autoridades judiciales, deben inhibirse de conocer el proceso y

remitirlo a un centro de arbitraje. El mencionado principio, se encuentra prescrito en el tercer inciso del artículo 7 de la LAM que reza:

El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días. (LAM, 2006, art.7)

Como se puede apreciar, dicho principio, obliga a los operadores de justicia a garantizar la efectividad del arbitraje, pues es un medio alternativo de resolución de conflictos que goza de un reconocimiento constitucional y legal.

VI. Conclusiones

Se puede afirmar que el convenio arbitral es un negocio jurídico lícito, el cual requiere del cumplimiento de los requisitos de validez establecidos por la ley. Cabe destacar, que el convenio arbitral tiene su origen en la autonomía de la voluntad, pues por el mutuo acuerdo de las partes, se sustrae la competencia de la jurisdicción ordinaria para ciertas controversias contractuales o extracontractuales, con el objetivo de que éstas sean resueltas por un tercero que no es un funcionario judicial.

Además, también se debe manifestar, que a pesar de que el convenio arbitral es un negocio jurídico, el mismo es independiente y separado del contrato que le ha generado, lo que no quiere decir de ninguna manera, que no pueda verse afectado por las mismas causales de nulidad que han afectado al contrato principal. La independencia del convenio arbitral del contrato principal se fundamenta en que el primero va encaminado a regular un derecho de acción, mientras que el segundo tiene por objeto regular las obligaciones sustanciales que las partes han estipulado.

Por otra parte, se puede decir que el convenio arbitral no siempre es eficaz, pues debido a sus defectos o imprecisiones en la redacción, en ocasiones sucede que el mismo no es capaz de generar los efectos jurídicos inicialmente deseados por las partes. Es allí cuando aparece la muy conocida cláusula patológica, que consiste en que el convenio arbitral es insuficiente para demostrar que las partes tuvieron la intención de someterse a un proceso arbitral. Una cláusula es patológica o insuficiente cuando no estipula que el someter sus controversias a arbitraje no es obligatorio para las partes, o cuando permite que la jurisdicción ordinaria entre a decidir sobre el fondo de la controversia.

La doctrina ha clasificado a las cláusulas patológicas en facultativas (aquellas que hacen que el someterse a arbitraje sea opcional para las partes), cláusulas contradictorias (aquellas que no tienen relación y se contradicen), cláusulas diminutas, (aquellas que son imprecisas) y cláusulas confusas (aquellas que no establecen con claridad la intención de las partes).

Por ello, una cláusula arbitral debe ser redactada de manera sencilla, y principalmente debe contener la intención inequívoca de que las controversias derivadas de un contrato serán sometidas a arbitraje, la referencia del centro en que se sustanciarán, que se aplicará el reglamento de dicho centro, y si el arbitraje será en derecho o equidad. Cabe indicar que, en caso de pactar arbitraje con el estado ecuatoriano, este deberá ser siempre en derecho por disposición del artículo 190 de la Constitución.

Sin embargo, en los casos en que una cláusula arbitral no sea suficiente, éstas deben ser interpretadas a la luz de los principios que rigen la interpretación de un negocio jurídico común. Así, una cláusula arbitral puede ser interpretada por medio del principio de intencionalidad de las partes contratantes, por medio de la buena fe, por medio del principio de efectividad, por medio del principio contra proferentem, y a través del principio pro-arbitraje.

Aplicando los principios antes mencionados a la interpretación de la cláusula arbitral, se puede decir que sus objetivos son varios. No obstante, todos ellos tienen la finalidad de determinar si las controversias

derivadas de un contrato deben sustanciarse ante un tribunal arbitral o a su vez, ante la justicia ordinaria

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. (1996). *Derecho Civil: De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Temis.
- Alpa, G. (2006). Derecho Privado del Consumidor. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. 15-18.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. [C.C.]. R.O. 46 de 24 de junio de 2005.
- Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. (13). 13-39.
- Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. (14 de agosto de 2016). Proceso Arbitral 015-06.
- Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. (21 de septiembre de 2016). Proceso Arbitral 016-06.
- Cámara de Comercio de Guayaquil. Reglamento General Actualizado. Recuperado de: https://www.lacamara.org/website/centro_de_arbitraje_y_conciliacion/
- Cámara de Comercio de Quito. (07 de agosto de 1999). Proceso arbitral 027- 99.
- Claro Solar, L. (2004). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo III*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia 1ª. (14 de enero de 2005)
- Congreso Nacional del Ecuador. Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM]. R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

- Constitución de la República del Ecuador. [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.
- Diez Picazo, L. (2016). *Sistema de Derecho Civil*. Décima Edición. Editorial Temis: Bogotá.
- Domat. (1771). *Las normas civiles dentro de nuestro ordenamiento natural*. I Volumen. Las Cruces: Paris.
- Ducci Claro, C. (2012). *Derecho Civil Parte General*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Fernández, J. (2016). Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. IX Edición. p. 597.
- Meza Barros, R. (2010). *Manual de Derecho Civil: de las obligaciones*. Décima Edición. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Morales, M. (2005). *Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional*. En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario.
- Parlamento de la República de Francia. Código Civil. Registro del 21 de marzo de 1804.
- Pothier. (1948). *Tratado del contrato de venta en Tratado de los Contratos*. Praxis Jurídica: Buenos Aires.
- Real Academia de la Lengua Española. <https://dej.rae.es/lema/interpretacion-de-los-contratos> (acceso: 22/02/2020).
- Reuben, R. (1997). Justicia en el sector público: hacia un estado de acción sobre la teoría de resolución alternativa de conflictos. *California Law Review*. p.577
- Roca Martínez, J M. (2013). *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Bosch Editores: Barcelona.
- Rodríguez Olmos, J. (2008). Reflexiones sobre el Derecho Privado y los Contratos. *Revista Jurídica Universidad de Externado de Colombia*.

- Rosen, Janet A. (1994). El arbitraje bajo el Derecho Internacional Privado: las doctrinas de separabilidad y el principio de competencia sobre competencia. (p.599) Recuperado de Fordham International Law Journal - Vol. 17: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol17/iss1/>
- Rubio, M. (2002) *Nulidad y Anulabilidad: La invalidez de un acto jurídico*. VI Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salvat, M. (1935). *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*. Tercera Edición. Limos: Buenos Aires.
- Serrano Puig, A.(2013). *Cláusulas patológicas*. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/57388049/CLAUSULAS-PATOLOGICAS-Armando-Serrano-Puig>.
- Silva Romero, E.(2006). *Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-kompetenz*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Yepes, L. (2019). *Convenio arbitral: supuestos doctrinarios de patología, principios e interpretación y su enfoque pro arbitraje en la legislación ecuatoriana*. (Tesis de maestría). Universidad Internacional de La Rioja). Recuperado de <https://reunir.unir.net/handle/123456789/8168>
- Zuleta Jaramillo, E.(2005). *El arbitraje en razón de la materia*. Bogotá: Legis Editores. 2005.

La Corte Constitucional del Ecuador: El “levantamiento del velo societario” como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado en aplicación a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales

The Constitutional Court of Ecuador: The “lifting of the corporate veil” as a mean of collection by State Institutions in application of the Organic Law for the Defense of Labor Rights

Salomé Dávalos Sánchez*

Investigadora jurídica independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 17 de octubre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 31 de diciembre de 2021

Citación

Dávalos, S. (2021). *La Corte Constitucional del Ecuador: “El levantamiento del velo societario” como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado en aplicación a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (389-410).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.73

Resumen: El presente artículo analiza la decisión de la Corte Constitucional del Ecuador frente a la acción pública de inconstitucionalidad sobre la forma y fondo de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, mediante los cuales se autoriza que

* Licenciada y Abogada en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) (2011). Estudios Superiores en Derecho Anglosajón por la Loyola University, Chicago (2009). Master en Derecho Transnacional (Willamette University), Salem, Oregon, Estados Unidos. Certificación en Programa de Administración de Empresas PBM (Program in Business Administration) por la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina (2020); y, certificación en Práctica Avanzada de Adquisición de Empresas por la Universidad Torcuato Di Tella Buenos Aires, Argentina (2021).

las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, puedan ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley; y, para el caso de personas jurídicas, puedan realizar al llamado “*levantamiento del velo societario*”, pudiendo llegarse hasta el último nivel de propiedad, que siempre recaerá en personas naturales. Se declaró por parte del organismo de control constitucional que los artículos 1 y 2 y de la mencionada Ley no tienen los vicios de inconstitucionalidad por la forma; y, que el artículo 2 de la mencionada Ley no tiene vicios de inconstitucionalidad por el fondo. Sin embargo, se declaró que el artículo 1 contiene una “*constitucionalidad condicionada*”, la cual debe ajustarse a ciertas interpretaciones específicas que serán motivo de análisis en el presente, y que logran llamar la atención, pues la decisión tomada por la Corte utiliza también criterios analizados en el derecho internacional y jurisprudencia ecuatoriana.

Palabras clave: Levantamiento velo societario, coactiva, Ecuador, abuso de derecho en la personalidad jurídica

Abstract: *This article analyses the decision taken by the Constitutional Court of Ecuador against the public action of unconstitutionality on the form and substance of articles 1 and 2 of the Organic Law for the Defense of Labor Rights, which authorizes the State institutions that by law have coercive jurisdiction, in order to make effective the collection of their debts, they can exercise their action subsidiarily not only against the principal, but against all those obligated by law, and in the case of legal persons, they can carry out the so-called “lifting of the corporate veil”, being able to reach the last level of ownership, which will always fall on natural persons. It was declared by the constitutional control institution that articles 1 and 2 of the aforementioned Law they do not have the vices of unconstitutionality by the form; and, that article 2 of the aforementioned Law does not have defects of unconstitutionality on the merits. However, it was declared that Article 1 contains a “conditional constitutionality”, which must obey certain specific interpretations that will be subject to analysis in this essay, and that manage to attract attention, since the decision taken by the Court is based on international Law and Ecuadorian jurisprudence.*

Keywords: *Lifting corporate veil, coercive, Ecuador, abuse of right in legal personality.*

Introducción

Por definición las sociedades mercantiles gozan de una personalidad jurídica distinta a la de sus socios o accionistas, a quienes para efectos de este artículo los llamaremos únicamente como “*socios*” sin distinción alguna, ya sean estos constituyentes o adheridos, lo cual permite contar con la formación de un patrimonio distinto del de los socios, y del que sólo puede disponerse en nombre de la sociedad. Sin embargo, esta creación jurídica ficticia es muchas veces utilizada como instrumento de fraude de los asociados o también como un recurso para evadir el pago de obligaciones; pues, además, la separación entre actos que sólo obligan a la sociedad; y otros, a los asociados individualmente considerados, diluye muchas responsabilidades.

En este caso último caso, quien se considere perjudicado con actos u omisiones atribuidos a la sociedad que devienen en fraude de sus administradores y/o socios o de un tercero por cuenta y orden de la sociedad, puede demandar válidamente el levantamiento del velo corporativo para que la responsabilidad de los socios sea solidaria e ilimitada.

No obstante, estas desventajas, que siempre han sido inferiores a las ventajas que ofrece la personalidad de la sociedad mercantil, pueden atenuarse, si no eliminarse, mediante una adecuada reglamentación del contrato social; y, una vigilancia o intervención de la formación y funcionamiento de la sociedad en general por parte de los organismos de control estatal y privados llamados para tales efectos, sin que se deba llegar a afectar la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

En esta línea de ideas, el Estado Ecuatoriano en pro de los derechos de los trabajadores, a través de los artículos 1¹ y 2 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, autorizó que las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer

1 Posteriormente este artículo fue derogado por el artículo 46 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, atracción de inversiones y generación de empleo; y, pese a que la disposición transitoria décima novena sustituye el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, el contenido de la sustitución es el mismo que el texto original.

efectivo el cobro de sus acreencias, puedan ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley; y, para el caso de personas jurídicas, puedan realizar al llamado “*levantamiento del velo societario*”, pudiendo llegar hasta el último nivel de propiedad. Sin embargo, estas disposiciones estarían por otra parte, contraviniendo la teoría de la “*inoponibilidad de la persona jurídica*”, cuyos principios parten de la individualidad e independencia de las personas jurídicas frente a sus socios o accionistas. Por tales razones, se presentó una acción pública de inconstitucionalidad sobre la forma y fondo de los artículos en mención, y cuya resolución por parte de la Corte Constitucional, será sujeto de análisis a través del presente ensayo.

I. La personalidad jurídica en el Derecho Societario

La teoría de la persona jurídica, hoy dominante, fue la consolidación de elaborados estudios doctrinarios en el siglo XIX de juristas como Federico Savigny, seguido por Ihering y otros, quienes concluyeron que el ente societario no era sino una ficción jurídica autorizada por el Estado para satisfacer las necesidades sociales y promover la economía.

Así, al crearse o constituirse una compañía, decimos que ésta adquiere personalidad jurídica, la misma que dota a la sociedad de una individualidad, por la que se le atribuye: un nombre (denominación o razón social); una nacionalidad y un domicilio; además de capacidad y de autonomía para actuar y contratar en su propio nombre con terceros, respondiendo la sociedad de las deudas sociales como norma general.

Según Levis Ignacio Zerpa, “*la personalidad jurídica societaria es un medio técnico suministrado por el derecho a la economía, el cual permite la actuación unitaria de un colectivo, para emprender actividades tendientes a la realización de un fin económico común*” (Zerpa, Ulpiano, 1999). Agrega el tratadista además que: “*El carácter de instrumento unificador nos conduce a tener muy en consideración la sabia advertencia expresada así en la doctrina: La sociedad anónima es un sujeto de derechos distinto a sus socios, a pesar de que son ellos los que toman las decisiones de aquella, bien sea en forma directa o indirecta, mediante el control que ejercen a través de sus órganos sociales.*” (Zerpa, Ulpiano, 1999)

En el Ecuador las personas jurídicas, se definen bajo nuestro Código de Comercio en su Art. 14 como: “*la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada*”; y, en el ámbito legal societario son las llamadas “compañías”. Por su parte, la Ley de Compañías en su Art. 1 define al contrato de compañía como aquel por el cual “*dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades*”; y, clasifica a las sociedades mercantiles en: compañía en nombre colectivo; compañía en comandita simple y dividida por acciones; compañía de responsabilidad limitada; compañía anónima; compañía de economía mixta; y, la sociedad por acciones simplificada (Art. 2 L. de Compañías).

Así, una vez cumplidas las formalidades constitutivas, las sociedades mercantiles adquieren personalidad jurídica distinta e independiente de los socios que la conforman, de acuerdo con lo que dispone nuestro Código Civil.

Ahora, exceptuando a los socios de compañías en nombre colectivo y a los socios solidaria e ilimitadamente responsables en las compañías en comandita, o a aquellos accionistas con responsabilidad ilimitada acordados en las sociedades por acciones simplificadas, en general estos no responden por las deudas de la sociedad, por lo que los acreedores deberán asegurarse que el crédito que otorgan se encuentre debidamente garantizado por el capital social y el patrimonio de la compañía.

De manera general, los socios o accionistas tan sólo están obligados al pago de sus acciones o aportaciones, es decir que su responsabilidad se constriñe a aquella derivada del pago de su participación social y nada más; sin perder de vista que en las compañías de responsabilidad limitada, nuestra Ley de Compañías ha previsto que la responsabilidad de los socios puede limitarse al valor de sus participaciones sociales, al de las prestaciones accesorias y aportaciones suplementarias, en la proporción que se hubiere establecido en el contrato social; y, que las aportaciones suplementarias no afectan a la responsabilidad de los socios ante terceros, sino desde el momento en que la compañía, por decisión inscrita ante los registros públicos correspondientes, haya decidido su pago. No cumplidos estos requisitos, tales aportaciones suplementarias no son exigibles, ni aún en el caso de liquidación o quiebra de la compañía.

Nuestro Código Civil agrega además que: “*No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero*” (Art. 1959. C. Civil); y, en el caso de las compañías de comercio en las cuales el aporte de capital es determinante, la responsabilidad de los socios o accionistas está dada hasta el monto de lo aportado al capital social, aclarándose que el socio o accionista está obligado a pagar el monto del capital suscrito y no pagado, en cuyo caso los acreedores de la compañía, pueden solicitar al socio el pago del valor insoluto, basados en el principio mediante el cual “el deudor de mi deudor es mi deudor”.

II. Teoría de la desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario

Como se señaló en líneas anteriores, en estricto derecho, los socios no son responsables por las deudas de la sociedad, ni por la responsabilidad que a ésta resulte por las obligaciones contraídas, la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas es lo que ha desarrollado en nuestro medio y en el mundo entero la conformación de compañías de responsabilidad limitada y sobre todo de compañías anónimas, y de las ahora nuevas llamadas sociedades por acciones simplificadas.

En la actualidad, si bien la existencia de entes jurídicos a las que se les reconoce una personalidad jurídica propia, permite que se movilicen enormes capitales que se invierten en los más variados proyectos, partiendo del hecho de que los accionistas y administradores no tienen responsabilidad por las pérdidas de la sociedad; a su vez, estas sociedades de capital o aquellas medianamente personalistas existen en parte para blindar a sus accionistas o socios de las responsabilidades por deudas que pudieran producirse por la gestión de la sociedad, a contrario sensu de lo que ocurría en el siglo XVII, en donde cualquiera de los socios tenía que responder por las deudas u obligaciones de la sociedad, lo cual dio lugar a que los partícipes tengan un justo recelo de invertir al tener que responder por las deudas sociales si el negocio fracasaba.

Sin embargo, en muchas ocasiones, cuando los socios de las personas jurídicas tienen responsabilidad limitada hasta el valor o monto del aporte, y la distinción patrimonial entre los socios y la persona jurídica es notable, es posible que aquellos, o los representantes legales de las sociedades, usando el ropaje social, utilicen la protección o privilegio que la teoría de la ficción jurídica entrega, y efectúen operaciones mercantiles al margen de la ley, o simuladas, con la intención de defraudar a otros agentes económicos, o también con el propósito de evadir el pago de impuestos, siendo así que los socios o accionistas abusen de la responsabilidad limitada y utilicen a la persona jurídica como herramienta para violar la ley y el orden público y alcanzar beneficios económicos ilícitos o al menos injustificados.

De esta manera, los socios y los administradores de la sociedad pueden además atentar contra los derechos de terceros o de otros socios simulando deudas, inflando obligaciones, ocultando o “piramidando” activos e inversiones, o teniendo actitudes que perjudiquen tales derechos, obteniendo para sí beneficios desproporcionados o injustificados. Es decir, en ocasiones los administradores de una sociedad, en contubernio o no con uno o más de los socios, pueden incurrir en situaciones abusivas mediante la instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria.

Bajo estas circunstancias es que los juristas y pensadores del derecho societario, a fin de poner un alto a este tipo de abusos, y evitar que esta forma asociativa comercial se subsuma en una unidad evasora de responsabilidades que proteja a las personas naturales que están atrás de estas, crearon un mecanismo o solución jurídica que contrapone este principio de independencia, pero que para su aplicación la entidad debe someterse a un proceso judicial normado y específico, denominado “*levantamiento del velo societario de una compañía*” o “*lifting corporate veil*”. Este procedimiento reglado en todas las jurisdicciones, logra alcanzar ya sea a los patrimonios de sus socios, accionistas y administradores, independientemente de las acciones sancionatorias o condenatorias que se puedan llevar a cabo desde el ámbito civil y penal a los causantes de estos abusos.

En el caso particular del Ecuador, y tras las últimas reformas societarias incorporadas en diciembre del 2020, se estableció de manera específica en la Ley de Compañías que por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías, serán “*personal y solidariamente*

responsables” quienes: dictaminen o ejecuten estas acciones, hayan obtenido provecho de estas circunstancias, y finalmente los llamados “testaferros” para efectos de la restitución; y, adicionalmente restringe en la manera en que esta herramienta legal se puede declarar judicialmente, así: “(...) *de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil (...)*” (ART. 17 L. Compañías)

Así, si bien ahora finalmente la normativa local del ramo especifica las formas legales para atacar estos abusos, la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, se había conceptualizado ya en jurisprudencias anteriores emitidas por la Corte Nacional Ecuatoriana, las cuales se centran en la convicción de que este despojamiento puede constituir instrumento adecuado o incluso necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material, “*para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si no existiese la persona jurídica*”. (Llagues, 1999, p.54) (Expediente No. 393-99, Primera Sala, R.O. 273, 9-IX-99).

Dicho esto se podría afirmar que la doctrina conocida como el *levantamiento del velo* consiste en una decisión judicial por la cual el socio o partícipe de una sociedad mercantil queda obligado por las deudas de la misma, estableciéndose una responsabilidad solidaria e ilimitada, dejando de un lado el principio separatista existente entre la sociedad mercantil como ente individualizado y autónomo, frente a sus socios, o frente al órgano ejecutivo no autorizado para efectuar ciertos actos o contratos no autorizados en el estatuto social.

Así, esta declaración judicial implica traspasar la forma externa de la persona jurídica, para identificar la realidad que existe en su interior, así como aclarar o decantar situaciones producidas en la empresa, que han afectado el normal desenvolvimiento de las relaciones corporativas, con el fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad jurídica en perjuicio de los intereses públicos o privados. Sin embargo, esta acción de *traspaso* debe ser efectuada con el más minucioso tecnicismo y bajo una absoluta valoración conforme a Derecho, frente a cada uno de los

hechos jurídicos, tomando como parámetro la buena fe, pues caso contrario implicaría un *allanamiento* a la personalidad jurídica de la empresa.

II.1. Uso abusivo de la personalidad jurídica o abuso del derecho

Entendido entonces cual es el propósito de este levantamiento del velo societario, es fundamental concentrarnos en cuando puede utilizarse este mecanismo de defensa, volcándonos a aquellas circunstancias de abuso del derecho, donde existe dolo o culpa como tal.

El abuso de la utilización de la personalidad jurídica ha sido objeto de estudio y análisis tanto por la doctrina como por la jurisprudencia dentro de los principales sistemas jurídicos en el mundo, en especial el sistema anglosajón, y el alemán. Esta teoría no solo comporta distintos criterios para su determinación, sino que también acarrea diferentes presupuestos.

Así, por ejemplo, se atribuye este abuso de la personalidad jurídica al carácter instrumental que se tiene desde la creación de estos “entes”, como medio técnico que el derecho ofrece para el logro de finalidades lícitas que las personas naturales a título personal no podrían conseguir. Entonces, para autores como Garridez, este instrumento puede dar lugar a un uso indebido, a un mal uso o abuso del mismo, y hace un recuento de que cuando la ley no encuadra estas circunstancias, la jurisprudencia, principalmente americana y española, han reaccionado decretando el apartamiento de la persona jurídica, penetrando hasta el fondo para llegar hasta las personas naturales. (Zerpa, Ulpiano, 1999)

Por otra parte, decimos que hay abuso del derecho cuando las normas escritas y los principios fundamentales de equidad sobre los que descansa la justicia han sido violentados o desconocidos frontalmente por la empresa como tal, en beneficio de sus socios, accionistas u administradores, en perjuicio de otros socios o de terceros de buena fe.

De igual forma opina R. Serick, quien expone: “*Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera <abusiva>, el juez podrá descar-*

tarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe <abuso> cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”. (Cabanellas de las Cuevas, 1994)

Adicionalmente, el abuso de la personalidad jurídica puede operarse a través del llamado *fraude a la ley*, el cual se desarrolla cuando dolosa o culposamente la sociedad mercantil se soporta en una norma, para obtener beneficios o privilegios que exceden el margen de utilidad prevista en la costumbre mercantil o ejecuta actos que pretenden un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Es decir, se presupone la existencia de una norma, cuya aplicación social se trata de eludir, mediante la aplicación de manera indebida de ya sea otra norma como cobertura, o utilizándola para obtener una finalidad distinta de la que constituye su propia causa.

En esta misma línea, podríamos también hablar del *enriquecimiento sin causa*, en donde se producen ventajas mercantiles y crecimiento patrimonial sin que exista una causa lícita y justificada, produciendo al mismo tiempo el empobrecimiento o perjuicio a un tercero o de los mismos socios o accionistas, en beneficio de un administrador u otro socio, irrespetando el equilibrio entre derechos y obligaciones de los socios que nacen del contrato mismo de sociedad.

Finalmente, una forma muy común de abuso de la personalidad jurídica es el caso de la *simulación*, en donde los sujetos pactan de manera que el negocio realizado o la empresa constituye una mera apariencia, y que sirve para ocultar ya sea la realización del negocio per se, o el desarrollo distinto y efectivo de los sujetos que intervienen en el mismo.

II.2. Abuso de la personalidad jurídica frente a los Derechos Laborales

La Constitución de la República del Ecuador establece que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía, ante lo cual, el Estado debe

garantizar a las personas trabajadoras el respeto pleno, entre otras cosas, a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas (ART. 33 C. Política). Bajo esta premisa, el respeto a los Derechos Laborales comporta un importante indicador del cumplimiento del objeto social de una compañía, pues el desarrollo de un negocio debe verse reflejado en sus trabajadores, como fuente principal de producción.

Entre los principales derechos que tienen los trabajadores podemos decir que son: el contar con un trabajo digno y estable, obtener una remuneración y compensaciones justas, así como gozar de vacaciones. Por su parte, las compañías tienen la obligación de responder ante sus trabajadores y personeros con el pago de salarios y bonificaciones que por Ley se encuentran previamente establecidas, así como el de afiliarse a sus trabajadores ante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante “IESS”) y realizar los aportes correspondientes. De manera adicional, y como resultado de conquistas laborales que por décadas los distintos gremios de trabajadores han luchado, se suma el derecho a percibir “utilidades”, esto en los casos en que las empresas hayan arrojado al final del ejercicio fiscal correspondiente un saldo positivo, tomando como base las declaraciones o liquidaciones que se hagan para el efecto del pago del impuesto a la renta.

Ahora bien, como ya se analizó en líneas anteriores, el abuso de la personalidad jurídica en las compañías parte del hecho de que sus socios o administradores, bajo el cobertizo de una entidad jurídica independiente realizan actos jurídicos que buscan beneficiarse aún más de las actividades y objeto para el cual fueron creadas, en detrimento de terceros que en muchos casos llegan a ser sus propios trabajadores.

En ese contexto, y a pesar de que existe: (i) la atribución por parte del Estado para imponer sanciones a las compañías en caso de incumplimiento en sus obligaciones en general, y de manera específica las laborales, sobre todo ante la falta de pago de utilidades y aportaciones a la seguridad social; así como, (ii) la facultad de considerar a las empresas vinculadas como una sola y sobre esta determinación realizar el cálculo para el cobro de utilidades; no se ha podido evitar su incumplimiento por parte de múltiples sociedades. La utilización de figuras o vehículos como: testaferrismo, contratos simulados, evasión fiscal, y otras formas de abuso de la personalidad jurídica, sumado al hecho de ocultación de bienes e ingresos, no permiten

lograr una recaudación de manera adecuada y pago de haberes reales a los trabajadores. Incluso, en caso de obtener resoluciones favorables de la justicia en contra de empleadores, para los trabajadores en muchos casos se vuelve imposible poder ejecutar adecuadamente tales decisiones, para recibir lo que se les adeuda, perjudicando de manera directa a los derechos laborales. (Art. 107 y 103, C. Trabajo).

Bajo este crítico escenario, la jurisdicción coactiva surge como un mecanismo inmediato de protección y de exigencia de obligaciones, que al ir de la mano con la entidad recaudadora de tributos, permite conocer la base de sus ingresos y activos sobre la cual los trabajadores pueden reclamar sus haberes. Dicho de otro modo, aquellas instituciones del Estado que gozan de esta facultad estarían en la posición de hacer prevalecer los Derechos de los Trabajadores frente al abuso de las compañías a través del mecanismo del Levantamiento del velo societario, incluso atacando el patrimonio de personas que directamente no aparecieran como socios o administradores, pero que al realizar un análisis a profundidad se encuentran vinculadas, tema que se tratará en el siguiente acápite, tras el análisis que hace la Corte Constitucional sobre la aplicación directa de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, normativa que ha generado una serie de discusiones sobre su legalidad y constitucionalidad.

III. El “levantamiento del velo societario” como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado en aplicación a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, y la acción de inconstitucionalidad planteada al respecto

La Corte Constitucional, mediante causa signada con el No. 22-13-IN, analizó la constitucionalidad por el fondo y por la forma de los artículos 1, 2 y 7 de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, mismos que permiten el *“levantamiento del velo societario”* como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado. A continuación, se transcriben las disposiciones acusadas de inconstitucionales y sujetas a análisis en el presente para mayor ilustración:

“Art. 1 Las instituciones del Estado que por ley tiene jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades del trabajo y los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo en su orden.”

El artículo 2 por su parte agrega un inciso al art 178 del Código Tributario:

Art. 2.- Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

“En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercería excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal de lo Contencioso Tributario así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo”.

Y finalmente, el art. 7 agrega un artículo innumerado al art. 36 del Código Civil

“Art.- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”.

La Corte Constitucional resolvió que los artículos 1 y 2 y de la mencionada Ley no tienen vicios de inconstitucionalidad por la forma; y, que el artículo 2 de la mencionada Ley no tiene vicios de inconstitucionalidad por el fondo. Sin embargo, se declaró que el artículo 1 contiene una “*constitucionalidad condicionada*”.

Dicho esto, pasaremos a analizar con detenimiento la conclusión a la que llegan los magistrados.

En primer lugar, es importante examinar las premisas para que se dé el levantamiento del velo societario por parte de las instituciones del Estado que por ley tiene jurisdicción coactiva, así:

- a. Que el objeto sea hacer efectivo el cobro de acreencias en materia laboral; y,
- b. Que se trate de personas jurídicas “*usadas para defraudar*”; ligadas a la teoría del “*abuso de la personalidad jurídica*”,

decir, en la mayoría de casos estaríamos hablando de acciones iniciadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en contra de compañías, socios y administradores que no han cumplido con sus obligaciones con sus trabajadores; y, que estas sociedades sean encasilladas como un vehículo de generación de defraudación.

Posteriormente, debemos entender las consecuencias de estos actos abusivos, y es que se pueda llegar hasta el último nivel de propiedad, es decir personas naturales, en donde se les exija que respondan con todo su patrimonio, no importa si sean o no estos residentes o domiciliados en el Ecuador.

Y, por último, se debe analizar a profundidad la extensión y alcance que la norma establece al disponer de medidas precautelares no solo en contra de los sujetos mencionados en el párrafo que antecede (y sus bienes), sino también “*ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan **indicios** que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos*”, (el subrayado me pertenece).

Sobre esta última condición, cualquier lector, con algo de conocimiento jurídico se estará preguntando cómo es si quiera pensable que una disposición legal pueda basarse en supuestos e indicios para afectar derechos fundamentales como es el de la propiedad; y, peor aún en el caso que nos atañe, bienes de propiedad de terceros que ni si quiera se han comprobado que no son los verdaderos titulares. Por su parte, los accionantes en su fundamentación aseveran además que este contenido crea inseguridad jurídica, a lo cual se debe añadir que se estaría partiendo de una presunción de mala fe (generar contratos con el ánimo de defraudar), totalmente contrario a derecho, y que como principio jurídico se debe probar, pues presumimos siempre la existencia de buena fe en todo acto o contrato.

Pero, inmiscuyéndonos fundamentalmente en la simplicidad con la que a través de estas disposiciones legales se pretende acceder al levantamiento del velo societario, e incluso, implicar a personas naturales ajenas a los hechos, la Corte Constitucional hace un importante análisis en su acápite 63 de la sentencia sujeta a análisis; y, concluye que: *“las situaciones que justifican la desestimación de la personalidad jurídica son excepcionales y requieren un análisis cuidadoso; es necesario que la verificación de tales circunstancias se realice mediante un trámite adecuado que permita el debate suficiente y el análisis minucioso del acervo probatorio”* (Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional). Puntualiza, además, que el propio legislador ha contemplado esta situación *sui generis* en las disposiciones reformativas al Código Orgánico General de Procesos en el que se incluyó reformas considerables a la Ley de Compañías. Específicamente, se estableció que la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica contra una sociedad y contra de los presuntos responsables, obedece a un trámite definido, el juicio ordinario, en el cual se pueden solicitar una serie de medidas cautelares, tales como la prohibición de enajenar o gravar bienes, suspensión de procesos de liquidación u ordenes de cancelación en el Registro Mercantil, entre otras (Art. 17 A y B, L. Compañías).

Adicionalmente, la Corte en atención a la excepcionalidad de la desestimación de la personalidad jurídica arremete en contra del hecho que esta acción *“no puede ser conocida y resuelta dentro de un procedimiento coactivo, dado que su naturaleza de cobro ágil de créditos no permite el nivel de debate que esta cuestión necesita, ni ofrece garantías suficientes para que tanto la persona jurídica en cuestión como sus socios o accionistas pue-*

dan presentar alegatos y pruebas de descargo en el momento oportuno y en igualdad de condiciones” Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional); y, concluye que el procedimiento coactivo no es un procedimiento *idóneo* para que los demandados puedan ejercer su derecho a la defensa de manera oportuna y en igualdad de condiciones.

En otras palabras, el hecho de posibilitar traspasar el carácter de “blindado” que tiene una persona jurídica, y atacar a sus constituyentes, socios o accionistas simplemente a través de un proceso coactivo, que, por su naturaleza, ni si quiera se asemeja a un procedimiento judicial ordinario, sería debilitar completamente todo principio jurídico relativo a la personalidad jurídica; violentando derechos constitucionales fundamentales como son el de: igualdad, debido proceso y a la propiedad (C. Política 2008)

Finalmente, agrega que existen vías jurisdiccionales alternativas para corregir el abuso de derecho en el uso de la personalidad jurídica, como la nulidad del contrato de sociedad o de acuerdos societarios ilegales o perjudiciales, entre otras. (Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional).

Bajo este análisis, la conclusión a la que llega la Corte Constitucional de condicionar la validez del artículo 1 de la Ley antes ya citada, responde a las siguientes interpretaciones obligatorias para su aplicación:

1. La imposición de medidas en contra del patrimonio de terceros ajenos al proceso coactivo o a la fase de ejecución de un proceso laboral, debe ser únicamente “excepcionales” y califica a esta excepción: *“como resultado de situaciones extremas tales como el público conocimiento de que los bienes del deudor en manos de terceros o el uso de personas jurídicas para defraudar”*. (Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional).
2. Partiendo de esta excepcionalidad, estas medidas deben imponerse, además:
 - a. Con sumo cuidado y prudencia, bajo una adecuada motivación. (Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional).

- b. De forma subsidiaria al deudor principal.
 - c. Deberá preceder una declaratoria judicial ejecutoriada que determine ya sea el abuso de derecho o fraude en un acto jurídico o contrato.
3. En el caso del abuso de la personalidad jurídica, en que se ataque a los bienes de los socios de una sociedad deberá preceder una sentencia o decisión ejecutoriada emitida dentro de una acción de develamiento societario.
 4. Es requisito obligatorio que, tanto los terceros como socios en contra de quienes se pretende el dictado de estas medidas hayan sido parte de los procesos de determinación de fraude o abuso de derecho y/o de la acción de levantamiento de velo societario, según corresponda. (Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional).

Así, las condiciones interpuestas por la Corte Constitucional responden al fin principal doctrinario de la teoría del levantamiento del velo societario, y es que exista la intención de corregir el abuso de derecho en el uso de la personalidad jurídica, lo cual se puede dar únicamente a través de mecanismos legales propios contemplados en el sistema jurídico en cuestión, ya sea por medio de procesos judiciales o administrativos normados, que permitan el derecho de defensa de los implicados, y que se utilicen de manera excepcional. Adicionalmente, para la aplicación de estas medidas en contra del patrimonio de terceros, invocan a un principio fundamental del derecho que es la motivación de todo acto emanado por la administración, lo cual transmite seguridad jurídica, y evita por otra parte arbitrariedad en las decisiones dictadas por parte de la autoridad.

Ante esta resolución de la Corte Nacional, será importante analizar además la responsabilidad que recae entonces en primer lugar sobre los propios organismos de control interno de las compañías, quienes ante cualquier actuación que les resulte bajo su criterio como inadecuada, y/o que su ejecución o culminación determine una actuación abusiva de derecho, pues es evidente que perjudicaría en este caso específico a sus propios trabajadores, deberán denunciar tales hechos e iniciar las

acciones legales correspondientes para evitar defraudaciones. Segundo, las autoridades de los entes de control tanto societario como tributario deberán realizar un trabajo exhaustivo y poner mayor atención a aquellas compañías que se identifiquen como “fantasmas”, o que de alguna manera se conozca que han ocultado, alterado o modificado información en sus balances, sin que esto implique lo que coloquialmente se podría catalogar como “casería de brujas”, pues no todos los casos responderán a defraudaciones como tal. Y, por último, recae una responsabilidad inigualable en los jueces y cortes del país, quienes deberán disuadir en sus argumentos y resoluciones el motivo o no para levantar el velo societario de estas compañías, y a su vez atacar en contra del patrimonio de terceros. Será fundamental, el análisis previo de cada caso, y la identificación individual del actuar de cada uno de los involucrados para concluir su responsabilidad en los hechos que se denuncien, y la condena a pagos, decisiones de embargo u otros mecanismos de compensación de los haberes de los trabajadores afectados.

Si bien, los trabajadores ante los ojos de la sociedad podrían siempre verse como un grupo en desigualdad frente a sus empleadores, y que el pago de sus acreencias no puede verse interrumpido por motivo alguno, y que los casos excepcionales en los que no se tenga como responder afectará de manera directa a estos pues responde a compromisos antes adquiridos y mas que nada a su trabajo ya realizado; no hay que olvidarse que el fin inicial de todo negocio jurídico parte de la buena fe; y, que solamente cuando la justicia lo considere se deberá atentar en contra de sus socios y administradores, pues emprender, hacer negocios y mantener una compañía activa en el Ecuador es un mérito para cualquiera que conozca la realidad de nuestro país y las dificultades que se presentan en este camino, tomando en consideración además los altos costos de producción y mantenimiento, situación que no debe quedar fuera del análisis del lector.

IV. Conclusiones

Conforme se analizó en el presente, si bien la realidad refleja que los socios y administradores de ciertas compañías, utilizan a estas como vehículos para generar defraudaciones, la defensa de los derechos de traba-

jadores y el cobro de sus acreencias a través de instituciones del Estado que gozan de coactiva ante el abuso de sociedades “patronas” de estos, no está exenta de la aplicación de la normativa ya existente relativa al levantamiento del velo societario, y el abuso de la personalidad jurídica.

La expedición de las últimas reformas en materia societaria al regular de manera expresa el levantamiento del velo societario, partiendo del hecho de que la persona jurídica es un sujeto de derechos, con total independencia de los sujetos que la componen, proporciona seguridad jurídica, y compone una obligatoriedad para la aplicación directa de su contenido dentro de otras disposiciones legales en otras materias.

Adicionalmente, nuestra jurisprudencia ya ha venido aplicando esta doctrina en casos de confusión de patrimonios desde antes de las reformas societarias antes señaladas. Así, en aquellos casos en que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad, cuando habido la participación de testaferros, o en los supuestos en que se utilice la forma social como medio de fraude de ley o de los derechos de terceros, originándose perjuicios a intereses públicos o privados, incluyendo los de los propios socios, se ha permitido el levantamiento del velo societario como medio para resarcir a las personas perjudicadas ante los hechos y actos antes descritos.

Con el marco de esta norma constitucional, el contrato de compañía, en cuanto permite generar una persona jurídica, debe tener límites para la interposición de la entidad ficticia y así el Estado pueda precaver que eventualmente sirva como instrumento en la comisión de fraudes y delitos, tales como testaferrismo, evasión fiscal, lavado de activos y otros semejantes.

No obstante, es indispensable puntualizar que este mecanismo de despojo debe ser aplicado de manera excepcional, y tras un riguroso proceso previamente reglado de comprobación del cometimiento de actos contrarios a derechos, por parte de una autoridad judicial competente. De ninguna manera, debe responder a una forma de persecución, o de identificación de responsables ante hechos o circunstancias que en ciertas ocasiones pueden ser ajenas a su actuar; y, más bien, propias de los variantes negocios económicos de una sociedad, que no dio los frutos o

resultados esperados. Como nuestra Corte Nacional a través de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en uno de sus fallos ya se ha pronunciado el empleo de este instrumento no debe ser abierto ni indiscriminado, sino que lo será en aquellos casos en que el juzgador luego de un análisis profundo de las circunstancias propias que atañe a cada caso, concluya que, la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar o a la ley o a los intereses de terceros; o, cuando el uso de esta “cobertura formal” en la persona jurídica conduce a los mismos efectos defraudatorios.

El análisis exhaustivo que realiza la Corte Constitucional para declarar la constitucionalidad de la aplicación del Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, para hacer efectivo el cobro acreencias en materia laboral a través de la mal llamada jurisdicción coactiva, permite atacar en ciertas ocasiones y de manera excepcional al patrimonio de socios, representantes y terceros ajenos, siempre que se cumplan ciertas condiciones específicas y que deben ser aplicadas de manera obligatoria y vinculante en cualquier proceso de este tipo, y que se resumen en: su excepcionalidad, respeto al derecho al debido proceso, a la propiedad y motivación de decisiones emanadas por la autoridad competente.

Finalmente, y con el propósito de precautelar la autonomía de la voluntad de las partes al momento de realizar negocios jurídicos, y respetar la versatilidad de las relaciones comerciales a través de una de las más grandes creaciones jurídicas dentro del ámbito del derecho societario y económico como es la “persona jurídica” y su independencia de sus socios; es indispensable, contar con una cultura de denuncia interna por parte de los órganos de control de las sociedades, así como de dotar a los entes públicos de control societario y de tributario, no solo de normas suficientes que les permitan adoptar medidas de refuerzo de la transparencia en el momento de constitución de compañías y entidades y durante su actividad, sino de herramientas prácticas para la identificación de los titulares o beneficiarios reales de los negocios mercantiles o financieros, para impedir operaciones efectuadas a través de compañías generalmente denominadas “de papel”, “de pantalla” o “fantasmas”, evitando que sus titulares puedan eximirse fraudulentamente de responsabilidad frente a sus propias organizaciones o ante terceros, o evadan la acción de la justicia y los controles estatales, o atenten contra derechos de sus propios socios, dependientes y trabajadores.

Referencias bibliográficas

Andrade Ubidia, S. (2017). El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. Foro, Revista De Derecho, (11), 7-35. Recuperado a partir de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/363>

Alessandri Rodríguez, Arturo, y Somarriva Undurraga, Manuel - Vodanovic, Antonio, Publicado por Nascimento, Santiago de Chile, 1961 Curso de Derecho Civil. Tomo I.- Volumen I. Parte general.

Cabanelas de las Cuevas G., Derecho Societario, parte general, la personalidad jurídica societaria), Buenos Aires, Heliasta, 1994.

Zerpa, Ulpiano, 1999, El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima,

YAGÜEZ, Ricardo de. La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

Legislación

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales

Código Civil

Código de Trabajo

Ley de Compañías

Constitución Política del Ecuador

Sentencias y Jurisprudencias

Bank of the United States vs. Deveaux (1809)

Salomon vs. A. Salomon & Company Limited, (1897) House of Lords

*La Corte Constitucional del Ecuador: El “levantamiento del velo societario”
como medio de cobro por parte de Instituciones del Estado en aplicación
a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales*

Sentencia No. 22-13-IN/20 C. Constitucional.

Sentencia Expediente No. 393-99, Primera Sala, R.O. 273, 9-IX-99. Corte Nacional

Sentencia 21-III-2001 (Resolución No. 120-2001, Primera Sala, R.O. 350, 19-VI-2001)

Sentencia 28-I-2003 (Resolución No. 20-2003, Primera Sala, R.O. 58, 9-IV-2003)

El Contrato de factoring: una herramienta financiera subestimada en el Ecuador

The factoring contract: an underrated financial tool in Ecuador

Emilie Idrovo Gallardo*

Investigador jurídico independiente

Karla Barona Villalva**

Investigador jurídico independiente

Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received: 28 de noviembre de 2021

Artículo aceptado / Accepted: 12 de enero de 2022

Citación

Idrovo, E. y Barona, K. (2021). *El contrato de factoring: una herramienta subestimada en el Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (411-460).

DOI: 10.26807/rr.v1i01.93

Resumen: El contrato de factoring fue recientemente tipificado en el ordenamiento ecuatoriano. Se trata de la cesión o endosamiento de derechos de cobro, que se realiza a cambio de una pronta liquidez. Para la firma que solicita el financiamiento el beneficio está en la liquidez inmediata que posibilita su continuidad con el giro del negocio; y para la empresa de factoring la ganancia será en el cobro de los créditos to-

* Estudiante de Ciencias Políticas desde Agosto 2016-Mayo 2017 en la Universidad de Boston. Egresada de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: emilieidrovo@gmail.com

** Estudiante de Jurisprudencia con subespecialización en Derecho Empresarial por la Universidad San Francisco de Quito. Diplomado en Arbitraje Internacional y de Inversiones por ARBANZA. Actualmente forma parte de la Coordinación Académica del Programa de Posgrado en Derecho y Economía de la Competencia en la USFQ y es Pasante de Compliance en Fresenius Medical Care. Correo electrónico: abarona@estud.usfq.edu.ec

tales, contenidos en la factura. Por sus bondades, la aplicación de este contrato en otras latitudes es significativa sobretodo para las PYMES. Sin embargo, en nuestro país esta figura ha sido históricamente relegada por la preferencia al crédito bancario, aún cuando la tasa de interés del factoring es menor, y sus beneficios son varios. Este artículo analiza la naturaleza jurídica de esta opción financiera, su funcionamiento en la región de manera comparada, y su dinámica en el mercado. Se estudia cómo esta figura, de manera lamentable, fue regulada de forma incorrecta y confusa; lo que tiene por consecuencia una afectación negativa a su aplicación como herramienta de financiamiento. Por último, se concluye que la regulación nacional representa un obstáculo en la aplicación del contrato, sin embargo, al tratarse de una herramienta financiera, el *factoring* encuentra acogida en el Ecuador por medio de políticas públicas bien encaminadas.

Palabras clave: factoring, financiamiento, PYMES, tasa de interés, crédito bancario.

Abstract: *The factoring contract was recently typified in the Ecuadorian system. It refers to the entitlement or endorsement of payment rights in exchange for immediate liquidity. While for the firm that requests the financing, the benefit remains in the obtention of liquidity. It allows its operations continuity, meanwhile for the factoring company, the profit is in the collection of the overall credits contained in the invoice. Owing to these benefits, the application of this contract in other latitudes is significant, especially for SMEs. However, in our country, this figure has historically been relegated by the preference for bank credits, even when the factoring interest rate is lower, and its benefits are diverse. This article analyzes the legal nature of this financial option, its operation in the region using a comparative methodology, and its dynamics in the market. It studies how this figure, regrettably, was regulated incorrectly and confusingly, which has a negative impact on its application as a financing tool. Finally, it is concluded that national regulation represents an obstacle in contract enforcement. However, as it is a financial tool, it finds a welcome in Ecuador through well-directed public policies.*

Keywords: *Factoring, financing, SMEs, contract, interest rate, bank credit, Nonperforming Loan (NPL).*

Introducción

Históricamente, el ciclo financiero empresarial ha sido mermado por la falta de liquidez; ocasionada por crisis o inestabilidad económica, falta de estrategia de cobro, y otros. En el área contable de una empresa, esto se traduce tanto en vicisitudes para cubrir los costos, como en la falta de recursos para inversión, e innovación en el bien o servicio prestado¹. Este fenómeno económico afecta sobre todo a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), en las que la necesidad de liquidez es imprescindible². La ausencia de poder de negociación con sus clientes y distribuidores, y la reducida posibilidad de producción en escala, provoca inestabilidad financiera en estas empresas³. Por ello, frecuentemente las PYMES se ven obligadas a acudir a variopintas formas de financiamiento, a fin de poder continuar con sus actividades comerciales. Dentro del catálogo de opciones de financiamiento, se encuentran los créditos bancarios, *leasing* financiero, compras de cartera, y otros.

En el Ecuador, los créditos bancarios son la operación de financiamiento más utilizada por las PYMES. Durante el período de enero a junio del 2020, se registraron 55.780 operaciones de créditos⁴. En comparación, otras formas de financiamiento no muestran la misma acogida. Los balances generales de la banca privada del mismo periodo, en su mayoría, presentan saldos mucho menores por concepto de compras de cartera⁵. Estos rubros nos indican que los créditos bancarios continúan siendo más populares que otras opciones de financiamiento.

-
- 1 Walters, R. C. (1983). The Matter of Interest in Federal Government Contracting. *Public Contract Law Journal*, 14(1), 96–127. <http://www.jstor.org/stable/25753980>
 - 2 Rodríguez, R., & Aviles, V. (2020). Las PYMES en Ecuador. Un análisis necesario. 593 Digital Publisher CEIT, 5(5-1), 191-200. <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.5-1.337>
 - 3 *Ibid.*
 - 4 Estos créditos ascienden a un monto de 1.156.857.985,32 USD según la Superintendencia de Bancos del Ecuador. (2021). Balances Generales del Sistema Financiero. Recuperado de <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/balance-general-prueba/>
 - 5 *Ibid.*

El factoring, ha sido recientemente regulado en nuestra legislación por el Código de Comercio, presentando una opción de financiamiento adicional. Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha llegado de manera tardía a las necesidades comerciales del mercado. Vale la pena preguntarse entonces si la regulación del factoring facilita su aplicación, o por el contrario interfiere en la ejecución de un contrato que por años no estuvo tipificado en la ley. En el presente artículo se responderá a la siguiente pregunta: ¿En qué medida la desafortunada regulación del *factoring* afecta a su aplicación en el Ecuador?

I. Contexto Histórico

La evolución del contrato en discusión es de cierta particularidad, ya que carece de un nacimiento genérico y contemporáneo; en comparación a otros contratos como el de compraventa, del que se registra información desde el siglo V a.C.⁶

La historia del Derecho Mercantil establece que el comercio se da con mayor intensidad entre los siglos XI y XIII⁷. Durante esta época, los contratos comerciales, financieros y bancarios tuvieron un mayor auge, tanto en su diversificación como desarrollo legislativo. Uno de los momentos históricos más importante para la constitución del contrato de *factoring* es la revolución industrial.

A medida que el comercio, cantidad de empresarios y fluctuación monetaria aumentaba, también lo hacía la urgencia de mantener liquidez constante para continuar con el ciclo comercial.

Anteriormente, el derecho anglosajón trataba un sólo tipo de comisión, en la que el factor buscaba que los deudores de sus clientes cumplan con su deuda. En el siglo XIX, se flexibilizó al concepto de comisión y se

6 Saldaña, A., & Sleyter, A. (2017). *La atipicidad de la operación del contrato de factoring y su necesidad de regularlo* (Bachelor's thesis, Guayaquil: ULVR, 2017.).

7 Hernández, R., Administrativo, J. D. T. C., Jiménez, C. D., & Civil, J. (2011). Contrato de factoring. *Revista Judicial de Costa Rica*.

asentó la figura *conventional factoring* que nace tras la comercialización de productos de Europa a América, particularmente textiles⁸. Con esta nueva modalidad, se otorgó una potestad adicional al comisionista, de forma que pudiese realizar actividades de gestión de cobro⁹. La implementación de cesión de derechos contenidos en la factura permitía al factor un rápido cobro y facilitaba la labor del cesionario. En la actualidad, el objetivo principal del comisionista es la adquisición de créditos contenidos en el título valor de su cliente, y el cobro de estos, para recuperar su inversión; mientras que su cliente goza de pronta liquidez.

En el Ecuador, el origen de la regulación de operaciones financieras de esta clase data del año 1984, tras la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, y la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 83-51 de 1983¹⁰. Además de esta normativa, no se encuentran registros fundamentales que legislen el contrato de *factoring*, sino hasta la reforma de 2019 al Código de Comercio.

A pesar de que la historia del contrato de *factoring* en nuestro país no es extensa, su desarrollo en la región presenta mayor dinámica. En Argentina, las autoridades financieras introdujeron el *factoring*, mediante la Ley 18.601¹¹, para que los bancos pudiesen realizar este tipo de negocios. Por otra parte, Brasil mantiene una regulación más amplia desde 1988 tras la Circular del Banco Central No. 1359¹², que reconoce al *factoring* como un contrato mercantil atípico. En el caso de Colombia, la posibilidad de comprar y vender facturas radica desde la Ley 45 de 1923¹³ y no se especializa su regulación sino hasta la Ley 74 de 1989¹⁴. Esto nos deja saber cómo el contrato de *factoring* ha evolucionado en distintas legisla-

8 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. Pág. 388.

9 Martínez Martínez, F. J., & Cabello Donado, N. E. (1992). El contrato de *factoring* y su aplicación en Barranquilla.

10 Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 83-51 de 2 de mayo 1983.

11 Ley 18.601. Boletín Oficial de 4 de marzo de 1970

12 Circular del Banco Central No. 1359 de 30 de septiembre de 1988.

13 Ley 45 de Colombia. Diario Oficial N. 19137 A 19139 de 6 de agosto de 1923, p. 257.

14 Ley 74 de Colombia. Diario Oficial N. 39114, de 21 de diciembre de 1989, p. 1.

ciones y las proyecciones que puede tomar nuestro país, para continuar con su desarrollo.

II. Definiciones Relevantes

Factoring

El *factoring* es un tipo de contrato de cesión o endosamiento en el que, una parte llamada “factorado”, cede sus derechos de cobro contenidos en un título valor, como lo es la factura comercial negociable, a una parte conocida como “factor”, a cambio de cobrar el monto de dicha factura, menos el cobro por servicios y riesgos de la operación¹⁵. Para el factorado, el beneficio es tener liquidez instantánea para continuar con sus operaciones mercantiles, mientras que, para el factor, es la posibilidad de cobro total del monto que se indique en la factura.

Tipos de factoring

Existen diferentes clases de este contrato que pueden agruparse por sus modos: forma de transacción, riesgo en el contrato, por su evolución, por su contenido, por su ejecución y por el territorio en el que se ejecuta.

Con respecto a la forma de transacción, existen tres posibilidades. La primera, *factoring financiero* en el que una entidad financiera hace de factor y las personas pueden acudir a ella para vender sus facturas. La segunda, *factoring mercantil*¹⁶ en el que la firma acude a una empresa dedicada a este giro de negocio. En estos dos casos, al momento de entregar la factura física, generalmente se adjunta un cheque como garantía del pago del deudor. Y finalmente, el *factoring bursátil* que dispone de un mercado abierto en el que una persona actúa de oferente y elige al com-

15 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II. Pág. 388.*

16 Velasco, A. M. (1995). *El contrato de factoring*. Editorial Jurídica de Chile.

prador que más le convenga¹⁷. En este último supuesto, se negocia en el mercado de valores.

Segundo, con respecto al riesgo del contrato se puede hablar de dos principales formas. Por un lado, la contratación con la firma financiadora podría ser de todas las facturas, por lo que el costo de la tasa de descuento sería menor, al eliminar el porcentaje de incertidumbre con respecto al cobro¹⁸. Por otro lado, podría venderse facturas de manera individual y esto ocasiona el efecto opuesto. Es decir, la tasa de descuento es mayor por cuanto la necesidad de cobro de esa factura es alta y el riesgo también.

Luego, por su evolución se puede hablar de dos tipos: tradicional y nuevo estilo. El primero se trata de la operación que efectúa el factor, por la contratación que ha realizado con el factorado, sin que existan recursos posteriores¹⁹. El riesgo de cobranza, en este caso, recae totalmente sobre la empresa financiadora. Mientras que el segundo comprende el servicio de financiamiento del factoring tradicional más un conjunto de prestaciones adicionales que tienen que ver con la logística y administración de la firma factorada²⁰.

Según su contenido, está el *factoring al vencimiento* en el que el factor se obliga a pagar el monto determinado en la factura, en la fecha que ha sido fijada por el deudor y el factorado²¹. Entonces, este último tendrá la certeza de contar con liquidez, en la fecha que acordó con su cliente²². El beneficio en este tipo de contrato se encuentra en que, la mora del

17 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

18 UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law: Draft Convention on International Factoring as Adopted by a Unidroit Committee of Governmental Experts on 24 April 1987. (1989). *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 53(4), 729–745. <http://www.jstor.org/stable/27877299>

19 Pizar, s. (1970). Legal aspects of international factoring—an american concept goes abroad. *The Business Lawyer*, 5(4), 1505–1516. <http://www.jstor.org/stable/40684682>

20 *Ibid.*

21 Velasco, A. M. (1995). *El contrato de factoring*. Editorial Jurídica de Chile.

22 *Ibid.*

cliente no afectará a la empresa factorada, por lo que podrá mejorar su logística financiera y cartera. Otra forma es el *factoring a la vista*, que brindará asistencia técnica, financiera y contable, por lo que el descuento que se realice sobre la factura será el del valor de estos servicios y no el de un financiamiento²³.

Por su modalidad de ejecución se pueden diferenciar dos tipos. Primero, el *factoring con notificación al deudor*. Esta modalidad de contrato implica que la empresa factorada indicará a su deudor, ya sea en la factura comercial, o en otro documento, que los pagos que deba realizar para extinguir sus obligaciones serán hechos a favor del factor²⁴. Para efectos de ello, la firma no deberá recibir ningún pago que su cliente quisiera entregar, pues ha cedido sus derechos de cobro. Y segundo, el *factoring sin notificación al deudor*. En muchos casos, la empresa factorada prefiere que sus deudores no conozcan del uso de esta forma de financiamiento, por consideraciones de confianza y expectativa comercial²⁵. Por ello, en esta modalidad sin notificación, la firma será quien reciba los pagos de sus deudores, pero se verá en la obligación de transferirlos de manera inmediata, al factor.

Finalmente, con respecto al territorio, está el *factoring doméstico e internacional*. El primero se trata del supuesto en el que el contrato es celebrado entre dos partes que pertenecen a un mismo país; por lo tanto, se sujetan a leyes nacionales. Mientras que el segundo, concibe la celebración del contrato entre un nacional y un extranjero. Esta conserva las características típicas del contrato de *factoring*, pero presenta una estructura más compleja, ya sea con relación a las partes involucradas en la operación, o con respecto a los acuerdos específicos entre ellas existentes²⁶.

23 Soares, M. N. (2017). *Contrato de factoring*. Saraiva Educação SA.

24 Uribe, Hernando. "El contrato de Factoring: apuntes y comentarios." *Criterios* 8.2 (2015): 19-70.

25 Soares, M. N. (2017). *Contrato de factoring*. Saraiva Educação SA.

26 Cfr. Cassandro, "Il factoring internazionale", cit., pág. 21.

Valor del dinero

El valor del dinero es uno de los factores más importantes para el financiamiento. Su importancia radica en la fluctuación que el tiempo ocasiona en el valor del dinero; por ejemplo, un dólar el día de hoy, no valdrá lo mismo en el futuro. A esto se le llama *tasa de interés*, y varía por el costo de oportunidad que representa poseer este bien en un determinado tiempo²⁷. Hay dos tipos de tasas de interés. Por un lado, la tasa de interés simple que comprende el interés que se genera en función del capital inicial. Por otro lado, el interés compuesto que se genera sobre el capital inicial, y sobre estos, nuevos intereses²⁸. Es menester recordar que este último está prohibido por el Código Civil, de manera taxativa²⁹.

En el *factoring* el valor del dinero es tomado en cuenta por el factor al momento de determinar el riesgo que tomará al adquirir la factura y según el cual calculará la tasa de descuento. Este concepto se aplicará oportunamente para el posterior análisis financiero del factoring, en el mercado ecuatoriano.

Financiamiento

Es el acto de recibir o entregar recursos monetarios o financieros. Generalmente se negocia mediante un contrato o acuerdo entre partes, con la finalidad de llevar a cabo una actividad económica, estipulando la promesa de retornar los recursos, en un tiempo determinado³⁰.

El financiamiento puede ser de dos tipos: interno y externo. Dentro del financiamiento interno se comprenden las aportaciones de los socios

27 Desai, M. (2019). *How finance works: The HBR guide to thinking smart about the numbers*. Harvard Business Press.

28 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II*. Pág. 386.

29 Código Civil del Ecuador. Artículo 2113. Registro Oficial Suplemento No. 046 de 24 de junio del 2005.

30 Díaz, José Morales. "La problemática contable de los contratos de factoring." *Partida Doble* 23.239 (2012).

que conforman la firma, la creación de reservas de capital o pasivos, la diferencia entre la fecha de cobro y la fecha de pago de las mercaderías y materiales³¹. Por otro lado, el financiamiento externo se basa en la obtención de recursos otorgados por un tercero, a cambio de una compensación. Estos son los créditos bancarios, el factoraje financiero, la emisión de obligaciones, titularizaciones, y otros³².

Como ya se ha argumentado, la importancia del financiamiento radica, principalmente, en cubrir la falta de liquidez de una empresa. Por ello, a esta última le interesará conocer cuál es la forma de financiamiento que más le conviene, con relación a su capacidad de endeudamiento.

Factura Comercial Negociable

Las facturas para ser comerciales negociables deberán contener dos requisitos: tener como título “factura comercial negociable” (en adelante FCN) y en su cuerpo la orden incondicional de pago, del comprador o deudor. A estos títulos valores se le aplicarán las normas de los pagarés³³. Podrán venderse en la bolsa de valores siempre que el título se inscriba y desmaterialice³⁴. Será el emisor de la factura, quien tendrá la posibilidad de venderla. El valor de esta dependerá de a quién se la ha emitido, o el aceptante. En el momento de la transacción quien compre la factura tendrá por interés saber si el riesgo de cobro será alto o no; a menor riesgo, menor tasa de descuento. Su cobro en vía judicial será por procedimiento ejecutivo.

La FCN podrá ser transmitida de manera física, electrónica o desmaterializada en la bolsa de valores. En el supuesto que sea física se deberán

31 Díaz, José Morales. “La problemática contable de los contratos de factoring.” *Partida Doble* 23.239 (2012).

32 *Ibid.*

33 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 206. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

34 Consiste en la presentación de un depósito de valores, en el que se guardarán los documentos físicos por medio de las anotaciones que se hagan en el depósito. Es dueña del título valor desmaterializado, la persona que está inscrita en la cuenta del depósito.

emitir 3 ejemplares: el original será para el comprador, mientras que la segunda y tercera copia será para el emisor, y contendrán la frase *no negociable*³⁵. De esta forma solo la FCN original podrá ser sujeta de negociación. En otra forma, cuando la factura es electrónica deberá desmaterializarse³⁶ para poder ser comercial negociable. Solo en este supuesto es necesaria la notificación al receptor de la factura electrónica, por parte del emisor. Se busca la aceptación del receptor para que la factura pueda ser negociada en el mercado de valores, es decir *factoring bursátil*.

En este caso no habrá una presentación del documento en físico pues está respaldado en registros contables electrónicos. Es decir, las facturas físicas y electrónicas circularán por endoso, mientras que aquellas que han sido desmaterializadas se perfeccionarán con el registro en el sistema respectivo de anotación en cuenta. Para poder ser negociadas en el mercado de valores, las facturas deberán inscribirse en el Catastro Público de dicho mercado. Sin embargo, para el contrato de *factoring* financiero y comercial no se necesitará de dicha inscripción pues: “Las facturas no inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores podrán negociarse en el mercado privado, a través de instituciones financieras y compañías que, de acuerdo con su objeto, puedan dedicarse a la compra de cartera”³⁷.

En adición, con respecto al deudor hay dos supuestos: el primero en el que la aceptación de la negociación de la FCN es tácita, y la segunda en la que debe existir una aceptación expresa contenida en la factura. Este título valor es importante en el *factoring*, pues solo con él será posible la cesión de derecho de cobro al factor. *A contrario sensu*, las facturas ordinarias no posibilitan esta transacción.

35 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 204. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

36 Se realiza una anotación en un sistema para registro o inscripción contable de los valores.

37 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

Contrato de compra de cartera

A diferencia del contrato de *factoring*, la compra de cartera es una operación por la cual una de las partes se obliga a pagar un precio y la otra se obliga a transferir la titularidad que tiene sobre un crédito en contra de un tercero. De modo que el vendedor traslada un saldo parcial o total, al comprador, quien generalmente es una entidad financiera que le puede ofrecer una mejor tasa de interés y extenderle el plazo del pago de sus obligaciones³⁸.

La compra de cartera se caracteriza por su amplia diversidad en la materia que acoge: pueden pactarse desde traslados de saldos por préstamos hipotecarios, hasta por deudas de tarjetas de crédito. Por la versatilidad de este convenio, las entidades financieras han decidido utilizar esta figura para promover su propia falta liquidez a causa de cartera vencida³⁹. También, puede ser considerada como una alternativa para las personas naturales o jurídicas que buscan nuevas y mejores líneas de crédito en otras entidades financieras.

En tal virtud, se puede notar que este y el contrato de *factoring* comparten algunas similitudes. No obstante, en estricto sentido, la transmisión de derechos personales en el *factoring* se realizará mediante cesión de créditos o endosamiento, y tiene por contraprestación el pago del monto al que asciende la factura, menos un descuento⁴⁰. Mientras que la compra de cartera, como su nombre bien lo indica, se realizará mediante la venta de saldos pendientes o vencidos a cambio del pago del precio. Por lo que el cambio de titularidad sobre el derecho de cobro es distinto entre uno y otro contrato.

38 Tello Perdomo, C. F., Ramírez Hernández, C., Franco Martínez, A. F. (2020). Análisis de percepción del negocio compra de cartera en gerentes y clientes de los bancos comerciales en la ciudad de Neiva. *Revista Innova ITFIP*,7(1), 58-77.

39 Walters, R. C. (1983). The Matter of Interest in Federal Government Contracting. *Public Contract Law Journal*, 14(1), 96-127. <http://www.jstor.org/stable/25753980>

40 MOORE, C. G. (1959). FACTORING — A UNIQUE AND IMPORTANT FORM OF FINANCING AND SERVICE. *The Business Lawyer*, 14(3), 703-727. <http://www.jstor.org/stable/40683339>

Por otro lado, no existe impedimento alguno para que se incluyan los créditos adquiridos y representados a través de facturas comerciales negociables dentro de la compra de cartera⁴¹. Esto se debe a que pueden ser considerados como uno de los muchos activos que existen dentro de la cartera de valores.

Naturaleza Normativa

En nuestro país, el contrato de *factoring* se encuentra regulado en el Código de Comercio, Código Orgánico Monetario y Financiero, y Resoluciones de la Superintendencia de Bancos. Aquí, el *factoring* o factoraje es un contrato principal, formal, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo⁴². En respuesta a la agilidad y rapidez necesaria para el comercio, este contrato se perfecciona con la sola voluntad de las partes manifestada por escrito.

Debido a las variopintas formas existentes de este contrato, en algunos casos se podría pensar que para su perfeccionamiento basta la voluntad de las partes. Sin embargo, para efectos de prueba, será recomendable celebrar el contrato por escrito. Así prescribe el Código Civil: “[d]eberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América”⁴³. Su importancia radica en que, para probar la existencia de una obligación que exceda dicho monto, solo servirá el documento escrito.

Se trata de un contrato bilateral porque tanto factor como factorado se obligan de manera recíproca. Así también, es un contrato oneroso pues

41 Chittenden, W. A., Doolin, E. G., Wall, J. F., & Jeffery, J. R. (2013). RECENT DEVELOPMENTS IN HEALTH INSURANCE, LIFE INSURANCE, AND DISABILITY INSURANCE CASE LAW. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 49(1), 233–270. <http://www.jstor.org/stable/24375704>

42 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II. Pág.* 388.

43 Código Civil del Ecuador. Artículo 1727. Registro Oficial Suplemento No. 046 de 24 de junio del 2005.

al realizar esta contratación, las partes buscan un beneficio económico, y hay un impacto en su patrimonio que dependerá del factor de riesgo del deudor⁴⁴. Tal es así que, de efectuarse el cobro de los créditos al deudor, este contrato podría ser considerado conmutativo, por el conocimiento previo de la tasa de descuento⁴⁵. Por otro lado, el factoring es un contrato principal, pues no necesita de una obligación principal para existir. Como consecuencia, todas las cauciones sujetas a garantizar la deuda principal se transferirán como prestaciones accesorias, al factor.

Por último, la ejecución de este contrato, dependerá de la modalidad en la que se celebre. A *grosso modo*, si las partes estipulan una compra de cartera de todas las facturas del factorado, el contrato será de tracto sucesivo⁴⁶. Esto se debe a la flexibilidad del contrato y la posibilidad de negocios sobre varias facturas, con un solo deudor⁴⁷. Así, el factor cumplirá con sus obligaciones de manera periódica, según los plazos establecidos en los títulos valores. Sin embargo, si la contratación entre las partes es de una sola factura, el contrato será de ejecución instantánea.

Elementos esenciales

Como todo negocio jurídico, se exige primero el consentimiento libre de vicios y la capacidad de las partes: tener mayoría de edad, poderse dar a entender, y no haber sido declarados interdictos. Sin embargo, por la naturaleza económica - financiera de esta operación, el Código de Comercio establece que podrán fungir como factores:

[...] las compañías de comercio legalmente constituidas, que incluyan en su objeto social la realización profesional y habitual de operaciones o factoring

44 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II*, p. 389.

45 *Ibid.*

46 MOORE, C. G. (1959). FACTORING — A UNIQUE AND IMPORTANT FORM OF FINANCING AND SERVICE. *The Business Lawyer*, 14(3), 703–727. <http://www.jstor.org/stable/40683339>

47 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II*.

o descuento de facturas comerciales negociables, cesión de cualquier tipo de derechos de cobro y sus operaciones conexas, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la autoridad competente en la materia [...]»⁴⁸.

En otras palabras, para que una persona jurídica pueda prestar el servicio de factoraje, deberá estar legalmente constituida y hacer constar en sus estatutos que su objeto social es celebrar estos negocios jurídicos. Así, estará sujeta a las regulaciones que el legislador prescriba para las compañías con dicho objeto social. De esta forma, el legislador pretende que, por la naturaleza de la operación, haya control y vigilancia por parte de otras normas que regulen operaciones bancarias.

Como consecuencia, serán las sociedades tradicionales (anónimas y de responsabilidad limitada) las que podrán participar en este contrato como factores. Éstas deberán cumplir con el requisito de establecer de manera clara y específica⁴⁹ en sus estatutos, su objetivo social: realización profesional y habitual de factoring. Al tiempo que el legislador busca por medio de la regulación, brindar una mayor seguridad jurídica para quienes participan de esta contratación, está limitando la participación de personas naturales y sociedades por acciones simplificadas.

Esta limitación merece dos análisis. Primero, antes de la reforma del Código de Comercio en el 2019, el factoring, a pesar de no haber estado tipificado era utilizado por los comerciantes en el Ecuador⁵⁰. Antes de las limitaciones impuestas por el legislador, esta operación económica era ejercida por quien fuere que la necesitare (incluso personas naturales), rigiéndose por la costumbre y principios mercantiles. Actualmente, las nuevas regulaciones que prescribe el Código de Comercio entran en conflicto con el desarrollo de este contrato. Esto se debe a que contratar con una compañía no es la única forma de hacer factoraje, si no que las facturas también pueden ser negociadas en el mercado de valores, ya sea

48 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 667. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

49 Ley de Compañías del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.

50 Resolución de la Superintendencia de Bancos 628, Registro Oficial de 686 del 17 de Mayo de 1991

entre personas naturales o jurídicas. Resulta evidente que las modificaciones realizadas quedan cortas a las necesidades y desarrollo constante del comercio ecuatoriano, por las multifacetas del contrato de *factoring*.

Segundo, las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante S.A.S.) también se ven segregadas por las nuevas regulaciones del legislador. Debido a que las S.A.S. no cuentan con una razón social específica, estas no podrían participar como factores. En adición la Ley de Compañías prohíbe de manera clara y categórica, la participación de estas sociedades en el mercado de valores o en cualquier actividad bancaria o de financiamiento.⁵¹ Ergo, la participación de las S.A.S. en este negocio jurídico, como factor, está totalmente prohibida por la ley. Es posible pensar nuevamente en la seguridad jurídica hacia terceros, que el legislador busca dar por medio de regulaciones específicas y determinadas.

Según la Superintendencia de Compañías las S.A.S. representan el 54% de las nuevas⁵² compañías constituidas en el país. Desde el año 201,9 que esta modalidad de compañías fue instaurada en el país, la creación y transformación de sociedades a S.A.S. ha sido un fenómeno sin precedentes en nuestra legislación. Esto se debe a lo atractivo que resulta para los accionistas y comerciantes, establecer este tipo de sociedad, por su flexibilidad, beneficios y facilidad de constitución. Se puede considerar que el porcentaje de S.A.S. en el país crece de manera exponencial.

De forma que, este nuevo requisito que el Código prescribe limita la participación como factor, a un importante porcentaje de las sociedades ecuatorianas. Incluso, analizando la facilidad con la que un nuevo operador puede ingresar al mercado a ofrecer el servicio de factoring, a manera de crear mayor competencia, se puede concluir que la regulación que presenta el Código crea una barrera de entrada al mercado de empresas financiadoras de factoring. Esto se debe a que solo podrán entrar al mer-

51 Ley de Compañías del Ecuador. Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999. Art. (...).- Prohibiciones.- Las sociedades por acciones simplificadas no podrán realizar actividades relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores, seguros y otras que tengan un tratamiento especial, de acuerdo con la Ley.

52 Compañías constituidas desde el 18 de mayo del 2020 hasta el 28 de abril de 2021. Superintendencia de Compañías, 2020.

cado aquellas firmas que establezcan el objeto social prescrito. El impacto de esto es que se reduce la posibilidad de nuevas empresas oferentes, coartando la opción de mayores beneficios para los consumidores de factoring (los factorados) como menores tasas de descuento y promociones.

Por último, diferentes autores argumentan que el precio al que se venda la factura constituye un elemento de la esencia⁵³. Sobre el perfeccionamiento del contrato, se pueden vislumbrar dos posibles respuestas. La primera, la voluntad de las partes se reduce a un documento escrito, cuando la modalidad del contrato lo amerite. Y la segunda, en la que es necesaria la notificación al deudor. Es meritorio mencionar que, en nuestra legislación, la transferencia de la factura comercial negociable no se realiza por medio de una cesión de derechos, sino por endoso⁵⁴. Consecuentemente, no es necesaria la notificación al deudor de la factura, pero, es necesario que se establezca en la factura comercial negociable, la contratación entre el factor y el factorado. Por lo que este es un contrato que se otorga por escrito⁵⁵.

Elementos personales

En general, las partes que conciertan el contrato de *factoring* son: el factorado y el factor. El factorado puede ser una persona natural o jurídica, es quien desea ceder el crédito contenido en su título, a cambio que se liquide el precio adeudado, de modo que se adelanten sus fondos. Parte de la doctrina coincide en que el deudor del factorado califica como tercera parte que interviene indirectamente en el contrato⁵⁶, pues a partir

53 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II*, p. 389.

54 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 205. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

55 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 205. Registro Oficial Suplemento No. 668 de 29 de mayo de 2019.

56 Chulía Vicént, E., & Belrán Alandete, T. (1995). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*.

del endoso del crédito, es quien responderá por las obligaciones en él contenidas⁵⁷.

Obligaciones del contrato

Una vez que se ha analizado la naturaleza normativa y elementos que constituyen al contrato de *factoring*, es pertinente el estudio de las distintas obligaciones que surgen tras la celebración de este negocio jurídico. Se revisará cada una de las partes que conforman el contrato, según las distintas modalidades existentes.

Factor

Es la parte que realizará la compra de las cuentas por cobrar, a cambio del derecho de cobro contenido en la factura comercial negociable. El factor se obligará a pagar al factorado el monto contenido en la factura, menos el descuento por sus servicios y el riesgo del cobro. Según la doctrina⁵⁸, son dos las obligaciones del factor. La primera, consiste en adquirir los créditos que ha convenido con el factorado⁵⁹. La segunda, es el cobro de créditos, aunque es un tanto complicada, pues depende del traslado del riesgo⁶⁰.

Cuando el riesgo de pago se haya transferido al factor, será su obligación pagar al factorado, el monto que se ha pactado sobre la cifra estipulada en el título valor. En este caso, la empresa de *factoring* no tendrá recursos contra el factorado en el supuesto de incumplimiento del deudor, debido a que el factorado sólo responde por la existencia y legitimidad de la deuda⁶¹. En cambio, si el riesgo se mantiene en el factorado, la

57 Uribe, H. (2015). El contrato de Factoring: apuntes y comentarios. *Criterios*, 8(2), 19-70.

58 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II. Pág.*, 389.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 Alonso y Lambán, Mariano. "Libros. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «El contrato de factoring», Madrid, Tecnos, 1990, 263 páginas." *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*(1990): 1277-1286.

obligación que tiene el factor es la de gestión de cobro de los créditos. Y a diferencia del primer caso, podrá repetir contra él la parte factorada, toda vez que el deudor no cumpla con sus obligaciones⁶².

Adicionalmente, serán obligaciones de la empresa de *factoring*, todo lo que las partes bajo su libertad contractual acuerden y se obliguen. Esto puede ser la administración de las finanzas de la empresa, gestión de cartera, y demás⁶³.

Factorado

El factorado o titular de los créditos contenidos en la factura, generalmente es un comerciante que necesita de liquidez inmediata para continuar con sus actividades mercantiles⁶⁴. Sus obligaciones son: ceder los créditos al factor, notificar al deudor sobre esta operación (cuando se trate de una cesión), garantizar la legitimidad y existencia de los créditos, y la remuneración al factor por los servicios que éste ha realizado⁶⁵. En algunas ocasiones, el factorado responderá ante el factor por el incumplimiento de obligaciones del deudor.

Con respecto a la remuneración por servicios, esta puede realizarse de distintas formas, ya sea por el reconocimiento de la comisión en el descuento que se realiza sobre el monto total del crédito, o el pago de interés por el dinero que la empresa de *factoring* ha anticipado⁶⁶.

62 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II*.

63 Ibidem

64 Cortes Serna, Lina María, Melissa Salazar Velásquez, and Hugo Armando Ramírez Osorio. "EL CONTRATO DE FACTORING COMO UNA FUENTE DE FINANCIACIÓN PARA LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES) EN COLOMBIA." (2015).

65 Alonso y Lambán, Mariano. "Libros. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «El contrato de factoring», Madrid, Tecnos, 1990, 263 páginas." *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*(1990): 1277-1286.

66 Ibidem 62

Deudor

Por último, el deudor estará obligado al pago de los créditos por los negocios que ha realizado con el factorado, su primer acreedor. Una vez se haya realizado el endoso de las facturas, el deudor responderá a un nuevo acreedor: el factor. Este último estudiará el valor de la tarifa de descuento, pues al momento de celebrar el contrato, el factor analizará la posibilidad de cobro que representa el deudor. En otras palabras, su capacidad de pago y reputación serán directamente proporcionales a la tasa de descuento que se haga sobre el valor de la factura⁶⁷. Si el riesgo que el deudor representa es alto, la garantía que se pudiese dejar sería muy onerosa y poco atractiva para el factorado⁶⁸.

Por último, es menester recordar que el deudor ahora estará obligado a realizar el pago a favor del factor, y solo con él se extinguirán sus obligaciones⁶⁹. En caso de haberse entregado el pago al factorado, éste deberá inmediatamente entregar la suma al factor.

Análisis de la aplicación normativa ecuatoriana

Después de haber estudiado las distintas connotaciones conceptuales sobre el negocio jurídico en discusión y en base a estos preceptos, es pertinente trasladar esta investigación hacia el análisis de las principales normas aplicables al *factoring* en el Ecuador. Para tales efectos, se tomará como referencia al Código de Comercio, la Ley de Mercado de Valores y el Código Civil, a razón de desmembrar la espina dorsal que da estructura jurídica al contrato de factoraje en el Ecuador.

67 Leguizamo, Camilo Armando Franco. “Contrato de Factoring y la Nueva Factura Unificada; Consideraciones sobre el Contrato y el Título Valor, El.” *Rev. E-Mercatoria* 9 (2010): 1.

68 Gallardo Rial, José Luis. *Análisis de los contratos de leasing, renting y factoring*. Diss. Universidad Internacional de Andalucía, 2017.

69 *Ibid.*

Confusión: venta de cartera v/ factoring

Para comenzar, como se explicó en la sección de Contexto histórico, las transacciones de factoraje existen desde la necesidad de financiamiento del comercio ecuatoriano. Es decir, antes de la regulación del Código de Comercio y de la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 83-51 de 1983, ya en nuestra legislación se comercializaban créditos establecidos en facturas en busca de un ágil financiamiento. De manera que, como todo en el comercio, las partes conciliaban de acuerdo con la costumbre y necesidades de la ocasión.

En busca de un mayor control, protección y seguridad jurídica, en el 2019, el legislador intentó regular el contrato de *factoring* en el Código de Comercio. En un símil de cláusula de medianoche, a tiros y jalones el legislador prescribe los requisitos necesarios para la celebración de este negocio jurídico. Comienza en su capítulo tercero por confundir y tratar como iguales al contrato de venta de cartera y al *factoring*⁷⁰.

Como se ha mencionado oportunamente, la compraventa de cartera se refiere al traslado de uno o más saldos hacia el comprador. Este generalmente va a ser una entidad financiera, ya que ofrece mejores líneas de crédito. De forma paralela, el *factoring* representa la cesión de uno de los activos de la cartera, ya que corresponde solo a facturas. Por lo tanto, es mucho más preciso ver al contrato de compra de cartera como el género y al contrato de *factoring* como especie.

Además de esta precisión de términos, el efecto inmediato de asemejarlos es la confusión de consecuencias jurídicas, toda vez que las necesidades y realidad financiera de uno con otro contrato pueden variar. La venta de cartera no siempre va a estar dirigida a quienes tengan saldos por cobrar, sino también a quienes busquen otro tipo de financiamiento sobre los créditos que han contraído con otras entidades financieras.

70 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 667. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

Mientras que, las operaciones de factoraje se limitan exclusivamente a los créditos por cobrar retenidos en facturas comerciales negociables. En este sentido, no es acertado que el legislador hable del contrato de compra de cartera o *factoring*, por cuanto se trata de dos figuras que, si bien comparten algunos elementos, la materia obligacional que engloba, y su alcance contractual, son distintos.

Catálogo de obligaciones en el factoring

En vista de que se ha evaluado exhaustivamente el requisito sobre quienes pueden realizar transacciones sobre los derechos contenidos en facturas, conviene estudiar la segunda parte del artículo 667. Este apartado menciona que el adquirente de la factura deberá cumplir con al menos una de estas obligaciones: “gestionar el cobro de los créditos; financiar al proveedor; y, asumir el riesgo de insolvencia de los deudores”⁷¹. El legislador, por medio de estas tres opciones, reconoce tres tipos diferentes de *factoring*: *factoring* a la vista, *factoring* financiero y *factoring* con riesgo en el factor⁷².

Primero, sobre la gestión de cobro, el legislador prevé un servicio que puede dar el factor en beneficio del factorado⁷³. Esto es, hacerse cargo de la logística de la cartera del factorado para cobrar al deudor. Se podría decir que se trata de una obligación de medio y no de resultado, pues no depende del factor la efectiva cobranza de la factura, por lo que no podría asumir el riesgo de ello. Generalmente, este es el caso de las facturas que el factorado no ha podido cobrar. Por una tasa calculada sobre el valor de la factura, el factorado encarga al factor, la cobranza de estos títulos⁷⁴. El cobro, en vía judicial, suele hacerse por medio de procedimiento eje-

71 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 667. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

72 Bonivento Fernández, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. *Tomo II. Pág.*, 388.

73 Uribe, H. (2015). El contrato de Factoring: apuntes y comentarios. *Criterios*, 8(2), 19-70.

74 *Ibid.*

cutivo⁷⁵, ya que estamos frente a un título valor. Consecuentemente, el factor deberá tomar las precauciones necesarias para que se reconozcan de manera efectiva, los valores contenidos en los títulos.

A pesar de la referencia que hace el Código a esta obligación, más tarde éste se desalinea de esta posición, estableciendo una prohibición de manera taxativa: “No constituyen operaciones de factoring aquellas en que se encarga a un tercero la gestión de cobro de títulos de crédito”⁷⁶. Por lo tanto, es previsible que, en un futuro, esto traerá problemas en la aplicación del contrato, o más aún cuando se trate de una controversia. Pues, se pondrá a consideración del juzgador cuál es la norma aplicable, haciendo que funja de legislador.

Segundo, de acuerdo con el Grupo Financiero BBVA Bancomer, el financiamiento es un proceso mediante el cual se provee de capital a una persona para que lo utilice en un proyecto determinado⁷⁷. Al unir este concepto con la obligación de financiar al proveedor, esta toma relación directa con la naturaleza económica de las transacciones de factoraje. Por lo tanto, si el factor contrae dicha obligación, esta parte deberá entregar el capital suficiente al factorado para considerar que se ha otorgado la subvención necesaria para la continuidad de sus negocios⁷⁸.

Sobre la obligación de financiamiento del proveedor son posibles dos escenarios. El primero en el que, por medio de la cesión de la factura comercial negociable, el factorado consigue un financiamiento instantáneo para continuar con sus operaciones económicas⁷⁹. Y el segundo, en el que el factorado simplemente cede la factura para tener certeza sobre su

75 Código Orgánico General de Procesos del Ecuador. Artículo 341. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

76 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 672. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

77 Grupo Financiero BBVA Bancomer. (2021). Financiamiento. Recuperado de <https://www.bbva.mx/educacion-financiera/f/financiamiento.html>

78 Leguizamo, Camilo Armando Franco. “Contrato de Factoring y la Nueva Factura Unificada; Consideraciones sobre el Contrato y el Título Valor, El.” *Rev. E-Mercatoria* 9 (2010): 1.

79 *Ibid.*

cobro. De manera que, el factor le entregará los valores contenidos en la factura, al vencimiento del plazo establecido en la misma⁸⁰. El factorado se obligará a entregar el monto de la factura, al factor, cuando el deudor cumpla con sus obligaciones. Así, incluso si el deudor incurriera en mora del pago, el factorado seguiría recibiendo los montos de la factura en la fecha pactada.

Tercero, y por último, asumir el riesgo de insolvencia de los deudores hace referencia a la modalidad de *factoring* en la que el factor se obliga a entregar el valor de la factura, menos la tasa de descuento, en el vencimiento del plazo de cobro indicado en la factura. La finalidad de esta modalidad es librar al factorado del riesgo de cobro, y por tanto garantizar la entrada de liquidez a su firma, según lo pactado con el deudor.

Modo de transferir el dominio

En atención a la transferencia de valores, el Código de Comercio estipula dos posibilidades: por cesión de derechos o por endosamiento. En la primera, el factorado debe cumplir con el requisito de notificar al deudor “con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente”⁸¹. Y hasta que no se le haya notificado, la transferencia de valores no surtirá efecto alguno. Es decir, el adquirente de la factura no podría cobrarle los valores que le han sido entregados.

En el segundo caso, la transferencia de la factura comercial negociable por el mero endosamiento, será posible sin la necesidad de notificación o aceptación del deudor. En la celebración de un contrato de *factoring* esto puede resultar beneficioso, toda vez que no genera una suerte de incerti-

80 Alonso y Lambán, Mariano. “Libros. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «El contrato de factoring», Madrid, Tecnos, 1990, 263 páginas.” *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*(1990): 1277-1286.

81 Código Civil del Ecuador. Artículo 1843. Registro Oficial Suplemento No. 046 de 24 de junio del 2005.

dumbre y desconfianza para el deudor⁸². Pues, en la modalidad de cobro por parte del factorado, cuando este ya ha recibido un financiamiento adelantado por parte del factor, el deudor no se enteraría del negocio que ha existido por la factura emitida a su nombre.

En consecuencia, las dos opciones que acoge el Código parecen entrar en conflicto con la transferencia de la factura comercial negociable. Por lo tanto, esta norma prescribe que la transferencia de estas, ya sean físicas, electrónicas o desmaterializadas, se hará por medio de endoso y sin la necesidad de notificación al deudor. Está claro que el Código genera nuevamente una confusión para la aplicación del contrato de *factoring*. En tal virtud, la modalidad de transferencia de las facturas sea oscura, esta causará conflicto al momento de decidir si es menester o no la notificación al deudor⁸³.

Régimen de responsabilidad

En cuanto a la responsabilidad que asumen las partes contractuales, existen algunos supuestos a analizarse. Con respecto a la identidad del deudor, el Código establece un régimen de responsabilidad grave para el cedente o endosante, pues estos “no tendrán responsabilidad por los pormenores relacionados con la identificación del deudor, salvo cuando se demuestre dolo en los datos proporcionados”⁸⁴. Por lo que dependerá de la diligencia y previsibilidad del factor en el momento de la negociación de la factura, identificar de manera clara y eficiente a quién deberá cobrar.

Sobre la asunción del riesgo de cobro al deudor, el Código establece que a menos que las partes pacten lo contrario, será el adquirente de las facturas, es decir el factor, quien se hará cargo de la solvencia del

82 MOORE, C. G. (1962). DEVELOPMENTS IN FACTORING, INVENTORY LIENS AND ACCOUNTS RECEIVABLE FINANCING. *The Business Lawyer*, 17(4), 801–811. <http://www.jstor.org/stable/40683648>

83 Gallardo Rial, José Luis. *Análisis de los contratos de leasing, renting y factoring*. Diss. Universidad Internacional de Andalucía, 2017.

84 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 669. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

deudor⁸⁵. Sin embargo, la persona que está endosando o cediendo los valores, el factorado, podría ser solidariamente responsable al pago⁸⁶, a menos que limite su responsabilidad en el título valor. De modo que esta limitación deberá ser estipulada de manera expresa en el mismo título, o en una hoja adherida a este, a fin de asegurar el entendimiento de la voluntad de las partes. Queda claro entonces, que la regla general es que el factorado asume el riesgo de cobro del deudor, frente al factor; por ser solidariamente responsable en caso de falta de pago del deudor.

Por consiguiente, en el supuesto que el endosante responde de manera solidaria por las obligaciones del deudor, frente al factor, podrá en un posterior momento, repetir contra él. En adición, el endosante o factorado en el mismo supuesto que no se libere de responsabilidad por estipulación expresa en el título, será garante de la aceptación y del pago del deudor⁸⁷. En este sentido, por la responsabilidad que esto implica, él podrá prohibir que se efectúe un nuevo endoso, pues no estaría obligado a responder en garantía frente a nuevas partes.

Garantía de Cobro

Es la generalidad que el factorado, a modo de garantizar el pago del deudor, emita una garantía a favor del factor. Debido a que estas cauciones son accesorias al contrato principal, seguirán su suerte⁸⁸; y cuando se efectúe el cobro al deudor, quedarán extintas. En adición, el Código prescribe que, en el caso que se pactaren cauciones abiertas, éstas “que-

85 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 671. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

86 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 88. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

87 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 128. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

88 Código Civil del Ecuador. Artículo 1458. Registro Oficial Suplemento No. 046 de 24 de junio del 2005.

darán limitadas al monto involucrado en la negociación de factoring, más los intereses”⁸⁹.

Esta previsión responde a brindar seguridad tanto al factorado como al factor. Al primero, debido a que establece que la caución no podrá exceder el valor de la factura comercial negociable, a fin de que la obligación final no sea en extremo onerosa⁹⁰. Y al segundo, por cuanto considera el valor del dinero en el tiempo, indicando que se considerarán los intereses sobre el monto que se negocie, en caso de que se cobre la garantía⁹¹.

Por último, el Código también en un intento de respaldar al factor, indica que en el evento que se deba realizar gestiones judiciales de cobro, los gastos y honorarios estarán a cargo del deudor⁹². Consecuentemente, pone a cargo del factorado los costos de cobro al deudor o aceptante de la factura. Si bien en un primer momento esto podría parecer beneficioso y respaldar la noción de responsabilidad sobre el riesgo que tiene el factorado, entra en conflicto en el supuesto que las partes contraten sobre el literal A del artículo 667 del Código. Esto es, contratar la gestión del cobro de los créditos.

Se puede vislumbrar entonces, una falta de previsibilidad por parte del legislador en el momento de redactar este artículo, para generar una armónica regulación del contrato de factoring. En caso de que estas dos normas entren en conflicto, nuevamente las partes quedarían a merced de la discrecionalidad del juzgador sobre la interpretación a aplicarse.

89 Código de Comercio del Ecuador. Artículo 670. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

90 GILMORE, C. W. (1999). Those Priceless Experts: Factoring their fees and costs into the case. *Family Advocate*, 22(2), 26–29. <http://www.jstor.org/stable/25806177>

91 MOORE, C. G. (1962). DEVELOPMENTS IN FACTORING, INVENTORY LIENS AND ACCOUNTS RECEIVABLE FINANCING. *The Business Lawyer*, 17(4), 801–811. <http://www.jstor.org/stable/40683648>

92 *Ibid*

Análisis financiero: créditos bancarios comerciales v/ factoring

Después de haber analizado de manera minuciosa la regulación de este contrato en nuestra legislación, es pertinente estudiar su uso en comparación con otras opciones de financiamiento. Para ello, se utilizarán los datos provistos por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, la Superintendencia de Bancos, y del Banco Central del Ecuador. Todo, con la finalidad de visualizar si en la práctica la regulación de este contrato permite una forma eficiente de financiamiento. Se evidenciará la utilidad del factoring para las empresas y comerciantes ecuatorianos.

Cálculo de la tasa de descuento con respecto al riesgo: factoring

En el caso de la tasa de descuento por actividades de factoring, varias empresas que ofrecen este servicio han optado por diseñar una fórmula matemática que les permita calcular el monto descontable del crédito contenido en la factura. Algunas de ellas, como Factor Plus⁹³, estudian características financieras de su cliente y futuro deudor.

Sobre la información recabada con respecto a la determinación del riesgo, se ha encontrado que los factores, ya sean Instituciones Bancarias (en adelante B.O.) o Instituciones Independientes (en adelante I.O.), evalúan un catálogo de características del factorado para determinar el riesgo y la tasa de descuento sobre el monto de la factura. En un estudio realizado en el 2002 por el Departamento de finanzas de Concordia University⁹⁴, se pidió a las instituciones que hacen de factor, determinar del 1 al 5 la importancia de cada determinante, en el cálculo del riesgo. Siendo 1 no importante, y 5 muy importante:

93 FactorPlus. (2021). Cómo funciona el factoring en Ecuador. Recuperado de <https://www.factorplus.com.ec/como-funciona-el-factoring-en-ecuador/>

94 Soufani, K. (2002). The decision to finance account receivables: the factoring option. *Managerial and Decision Economics*, 23(1), 21-32.

Tabla. Question: To what extent do the following features influence your decision to offer your services, and on a scale of 1-5 how do you rate their importance?

	B.O. mean	I.O. mean	Difference in mean
Features			
Size of client (employees)	1.125	1.181	-0.05%
Client turnover	4.3	2.272	47.1%***
Product	4.5	3.9	0.13%***
Industry	2.25	2.636	-0.38%**
Sector	3.375	2.454	3.34%*
Age of the client	4.2	2.727	35.1%**
Others			
Customers (debtors)	4.5	4.72	0.04%***
Financial statement	2.875	2.272	0.20%**
Management	4.25	3.54	0.16%***
Operational suitability	2	0.363	0.81%
Profitability	1.625	0.272	0.83%
Collectibility	4.875	4.545	0.06%***
Credit notes	4.625	4.636	0.002***
B.O. = represents bank-owned factors, I.O. = represents independently owned factors. Note: The *, **, and *** indicate <i>t</i> -statistics significance at 10%, 5%, and 1%, respectively.			

Nota. Adaptado de “The decision to finance account receivables: the factoring option”, por K. Soufani, 2002, *Managerial and Decision Economics*, 23(1)

Se llegó a la conclusión que unos parámetros eran más importantes que otros. En primer lugar, el tamaño de la compañía por su número de empleados no es de gran importancia para los factores. Esto es una constante tanto en los factores bancarios como en los independientes. Segundo, sobre la facturación por año que tiene la empresa factorada, las entidades bancarias y las independientes variaron en sus respuestas. Las primeras indicaron que este sí es un factor importante que tomar en

cuenta por el riesgo y por la aceptación de celebrar un contrato con ellos. Las segundas, por el contrario, no le dan tanta importancia a este factor. Con respecto a esto, se puede señalar que mientras las entidades bancarias reciben numerosas ofertas, por representar el 97% de este mercado⁹⁵, las entidades independientes no, y por ello no están en la posición económica de elegir con minuciosidad a su clientela.

Tercero, sobre el producto que la empresa factorada produce tanto para las entidades bancarias, como para las independientes, representa una característica fundamental. Pues, si el producto que el factorado comercializa es sofisticado, la elasticidad en la demanda será mayor, influyendo en el riesgo de cobro de las facturas. Por ejemplo, en Europa, esta clase de instituciones se en aspectos como los siguientes para determinar los productos sobre los que factorar:

Higher competition is often related to more innovation, greater efficiency, higher quality products and better prices for customers, or it entails holding more capital. The economic conditions at the regional level play a pivotal role in affecting the stability of European banks.⁹⁶

Cuarto, la industria y sector en el que opera el factorado aparece como un factor neutral que las instituciones factores consideran en su decisión⁹⁷. Sin embargo, sí existe una diferencia entre la evaluación de las bancarias y las independientes. Nuevamente, las segundas evalúan con menor rango esta determinante, debido a que por su tamaño toman más venturas en negocios más riesgosos, a fin de obtener una mayor cantidad de ventas.

Quinto, sobre la edad de la firma factorada también varían las evaluaciones de los factores. Mientras para las entidades bancarias esto sí es

95 Binks MR, Ennew CT. 1994, 1996, 1998. Big Banks Small Businesses. Forum of Private Business Knutsford.

96 Deg l'Innocenti, M., Fiordelisi, F., & Trinugroho, I. (2020). Competition and stability in the credit industry: Banking vs. factoring industries. *The British Accounting Review*, (1). Retrieved from <https://doi.org/10.1016/j.bar.2019.03.006>

97 MOORE, C. G. (1962). DEVELOPMENTS IN FACTORING, INVENTORY LIENS AND ACCOUNTS RECEIVABLE FINANCING. *The Business Lawyer*, 17(4), 801-811. <http://www.jstor.org/stable/40683648>

una cualidad muy importante, para los factores independientes no. Para las entidades bancarias “mientras más joven y pequeña sea el cliente mayor posibilidad de que esta se extinga, y con ella sus obligaciones”⁹⁸. Esto muestra que los emprendimientos que están comenzando, así como las nuevas empresas, tendrán mayor oportunidad de hacer *factoring*, con mayores beneficios, en una entidad independiente.

Finalmente, se puede visualizar que estas características serán valiosas al momento en el que una empresa de *factoring* desee irrumpir en el mercado. Como resultado, se puede constatar que hay mayor posibilidad de negociación sobre el riesgo y por lo tanto menor tasa de descuento cuando la firma factorada vende sus facturas en una entidad independiente. Entonces, el riesgo calculado por estas entidades formará un aspecto fundamental al momento de ofertar sus servicios, haciéndolas más atractivas a sus clientes por los descuentos sobre las facturas en base a sus rasgos como cliente.

Estudio de intereses en los créditos bancarios

En conformidad con la Resolución 555-2019-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera⁹⁹, las máximas tasas de interés de créditos bancarios que se pueden cobrar, desde enero de 2021, son las siguientes:

Tabla número 1

La siguiente tabla muestra las tasas de interés a las que podrían calificar empresas con un rango de ventas anuales entre USD 100,000.00 y hasta USD 1,000.000.00. Estos intereses, por lo tanto, corresponden a las pequeñas y medianas empresas ecuatorianas (PYMES).

98 Summers B, Wilson N. 2000. Trade credit management and the decision to use factoring: an empirical study. *Journal of Business Finance & Accounting* 27(1): 37-68.

99 Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Resolución No. 555-2019-F de 23 de diciembre de 2-19.

Tasas de interés			
Enero 2021			
Tasa de interés activas efectivas vigentes para el sector financiero privado, público y, popular y solidario			
Tasas referenciales		Tasas máximas	
Tasa activa efectiva referencial para el segmento	% anual	Tasa activa máxima para el segmento	% anual
Productivo PYMES	10.02	Productivo PYMES	11.83
Comercial ordinario	10.79	Comercial ordinario	11.83
Comercial Prioritario PYMES	10.41	Comercial Prioritario PYMES	10.41

Nota. Adaptado de Tasas de Interés, por Banco Central del Ecuador, 2021, Banco Central del Ecuador (<https://contenido.bce.fin.ec/docs.php?path=/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/TasasInteres/Indice.htm>)

Tabla número 2

La siguiente gráfica evalúa las tasas de interés a las que podrían calificar empresas con un rango de ventas anuales desde USD 5,000.000.00.

Tasas de interés			
Enero 2021			
Tasa de interés activas efectivas vigentes para el sector financiero privado, público y, popular y solidario			
Tasas referenciales		Tasas máximas	
Tasa activa efectiva referencial para el segmento	% anual	Tasa activa máxima para el segmento	% anual
Productivo Empresarial	9.75	Productivo Empresarial	10.21
Productivo Corporativo	8.62	Productivo Corporativo	9.33
Comercial Prioritario Corporativo	8.58	Comercial Prioritario Corporativo	9.33

Nota. Adaptado de Tasas de Interés, por Banco Central del Ecuador, 2021, Banco Central del Ecuador (<https://contenido.bce.fin.ec/docs.php?path=/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/TasasInteres/Indice.htm>)

En comparación, es notable que los intereses de la tabla número 1 son superiores a los de la tabla número 2. Esto se debe a que las ventas anuales de las personas jurídicas de la primera son menores; por lo que los bancos prefieren mantener una tasa alta de interés. Esto a consecuencia de: entre menos ingresos existan, mayor es el riesgo que se asume al otorgar los créditos.

En la segunda tabla se puede apreciar cómo ocurre lo contrario con las grandes empresas. Debido a que, mientras más ventas anuales se registren, las empresas tendrán mejor capacidad de pago crediticio, de modo que el riesgo será menor para la entidad financiera.

Las principales agencias bancarias del Ecuador, tales como el Banco de Guayaquil, Banco del Pichincha, Produbanco y Banecuador, utilizan la tasa máxima de interés que corresponde al 11.83%. Este porcentaje puede representar un contratiempo para empresas como las PYMES, ya que se visto cómo su proceso de surgimiento y desarrollo se ha limitado por la capacidad de financiamiento con intereses altos¹⁰⁰. Por lo tanto, estas sociedades en crecimiento deben ser cuidadosas al momento de elegir su mecanismo de financiamiento.

Cabe mencionar que, todas las entidades financieras deben acogerse a las tasas de interés anuales estipuladas por el Banco Central del Ecuador (BCE). En este punto, el factoring se hace más atractivo para las PYMES, ya que las empresas de factoraje pueden ofrecer sus servicios con menores porcentajes que la tasa de interés máxima. Las empresas dedicadas a este tipo de giro de negocio aceptan usualmente facturas comerciales negociables con plazos de cobro de un máximo de 120 días.

Evidentemente, la mayoría de las obligaciones por concepto de factoraje serán exigibles antes del cumplimiento del plazo de un año, esto quiere decir que no se descuenta necesariamente el 11.83%, sino que se calculará un porcentaje mucho menor, al tratarse de cobros a corto plazo. Mediante el factoring, las tasas de interés pueden ser menores y

100 Rodríguez, R., & Aviles, V. (2020). Las PYMES en Ecuador. Un análisis necesario. 593 Digital Publisher CEIT, 5(5-1), 191-200. <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.5-1.337>

el beneficio que esto representa para este sector empresarial es enorme, ya que podrían pagar en menor tiempo el crédito al que accedieron. Esto daría a las empresas la oportunidad de generar más utilidades y mejorar su capacidad de reinversión.

Al no ser créditos de vencimiento anual, las entidades que prestan servicios de *factoring*, deberán calcular el descuento de la tasa de interés, en proporción a los días o meses en los cuales el crédito será pagado¹⁰¹. En tal virtud, el costo de acceder a otras herramientas de financiamiento, como un préstamo bancario, será superior ya que usualmente se trata de créditos a largo plazo¹⁰². Es decir, se paga el crédito bancario, más el pago de tasas de interés anuales. De ser el caso, esto significa que el prestamista terminará pagando un valor superior al nominal, por incurrir en gastos adicionales como son el pago de intereses.

En contraposición, mediante el *factoring*, el costo que representa la tasa de descuento será menor, por cuanto el factorado da mayor valor al financiamiento instantáneo, a pesar de que se haya restado parte del saldo pendiente a su favor¹⁰³. Por consiguiente, para empresas como las PYMES, resulta mucho más atractivo optar por contratos de *factoring*, que obtener créditos bancarios¹⁰⁴. Gracias a que a corto plazo el porcentaje de descuento por cesión de derechos contenidos en la factura es menor.

101 MOORE, C. G. (1961). DEVELOPMENTS IN FACTORING, INVENTORY LIENS AND ACCOUNTS RECEIVABLE FINANCING. *The Business Lawyer*, 16(4), 818–827. <http://www.jstor.org/stable/40683554>

102 Katz, A. W. (1999). An Economic Analysis of the Guaranty Contract. *The University of Chicago Law Review*, 66(1), 47–116. <https://doi.org/10.2307/1600386>

103 MOORE, C. G. (1961). DEVELOPMENTS IN FACTORING, INVENTORY LIENS AND ACCOUNTS RECEIVABLE FINANCING. *The Business Lawyer*, 16(4), 818–827. <http://www.jstor.org/stable/40683554>

104 Cortes Serna, Lina María, Melissa Salazar Velásquez, and Hugo Armando Ramírez Osorio. “EL CONTRATO DE FACTORING COMO UNA FUENTE DE FINANCIACIÓN PARA LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES) EN COLOMBIA.” (2015).

Estudio de ingresos por actividades de factoring

Además de analizar los intereses impuestos por la autoridad estatal, se requiere estudiar el número de transacciones y montos a los que ascienden los créditos concedidos por la banca privada, en contraste con las transacciones hechas por operaciones de *factoring*.

Tabla número 3

La siguiente tabla muestra los saldos por servicios de gestión de facturas, registrados en los balances generales emitidos por las agencias bancarias más reconocidas en el Ecuador.

Factoring otorgado por bancos nacionales que laboran en Ecuador	
Enero-junio 2020 (en dólares estadounidenses)	
Banco	Saldo por servicios de gestión de facturas
Banco Bolivariano	\$ 168.554,98
Banco Internacional	\$ 436.014,15
Banco del Pacífico	\$ 233.416,70
Banco de Guayaquil	0
Banco Pichincha	0
Banco Produbanco	0
TOTAL	\$ 837.985,83

Nota. Adaptado de *Balance del Sistema Financiero por Tipo de Institución*, por Superintendencia de Bancos, 2021, Superintendencia de Bancos (<https://www.superbancos.gob.ec/bancos/balance-general-prueba/>).

Tabla número 4

La siguiente tabla especifica los valores por créditos bancarios que han sido otorgados a las PYMES en el periodo de enero a junio del 2020.

Créditos otorgados por Bancos ecuatorianos		
Enero – junio 2020 (en dólares estadounidenses)		
Productivo PYMES		
Banco	Número de operaciones	Saldo
Banecuator	1	\$ 180.000,00
Banco de Guayaquil	691	\$ 29.961.545,61
Produbanco	9	\$ 1.865.000,00
Total	701	\$ 32.006.545,61
Comercial prioritario PYMES		
Banco	Número de operaciones	Saldo
Banco Pichincha	7480	\$ 205.913.642,81
Banco de Guayaquil	13379	\$ 273.640.129,20
Produbanco	9440	\$ 115.808.673,92
Total	30299	\$ 595.362.445,93
Comercial ordinario		
Banco	Número de operaciones	Saldo
Banco Pichincha	327	\$ 12.355.386,29
Banco de Guayaquil	550	\$ 9.764.926,14
Produbanco	23903	\$ 507.368.681,35
Total	24780	\$ 529.488.993,78
TOTAL	55780	\$ 1.156.857.985,32

Nota. Adaptado de *Balance del Sistema Financiero por Tipo de Institución*, por Superintendencia de Bancos, 2021, Superintendencia de Bancos (<https://www.superbancos.gob.ec/bancos/balance-general-prueba/>).

En base a las tablas pertenecientes a esta sección, se puede observar claramente la diferencia de los montos obtenidos por créditos bancarios y factoraje. El monto total por servicios de créditos bancarios supera a las operaciones por servicios de gestión de facturas con más de cien millones de dólares estadounidenses. Estos datos permiten concluir que el empleo de créditos es por mucho superior al uso de servicios de *factoring*. Por consiguiente, se puede decir que el *factoring* en Ecuador no es de preferencia entre los usuarios de la banca privada. A pesar de que los descuentos aplicados, son menores a las tasas de interés que pagarían por adquirir liquidez, a través de créditos bancarios.

Mercado financiero público

Como se ha visto anteriormente, las transacciones por servicios de *factoring*, no representan un mayor ingreso para la banca privada, debido a que la mayoría de sus clientes suelen optar por créditos bancarios. Por el contrario, el *factoring* dentro del sector público demuestra una considerable acogida.

En vista de los nuevos requerimientos del sector empresarial, la Corporación Financiera Nacional (CFN) ha adoptado y proporcionado diversas modalidades de financiamiento a sus usuarios. La Memoria del 2019 realizada por esta entidad muestra que “[1]os mecanismos con mayores desembolsos corresponden a Crédito Directo con \$429.74 millones, Factoring Electrónico con \$122,14 millones”¹⁰⁵. En el 2020, la CFN incorporó la modalidad de banca de segundo piso, un proyecto mediante el cual se pretende promocionar, entre otras figuras, al *factoring* electrónico e internacional como una mejor alternativa de financiamiento, con bajas tasas de descuento, dirigida especialmente a las PYMES¹⁰⁶.

105 Corporación Financiera Nacional. (2020). Memoria 2019 Corporación Financiera Nacional. https://www.cfn.fin.ec/wp-content/uploads/2020/05/Memoria2020_1_compressed.pdf

106 Corporación Financiera Nacional. (15 de octubre de 2020). La Corporación Financiera Nacional incorpora la modalidad de Banca de Segundo Piso. Recuperado de <https://www.cfn.fin.ec/la-corporacion-financiera-nacional-incorpora-la-modalidad-de-banca-de-segundo-piso/>

En tal sentido, se puede apreciar como mediante la correcta implementación de políticas públicas, contratos como el *factoring* pueden ser promocionados y por ende incrementar su aplicación a nivel nacional. Lo que deja saber que no es necesario realizar grandes reformas en el ordenamiento jurídico para que una herramienta financiera opere debidamente en el mercado.

III. Derecho comparado y comparativo

3.1. Colombia

A diferencia del ordenamiento ecuatoriano, el contrato de *factoring* es atípico en la legislación colombiana, por cuanto no se encuentra regulado en su Código de Comercio. La ausencia de un marco normativo explícito trae varias vertientes a discutir, ya que en ciertas ocasiones se requiere de una exhaustiva construcción legislativa. La Ley 35 de 1993¹⁰⁷ propuso otro tipo de control legal sobre las operaciones financieras que tengan por objeto la compraventa de cartera.

El control de las sociedades de compra de cartera (*factoring*) no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores¹⁰⁸.

El artículo 822¹⁰⁹ de su Código de Comercio expresa que “la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles”. En este sentido, el contrato de factoraje quedará igualmente sujeto a los principios ge-

107 Ley 35 de Colombia. Diario Oficial No. 40.710, de 5 de enero de 1993.

108 Genes Salazar, A. F., & Espinosa Sandoval, B. J. (2013). Análisis normativo del *factoring* en el ordenamiento jurídico colombiano.

109 Código de Comercio de Colombia. Artículo 822. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

nerales civiles. Lo que demuestra que este contrato no sólo deberá preocuparse por atender a las reglas jurídicas mercantiles, sino también al régimen civil general.

Las leyes y artículos mencionados reflejan cierta escasez de regulación estricta y minuciosa por parte del legislador colombiano. No obstante, esto no quiere decir que las operaciones de *factoring* en el país sean descuidadas y no exista interés al momento de vigilar la forma de proceder de las compañías mercantiles que incursionan en esta clase de actividades. Por el contrario, el sistema financiero nacional está en constante revisión de estas actividades, por cuanto existen transacciones monetarias importantes en el país. Según datos del American Retail, se estima que en el 2019 se cerraron \$160 billones en operaciones de *factoring* a nivel nacional¹¹⁰. Al tener movimientos tan importantes como estos, es notable que la industria de compraventa de cartera en Colombia tiene mayor reconocimiento que en nuestro país, a pesar de su falta de regulación extensa.

El panorama jurídico colombiano concibe un doble escenario: uno que da mayor libertad a las sociedades mercantiles de promover esta clase de actividades financieras, sin presión de una normativa estricta; y otro en el que no basta una estructura jurídica permisiva para cubrir casos de interés público. Así, el caso de Factor Group¹¹¹ por captación ilegal expone una falla legislativa dentro de las operaciones de *factoring*, debido a que no existe un cuerpo jurídico sólido que detenga este tipo de actuaciones. Sin embargo, casos como estos son considerados aislados y poco frecuentes, como se evidencia en la Resolución de la Superintendencia Financiera que lo resuelve: “es posible controlarlos mediante jurisprudencia, normas análogas y demás medidas coercitivas que frenan actividades por fuera del marco legal”¹¹².

110 Kouvelis, P., & Xu, F. (2020). A supply chain theory of factoring and reverse factoring. *Management Science (Forthcoming)*.

111 Decreto 3327 de Colombia. Diario Oficial de Colombia, 4 de septiembre de 2009.

112 Decreto 3327 de Colombia. Diario Oficial de Colombia, 4 de septiembre de 2009.

Uno de los cuerpos jurídicos con mayor incidencia en la regulación del contrato de *factoring* es el Decreto 3327 de 2009¹¹³. Las limitaciones que impone acerca de la circulación de facturas son discutibles, ya que resalta cierta amplitud al momento de regular los vacíos que la Ley 1231 de 2008¹¹⁴ había ignorado. Sus disposiciones dan paso a que las compañías dedicadas al *factoring* tengan plena autonomía sobre el diseño del contrato, y sus condiciones de ejecución. Una vez más, quienes se interesan en este campo se enfrentan a una normativa nacional poco intrusiva en el ámbito privado.

A pesar de que no exista una definición legislativa clara y lineamientos expresos que cimientan a la figura del *factoring*, no ha sido un impedimento para que esta herramienta tenga una gran acogida como una nueva alternativa de financiamiento, sobre todo en el segmento de las PYMES. Por lo tanto, se puede decir que la independencia normativa y la política no intervencionista son parte de las causas que impulsaron esta actividad empresarial para que los agentes económicos se interesen en esta figura.

3.2. España

El régimen jurídico español merece una revisión especial, debido a que comparte y extrae algunos preceptos de la Unión Europea. Al igual que en Colombia, el *factoring* es un contrato atípico, ya que no está enmarcado en cuerpos normativos positivos. De acuerdo con la doctrina, la falta de tipificación atiende al constante proceso evolutivo de las necesidades económicas¹¹⁵. Es lógico pensar que entre más estricto y literal sea el contenido de las normas, es poco probable que las instituciones jurídicas se ajusten al ritmo al que avanzan los requerimientos de los agentes económicos. Sin embargo, fue necesario encaminar su aplicación hacia el ámbito legal, por lo que su régimen se desarrolló mediante la Orden del Ministerio de Economía del 19 de junio de 1979¹¹⁶.

113 Ley 1231 de Colombia. Diario Oficial 47.053 de julio 17 de 2008.

114 *Ibid.*

115 Ibarra, J. R. (1975). Rolin, Serge: "El Factoring. Apéndice: El Factoring en España" (-Book Review). *Boletín de Estudios Económicos*, 30, 648.

116 Orden del Ministerio de Economía del 19 de junio de 1979. BOE núm. 156, de 30 de junio de 1979, p. 14912-14914.

Semejante a nuestro país, se mira al contrato de *factoring* como uno de naturaleza mercantil y no civil. Esta asignación implica que las calificaciones generales sobre un contrato mercantil sean aplicables a los acuerdos de *factoring*. No obstante, dentro de la normativa española son escasos los preceptos que desarrollan la fórmula de transmisión de créditos¹¹⁷. Por lo que el Código Civil ha tomado partido de esta sección y, de forma análoga, complementa a esta materia en caso de requerir asistencia sobre cesión de derechos.

Ahora bien, la doctrina española hace hincapié en distinguir entre la comisión mercantil y los servicios de *factoring*, un hecho que la jurisprudencia ecuatoriana ha dado por alto en cuanto no existe sentencias que definan o participen de esta discusión. Por un lado y de manera general, la comisión mercantil es un contrato de mandato por el cual el agente intermediario realiza operaciones comerciales a nombre del comitente¹¹⁸. Por otra parte, el factorado cede el crédito al factor, convirtiéndolo en propiedad de este último; lo que no ocurre en la comisión, debido a que el crédito continúa en dominio del comitente. Esto involucra que el factor no sea responsable ante la demora del cobro y rendición de cuentas.

En cuanto al uso del *factoring* como herramienta de financiamiento en España, se nota su gran realce en el número de transacciones. De acuerdo con estadísticas de Factors Chain International (en adelante FCI), en el año 2019, el *factoring* nacional tuvo ingresos de 162.473.000,00 EUR, facturación internacional de 23.086.000,00 EUR y se registraron 21 compañías que ofrecen estos servicios¹¹⁹. A pesar de que la Corporación Financiera Nacional (en adelante CFN) pertenece al FCI, no se presentan datos sobre el *factoring* ecuatoriano en los cuadros de análisis estadístico de esta organización. En este sentido, se puede resaltar la ausencia de información sobre este sector financiero y falta compromiso por parte

117 Ibarra, J. R. (1975). Rolin, Serge: "El Factoring. Apéndice: El Factoring en España" (Book Review). *Boletín de Estudios Económicos*, 30, 648.

118 PECHACEK, M., & NAKAMURA, K. (2009). The Payroll Factor: Whose Factor Is It Anyway? *The State and Local Tax Lawyer. Symposium Edition*, 155–189. <http://www.jstor.org/stable/24467457>

119 Factors Chain International. International Factoring Statistics. Recuperado de https://fci.nl/en/international-factoring-statistics?language_content_entity=en

de las autoridades para incursionar en el área internacional con respecto al *factoring*.

3.3. Ámbito internacional

Sobre el régimen internacional, uno de los cuerpos legales que se destaca es la Convención Internacional de Factoring presentada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante UNIDROIT). Se debe resaltar que el Ecuador no está suscrito a esta Convención.

Primero, es necesario comprender que el *factoring* internacional es mucho más complejo en términos de exigibilidad de derechos y obligaciones entre las partes, en comparación al *factoring* doméstico. El Convenio resuelve temas de alta trascendencia, como el alcance de cesión de créditos entre las partes contratantes.

A factoring contract may validly provide as between the parties thereto for the transfer, with or without a new act of transfer, of all or any of the supplier's rights deriving from the contract of sale of goods, including the benefit of any provision in the contract of sale of goods reserving to the supplier title to the goods or creating any security interest¹²⁰.

El artículo en cuestión deja saber que la cesión celebrada puede ser sobre todos los derechos del proveedor o solo por una parte de ellos, incluyendo la reserva de dominio y cualquier otra garantía del deudor. En la sección de derechos y obligaciones, el artículo 6¹²¹ previene a las empresas el riesgo de doble pago y dispone la aplicación de cláusulas de no cesibilidad de los créditos pactados. Además, introduce la figura de la

120 Convención Internacional de Factoring de 28 mayo de 1988. Artículo 7. Ottawa. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>

121 Convención Internacional de Factoring de 28 mayo de 1988. Artículo 6. Ottawa. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>

cesión sucesiva en el artículo 7¹²², que plantea la cesión del crédito del factor, por ejemplo, a otra empresa factora.

Los artículos mencionados exponen la adaptación jurídica del régimen internacional, de acuerdo con el espíritu financiero del contrato de *factoring*. Es importante resaltar que la Convención denota varios avances legislativos, que permiten a las empresas contar con varias opciones dentro de este campo contractual, sin ahogar a los agentes económicos con normas estrictas.

Lo que no ocurre en Ecuador, puesto que el desarrollo del articulado de nuestro Código de Comercio impide impulsar y facilitar el uso de esta herramienta. Como ejemplo, está el artículo 672 que explica lo siguiente: “no constituyen operaciones de factoring aquellas en que se encarga a un tercero la gestión de cobro de títulos de crédito”. Esto se podría considerar una divergencia con respecto a la cesión sucesiva que establece el Convenio de UNIDROIT citado anteriormente. Lo que denota ciertas limitaciones a las empresas de factoraje al momento de gestionar sus cobros.

Una vez más, el legislador limita al *factoring* y hace de esta herramienta una operación más rígida de lo necesario. Por lo contrario, al tratarse de una opción de financiamiento, debería atender a las necesidades de las partes y no restringir los elementos que estas deseen implementar para que les resulte de utilidad.

En el ámbito internacional, el contrato de *factoring* es una de las fuentes de financiamiento más rentable para las PYMES, y por tanto constituyen un sector financiero importante, que dinamiza la economía de diferentes países. En Colombia, en el año 2019, el ingreso doméstico por este tipo de financiamiento fue de 7.617 millones de euros¹²³. Así también en Chile, uno de los países que más hace uso de este contrato, el

122 Convención Internacional de Factoring de 28 mayo de 1988. Artículo 7. Ottawa. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>

123 Factors Chain International. International Factoring Statistics. Recuperado de https://fci.nl/en/international-factoring-statistics?language_content_entity=en

ingreso doméstico es de 30.900 millones de euros, en el mismo año¹²⁴. De hecho, en Sudamérica el ingreso total¹²⁵, en el 2019, fue de 132,131 millones de euros¹²⁶.

Por otro lado, se debe mencionar que a pesar de que la Corporación Financiera Nacional (en adelante CFN) pertenece al FCI, no se presentan datos sobre el *factoring* ecuatoriano en los cuadros de análisis estadístico de esta organización. En este sentido, se puede resaltar la ausencia de información sobre este sector financiero y falta compromiso por parte de las autoridades para incursionar en el área internacional con respecto al *factoring*.

IV. Recomendaciones

En vista de las exitosas políticas públicas que ha implementado la CFN, en lugar de seguir legislando mediante estructuras jurídicas rígidas, se recomienda potenciar el uso del contrato de *factoring* por medio de la aprobación de proyectos financieros. De manera que, efectivamente se beneficien a aquellos que necesiten de mejores líneas de financiamiento. A la vez se debería incentivar las transacciones de *factoring* nacionales, como también internacionales, a fin de apoyar el crecimiento de este mercado.

V. Conclusiones

La afectación de la regulación normativa del contrato de *factoring* se encuentra principalmente, en su desenvolvimiento práctico y la falta de concordancia con el resto de los articulados aplicables.

124 Factors Chain International. International Factoring Statistics. Recuperado de https://fci.nl/en/international-factoring-statistics?language_content_entity=en

125 El ingreso total es igual a la suma entre el ingreso doméstico más el ingreso internacional.

126 Factors Chain International. (2021). Factoring Turnover by Country in 2019 (in euro millions). Recuperado de [Recuperado de https://fci.nl/en/international-factoring-statistics?language_content_entity=en](https://fci.nl/en/international-factoring-statistics?language_content_entity=en)

Primero, al ser un contrato de naturaleza estrictamente financiera, el legislador debería ser sumamente cauteloso al momento de encasillar a esta operación dentro de los cuerpos legales. Sin embargo, esto no ocurre por cuanto el Código de Comercio empieza por confundir a la compra de cartera y al factoring, cuando son dos operaciones distintas. Como se ha visto, existen varios percances al momento de definir el régimen atribuible a este negocio jurídico. Puesto que el Código establece que se puede tratar de un endoso o cesión, se genera un perjuicio en contra de las partes contractuales por cuanto es incierta la extensión de sus obligaciones, creando así incertidumbre jurídica para el factor y factorado. Todo esto se traduce en varios percances prácticos, debido a que en el devenir del contrato las partes pueden encontrar ciertos atascos, que el legislador ha creado a través de sus normas vagas y confusas.

Incluso, se podría considerar que es esta incertidumbre jurídica la causante de la subestimación del factoring como forma de financiamiento. Pues, al no existir normas claras que brinden seguridad jurídica a las partes, parecería obvio que, a pesar de los beneficios económicos, es más seguro ir por un crédito bancario. De esta forma las partes sabrían cuáles son las normas que se les aplicarán, y según las cuales se les juzgará en caso de controversia; conociendo con previsibilidad el derecho, y no quedando a expensas de un juez, como es el caso del *factoring* actualmente.

A lo largo del análisis financiero se ha podido evaluar cómo el contrato de *factoring* continúa en segundo lugar frente a otras opciones de financiamiento, como el crédito bancario. El factoring presenta grandes beneficios económicos, debido a las bajas tasas de interés que maneja, a pesar de su desafortunada regulación normativa. Esto permite concluir que la aplicación del contrato no responde necesariamente a su regulación, sino a las características bondadosas que este pudiere significar para los consumidores; siendo atractivo como opción financiera.

Así, por medio de una política pública, la CFN ha intentado mostrar dichas bondades de financiamiento, realizando un mayor número de desembolsos por *factoring* que la banca privada, ofreciendo incluso tasas de descuento menores. Lo que permite vislumbrar que el factoring en el Ecuador está ganando mayor acogida.

Finalmente, en base a la experiencia internacional, mientras más extensas y categóricas sean las normas jurídicas aplicables, este contrato no podrá ser de utilidad para las sociedades mercantiles ni para los usuarios, debido a que pueden ahogar y atascar la fluctuación del negocio, toda vez que no responder al ritmo de desarrollo y necesidades el mercado. Consecuentemente, nuestra legislación precisa de una regulación tanto precisa como versátil, de modo que brinde seguridad jurídica al tiempo que se adapta al dinamismo del mercado financiero, y no al contrario.

Referencias bibliográficas

- Alonso y Lambán, Mariano. “Libros. Garcia-Cruces Gonzalez, José Antonio: «El contrato de Factoring», Madrid, tecnos, 1990, 263 páginas.” *anuario de derecho civil*(1990): 1277-1286.
- Bonivento Fernández, J. A. (2009). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Tomo II. Pág, 388.
- Chuliá Vicént, E., & Beltrán Alandete, T. (1995). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*.
- Cfr. Cassandro, “Il factoring internazionale”, cit., pág. 21.
- Cortes Serna, Lina María, Melissa Salazar Velásquez, and Hugo Armando Ramírez Osorio. “El contrato de factoring como una fuente de financiación para las pequeñas y medianas empresas (pymes) en colombia.” (2015).
- Díaz, José Morales. “La problemática contable de los contratos de factoring.” *Partida Doble* 23.239 (2012).
- Gallardo Rial, José Luis. *Análisis de los contratos de leasing, renting y factoring*. Diss. Universidad Internacional de Andalucía, 2017.
- Genes Salazar, A. F., & Espinosa Sandoval, B. J. (2013). *Análisis normativo del factoring en el ordenamiento jurídico colombiano*.
- Ibarra, J. R. (1975). Rolin, Serge:” El Factoring. Apéndice: El Factoring en España”(Book Review). *Boletín de Estudios Económicos*, 30, 648.

- Kouvelis, P., & Xu, F. (2020). A supply chain theory of factoring and reverse factoring. *Management Science* (Forthcoming).
- Leguizamo, Camilo Armando Franco. "Contrato de Factoring y la Nueva Factura Unificada; Consideraciones sobre el Contrato y el Título Valor, El." *Rev. E-Mercatoria* 9 (2010): 1.
- Martinez Martinez, F. J., & Cabello Donado, N. E. (1992). El contrato de factoring y su aplicación en Barranquilla.
- Smith JK, Schnucker C. 1994. An empirical examination of organisational structure: the economics of the factoring decision. *Journal of Corporate Finance* 119-138. Part 1.
- Soares, M. N. (2017). *Contrato de factoring*. Saraiva Educação SA.
- Soufani, K. (2002). The decision to finance account receivables: the factoring option. *Managerial and Decision Economics*, 23(1), 21-32.
- Uribe, Hernando. "El contrato de Factoring: apuntes y comentarios." *Criterios* 8.2 (2015): 19-70.

Artículos de Investigación

- Binks MR, Ennew CT. 1994, 1996, 1998. Big Banks Small Businesses. *Forum of Private Business* Knutsford.
- Banco Central del Ecuador. (2021). Tasas de Interés. Recuperado de <https://contenido.bce.fin.ec/docs.php?path=/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/TasasInteres/Indice.htm>
- Chittenden, W. A., Doolin, E. G., Wall, J. F., & Jeffery, J. R. (2013). Recent developments in health insurance, life insurance, and disability insurance case law. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 49(1), 233–270. <http://www.jstor.org/stable/24375704>
- Circular del Banco Central No. 1359 de 30 de septiembre de 1988.

- Convención Internacional de Factoring de 28 mayo de 1988. Ottawa. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>
- Corporación Financiera Nacional. (2020). Memoria 2019 Corporación Financiera Nacional. https://www.cfn.fin.ec/wp-content/uploads/2020/05/Memoria2020_1_compressed.pdf
- Corporación Financiera Nacional. (15 de octubre de 2020). La Corporación Financiera Nacional incorpora la modalidad de Banca de Segundo Piso. Recuperado de <https://www.cfn.fin.ec/la-corporacion-financiera-nacional-incorpora-la-modalidad-de-banca-de-segundo-piso/>
- Deg l'Innocenti, M., Fiordelisi, F., & Trinugroho, I. (2020). Competition and stability in the credit industry: Banking vs. factoring industries. *The British Accounting Review*, (1). Retrieved from <https://doi.org/10.1016/j.bar.2019.03.006>
- FactorPlus. (2021). Cómo funciona el factoring en Ecuador. Recuperado de <https://www.factorplus.com.ec/como-funciona-el-factoring-en-ecuador/>
- Grupo Financiero BBVA Bancomer. (2021). Financiamiento. Recuperado de <https://www.bbva.mx/educacion-financiera/f/financiamiento.html>
- GILMORE, C. W. (1999). Those Priceless Experts: Factoring their fees and costs into the case. *Family Advocate*, 22(2), 26–29. <http://www.jstor.org/stable/25806177>
- Hernández, R., Administrativo, J. D. T. C., Jiménez, C. D., & Civil, J. (2011). Contrato de factoring. *Revista Judicial de Costa Rica*.
- Katz, A. W. (1999). An Economic Analysis of the Guaranty Contract. *The University of Chicago Law Review*, 66(1), 47–116. <https://doi.org/10.2307/1600386>
- Moore, c. G. (1959). Factoring — a unique and important form of financing and service. *The business lawyer*, 14(3), 703–727. <http://www.jstor.org/stable/40683339>

- Pechacek, m., & Nakamura, K. (2009). The Payroll Factor: Whose Factor Is It Anyway? *The State and Local Tax Lawyer*. Symposium Edition, 155–189. <http://www.jstor.org/stable/24467457>
- Pisar, s. (1970). Legal aspects of international factoring—an american concept goes abroad. *The business lawyer*, 25(4), 1505–1516. <Http://www.jstor.org/stable/40684682>
- Saldaña, A., & Sleyter, A. (2017). La atipicidad de la operación del contrato de factoring y su necesidad de regularlo (Bachelor's thesis, Guayaquil: ULVR, 2017.)
- Summers B, Wilson N. (2000). Trade credit management and the decision to use factoring: an empirical study. *Journal of Business Finance & Accounting* 27(1): 37-68.
- Superintendencia de Bancos del Ecuador. (2021). Balances Generales del Sistema Financiero. Recuperado de <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/balance-general-prueba/>
- Rodríguez, R., & Aviles, V. (2020). Las PYMES en Ecuador. Un análisis necesario. 593 *Digital Publisher CEIT*, 5(5-1), 191-200. <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.5-1.337>
- Tello Perdomo, C. F., Ramírez Hernández, C., Franco Martínez, A. F. (2020). Análisis de percepción del negocio compra de cartera en gerentes y clientes de los bancos comerciales en la ciudad de Neiva. *Revista Innova ITFIP*,7(1), 58-77.
- Walters, R. C. (1983). The Matter of Interest in Federal Government Contracting. *Public Contract Law Journal*, 14(1), 96–127. <http://www.jstor.org/stable/25753980>

Códigos

Código Civil del Ecuador. Artículo 1727. Registro Oficial Suplemento No. 046 de 24 de junio del 2005.

Código de Comercio de Colombia. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

Código Orgánico General de Procesos del Ecuador. Artículo 341. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Normas Nacionales

Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Resolución No. 555-2019-F de 23 de diciembre de 2-19.

Ley de Compañías del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.

Orden del Ministerio de Economía del 19 de junio de 1979. Boe núm. 156, de 30 de junio de 1979, p. 14912-14914.

Resolución de la Superintendencia de Bancos 628, Registro Oficial de 686 del 17 de Mayo de 1991.

Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 83-51 de 2 de mayo 1983.

Normas Internacionales

Decreto 3327 de Colombia. Diario Oficial de Colombia, 4 de septiembre de 2009.

Ley 1231 de Colombia. Diario Oficial 47.053 de julio 17 de 2008.

Ley 18.601. Boletín Oficial de 4 de marzo de 1970

Ley 35. Diario Oficial No. 40.710, de 5 de enero de 1993.

Ley 45 de Colombia. Diario Oficial N. 19137 A 19139 de 6 de agosto de 1923, p. 257.

Ley 74 de Colombia. Diario Oficial N. 39114, de 21 de diciembre de 1989, p. 1.

UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law: Draft Convention on International Factoring as Adopted by a Unidroit Committee of Governmental Experts on 24 April 1987. (1989). *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 53(4), 729–745. <http://www.jstor.org/stable/27877299>



Los artículos de esta edición se terminaron de aprobar y producir en el mes de enero 2022, bajo el sistema de evaluación de pares académicos y mediante la modalidad de «doble ciego», que garantiza la confidencialidad de autores y árbitros

