

MAGDALIA MARIBEL HERMOZA VINUEZA

HUGO BAYARDO SANTACRUZ

EDITORES

UNA MIRADA AL DERECHO

II

Autores

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza • Jorge Iván Montesdeoca Fuentes
Xavier Gonzalo Vargas Campaña • Santiago Esteban Erazo Yucasa • Maritza Elizabeth Ochoa
María Rosario Espinoza Andrade • Hugo Bayardo Santacruz C. • Darwin Patricio Morocho Narváez
Carmen Gabriela Ribadeneira Grijalva • Jorge Oswaldo Muñoz Rivadeneira • María Isabel Tobar Subía Contento
María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay • Henry Francis Franco Franco • María Cristina Pozo Enríquez
Bartolomé Gil Osuna • Janeth Patricia González Malla • Marilena Coromoto Asprino Salas
Juan Pablo Mariño Tapia • Mónica Alejandra Angulo Pozo • Cristian Fernando Espinosa Cevallos
Carliz de Jesús Mejías • Edgar Vinicio García Acosta • Silvana Esperanza Erazo Bustamante



**Pontificia Universidad
Católica del Ecuador**
Seréis mis testigos

IBARRA



Grupo de Investigación de Derechos
Humanos y Control Social



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza

Hugo Bayardo Santacruz

EDITORES

UNA MIRADA AL DERECHO II

Autores

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza • Jorge Iván Montesdeoca Fuentes
Xavier Gonzalo Vargas Campaña • Santiago Esteban Erazo Yucasa • Maritza Elizabeth Ochoa
María Rosario Espinoza Andrade • Hugo Bayardo Santacruz C. • Darwin Patricio Morocho Narváez
Carmen Gabriela Ribadeneira Grijalva • Jorge Oswaldo Muñoz Rivadeneira • María Isabel Tobar Subía Contento
María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay • Henry Francis Franco Franco • María Cristina Pozo Enríquez
Bartolomé Gil Osuna • Janeth Patricia González Malla • Marilena Coromoto Asprino Salas
Juan Pablo Mariño Tapia • Mónica Alejandra Angulo Pozo • Cristian Fernando Espinosa Cevallos
Carlix de Jesús Mejías • Edgar Vinicio García Acosta • Silvana Esperanza Erazo Bustamante



**Pontificia Universidad
Católica del Ecuador**
Seréis mis testigos

IBARRA



DEHUCS
Grupo de Investigación de Derechos
Humanos y Control Social



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Quito, 2024

UNA MIRADA AL DERECHO II

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza, Hugo Bayardo Santacruz (Editores)

Autores

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza, Jorge Iván Montesdeoca Fuentes, Xavier Gonzalo Vargas Campaña, Santiago Esteban Erazo Yucasa, Maritza Elizabeth Ochoa, María Rosario Espinoza Andrade, Hugo Bayardo Santacruz C., Darwin Patricio Morocho Narváez, Carmen Gabriela Ribadeneira Grijalva, Jorge Oswaldo Muñoz Rivadeneira, María Isabel Tobar Subía Contenido, María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay, Henry Francis Franco Franco, María Cristina Pozo Enríquez, Bartolomé Gil Osuna, Janeth Patricia González Malla, Marilena Coromoto Asprino Salas, Juan Pablo Mariño Tapia, Mónica Alejandra Angulo Pozo, Cristian Fernando Espinosa Cevallos, Carlíx de Jesús Mejías, Edgar Vinicio García Acosta, Silvana Esperanza Erazo Bustamante

Comité Científico

Jaime Eduardo Alvear Flores, Silvio Raúl Álvarez Pasuy, Dennis Javier Barreno Mafla, Pablo Javier Carrión Carrión, Gina Paola Díaz Amaya, Johnny Iván Hurtado Moreno, Nelson Joaquín Lalama Proaño, Pedro José Leiva Gallegos, Juan Fernando Marreno Castro, Farid Eduardo Manosalvas Granja, Hugo Fabricio Navarro Villacis, Priscila Del Rocío Mendoza, Miguel Angel Orosa, Ana Gabriela Pozo, Sandra Quinteros, Marco Rodríguez, Sandra Ruiz Gross

Revisión: Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación: Departamento de Diagramación - CEP

Impresión: Talleres de la CEP

Primera Edición

ISBN: 978-9942-10-902-6

Derecho de autor: 066308

Impreso en Quito, julio 2024

Tiraje: 1000 ejemplares

© 2024 Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Sede Ibarra Ibarra
Av. Jorge Guzmán Rueda y Av. Aurelio Espinosa Pólit. Cda. "La Victoria"
Teléfono: (+593) 06 2615 500 / 2615 453
Apartado Postal 100112
www.pucesi.edu.ec • prorect@pucesi.edu.ec

© Corporación de Estudios y Publicaciones
Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama
Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256
www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

El presente libro fue sometido al debido arbitraje y dictamen de pares evaluadores expertos en el área del conocimiento.

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

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

Índice

Introducción	VII
Presentación	IX

SECCIÓN I GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

Capítulo 1

Violencia a la mujer y femicidio en Ecuador: Un Análisis sociodemográfico 2015-2023	3

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza
Jorge Iván Montesdeoca Fuentes
Xavier Gonzalo Vargas Campaña
Santiago Esteban Erazo Yucasa

Capítulo 2

Femicidio, máxima expresión de violencia contra la mujer, una problemática latente en Ecuador	23

Maritza Elizabeth Ochoa Ochoa

Capítulo 3

Análisis Bibliométrico de las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos: Tendencias y Perspectivas Globales	43

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza
María Rosario Espinoza Andrade
Hugo Bayardo Santacruz C.
Darwin Patricio Morocho Narváez

Capítulo 4

Inclusión financiera con enfoque de género: perspectivas y realidades en Ecuador	67

Carmen Gabriela Ribadeneira Grijalva
Jorge Oswaldo Muñoz Rivadeneira

Capítulo 5

Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Perspectiva histórica, normativa, consultiva y jurisdiccional en el Estado Ecuatoriano	87

María Isabel Tobar Subía Contento
María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

SECCIÓN II

DERECHO DE FAMILIA

Capítulo 6

Elementos formales y materiales de la mediación familiar en el tema de pensiones alimenticias para un menor de edad: necesidad de un manual para los intervinientes en el contexto ecuatoriano	111

María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

María Isabel Tobar Subia Contento

Capítulo 7

La posesión notoria del estado de hijo como prueba supletoria para el ejercicio de derechos y obligaciones en el Ecuador	139

Henry Francis Franco Franco

SECCIÓN III

DERECHO PENAL

Capítulo 8

Literatura y Derecho Penal. Una aproximación a la teoría del delito desde la obra de Crimen y Castigo de Fiodor Dostoyevski	153

Hugo Bayardo Santacruz C.

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza

Capítulo 9

Análisis de la tipicidad, aplicación y sanción del delito de femicidio en Ecuador a partir del estudio de sentencias de casación emitidas por la Corte Nacional de Justicia	167

María Cristina Pozo Enríquez

Capítulo 10

Vulneración del principio de especialidad, por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores: Sentencia N° 9-17-CN/19, numeral 3, literal c	185

Bartolomé Gil Osuna

Capítulo 11

Anacronismo del sistema penitenciario. ¿Aplica para Ecuador?	205

Janeth Patricia González Malla

SECCIÓN IV DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Capítulo 12

La Regulación de la Inteligencia Artificial: Un asunto pendiente para el Derecho	229
Marilena Coromoto Asprino Salas	

Capítulo 13

Inteligencia artificial ética, tutela, sistemas procesales y resolución de conflictos	247
Juan Pablo Mariño Tapia	

SECCIÓN V DERECHO AMBIENTAL

Capítulo 14

El régimen jurídico de los transgénicos en el Ecuador después de la sentencia CCE No. 22-17-IN y acumulados-2022	269
Mónica Alejandra Angulo Pozo	
Cristian Fernando Espinosa Cevallos	
Carliz de Jesús Mejías	
Edgar Vinicio García Acosta	

SECCIÓN VI DERECHO A LA SALUD

Capítulo 15

El derecho a la salud de las personas privadas de libertad y el ejercicio de este derecho durante la pandemia por el COVID-19	277
Silvana Esperanza Erazo Bustamante	
Hugo Bayardo Santacruz C.	
Magdalia Maribel Hermoza Vinueza	

Sección VII DERECHO PROCESAL

Capítulo 16

La Litigación Oral, el Conflicto y el Proceso en Asuntos no Penales	291
Juan Pablo Mariño Tapia	

Introducción

El libro “Una mirada al Derecho” es un esfuerzo colectivo que surge de la coordinación del Grupo de Investigación de Derechos Humanos y Control Social (DEHUCS) de la Escuela de Jurisprudencia, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Ibarra. Este trabajo cuenta con el aporte científico de docentes de la carrera de la PUCEI, así como de docentes invitados de la Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL).

El libro ha sido evaluado por un Comité Científico experto compuesto por miembros de varias universidades del Ecuador, garantizando así su rigor académico y científico. La obra está organizada en 16 capítulos, cada uno abordando diferentes aspectos del Derecho, proporcionando una visión integral y profunda de esta disciplina; “es un valioso recurso académico que refleja la colaboración interinstitucional y el compromiso con la excelencia en la educación jurídica en el Ecuador.

Este libro se adentra en el vasto universo del derecho, abordando temas desde Derechos humanos, género, derecho penal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho tecnológico, ambiental, de salud y procesal. Está dividida en secciones por áreas del derecho, cada capítulo ofrece un análisis profundo y riguroso de su respectivo tema, aportando una perspectiva única y valiosa.

La primera sección, “Género y Derechos Humanos”, se abordan temas críticos como el feminicidio, la violencia de género y las políticas públicas para enfrentar estos problemas. Se analiza la situación en Ecuador, proporcionando un análisis sociodemográfico y examinando las políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos. También se discute la inclusión financiera con enfoque de género y se presenta una visión histórica y normativa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Segunda sección, “Derecho de familia” se aborda la mediación familiar en el tema de pensiones alimenticias para menores de edad en el contexto ecuatoriano; Se analizan los elementos formales y materiales de la mediación familiar en el tema de pensiones alimenticias para menores de edad, destacando la necesidad de un manual para los intervinientes en el contexto ecuatoriano.

Tercera sección “Derecho Penal”, comienza con una aproximación a la teoría del delito desde la obra de Fiodor Dostoyevski, “Crimen y Castigo”. Luego, se analiza la tipicidad, aplicación y sanción del delito de femicidio en Ecuador. Se discute la inexistencia de un tipo penal que sancione la reproducción no autorizada de contenidos digitales obtenidos mediante sexting y se analiza la vulneración del principio de especialidad por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores; se analiza la vulneración del principio de especialidad por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores. Además, se reflexiona sobre el anacronismo del sistema penitenciario en Ecuador

Cuarta sección “Derecho Tecnológico”: Se aborda la regulación pendiente de la Inteligencia Artificial y se discute sobre la ética en la Inteligencia Artificial, la tutela, los sistemas procesales y la resolución de conflictos.

Quinta Sección “Derecho Ambiental”: Se analiza el régimen jurídico de los transgénicos en Ecuador después de una sentencia relevante.

Sexta Sección “Derecho a la Salud”: Se discute el derecho a la salud de las personas privadas de libertad y cómo este derecho se ejerce durante la pandemia por el COVID-19.

Finalmente, la Séptima Sección “Derecho Procesal”: Se aborda la litigación oral, el conflicto y el proceso en asuntos no penales.

En resumen, este libro ofrece una visión completa y detallada de varios aspectos del derecho, proporcionando análisis y discusiones valiosas para estudiantes, profesionales y cualquier persona interesada en estos temas. Su enfoque integral y su análisis profundo hacen de este libro una lectura esencial para aquellos que buscan comprender mejor el vasto universo del derecho.

Los Editores

Presentación

Es un placer presentar esta nueva obra titulada “Una Mirada al Derecho II”, que aborda de manera efectiva los desafíos y tendencias contemporáneas del Derecho Ecuatoriano. Este libro colaborativo fruto del esfuerzo conjunto de destacados académicos y profesionales, proporciona un análisis exhaustivo y multidimensional del derecho, abarcando una amplia gama de temas críticos y de actualidad. Un capítulo particularmente innovador y relevante es el dedicado al emergente campo del derecho tecnológico. Aquí los autores abordan temas cruciales como la regulación de la Inteligencia Artificial, la protección de datos personales, la ciberseguridad, y la ética en la aplicación de nuevas tecnologías. Este enfoque no solo es pionero sino necesario en un mundo cada vez más digitalizado donde las leyes deben adaptarse.

Magdalia Hermoza V.

Coordinadora del Grupo de Investigación de Derechos Humanos
y Control Social (DEHUCs)

SECCIÓN I

GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

Capítulo 1

VIOLENCIA A LA MUJER Y FEMICIDIO EN ECUADOR: UN ANÁLISIS SOCIODEMOGRÁFICO 2015-2023

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

mmhermoza@pucesi.edu.ec

Jorge Iván Montesdeoca Fuentes

Policía Nacional del Ecuador

ivan.montesdeoca@hotmail.com

Xavier Gonzalo Vargas Campaña

Policía Nacional del Ecuador

xaviervargascampana@gmail.com

Santiago Esteban Erazo Yucasa

Policía Nacional del Ecuador

santiagoerazo.daid@gmail.com

Resumen

Este estudio examina el comportamiento de los femicidios en Ecuador entre 2015 y 2023, así como su relación con ciertas variables sociodemográficas; el objetivo es abordar el problema social global de la violencia contra las mujeres, que sigue siendo subestimado a pesar de su impacto significativo en la sociedad. La investigación se basa en el análisis de la evolución normativa nacional e internacional sobre la violencia contra la mujer, y resalta la importancia de los esfuerzos continuos de los movimientos de mujeres para dismantelar un sistema patriarcal profundamente arraigado; la investigación identifica los factores sociodemográficos que pueden influir en las cifras de femicidio en escalada, utilizando un enfoque metodológico cualitativo y analítico-descriptivo con una perspectiva socio-jurídica. Los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional de Ecuador se utilizaron para el análisis. Los resultados muestran que, a pesar de la normativa nacional e internacional existente y los esfuerzos implementados, no se ha logrado un impacto positivo significativo en la disminución de los índices de violencia, con un aumento alarmante de 56 casos de femicidio en 2015 a 107 en 2023. Además, se determinó que la Zona 5 (Santa Elena y Guayas) es la más afectada, con 127 casos, y que la mayoría de los femicidios ocurren en áreas urbanas (413), donde el hogar y el entorno familiar representan el mayor riesgo para las mujeres (520 casos); la mayor proporción de víctimas se encuentra en el rango de edad de 25 a 34 años (237 casos), y la mayoría de las víctimas son mestizas (85%).

Palabras Clave: Violencia de género, femicidios, factores sociodemográficos

Summary

This study examines the behavior of feminidios in Ecuador between 2015 and 2023, as well as its relationship with certain sociodemographic variables; The goal is to address the global social problem of violence against women, which continues to be underestimated despite its significant impact on society.

The research is based on the analysis of national and international regulatory developments on violence against women, and highlights the importance of the continued efforts of women's movements to dismantle a deeply entrenched patriarchal system; The research identifies the sociodemographic factors that can influence the escalating figures of femicide, using a qualitative and analytical-descriptive methodological approach with a socio-legal perspective.

Official statistical data from the National Police of Ecuador were used for the analysis. The results show that despite the existing national and international regulations and the efforts implemented, a significant positive impact has not been achieved in reducing violence rates, with an alarming increase from 56 cases of femicide in 2015 to 107 in 2023. In addition, they state that Zone 5 (Santa Elena and Guayas) is the most affected, with 127 cases, and that the majority of feminicides occur in urban areas (413), where the home and family environment represent the greatest risk for women (520 cases); The highest proportion of victims is in the age range of 25 to 34 years (237 cases), and the majority of victims are mestizo (85%).

Keywords: Gender violence, feminicides, sociodemographic factors.

Introducción

La violencia contra la mujer, especialmente el femicidio, es una problemática que afecta profundamente nuestras sociedades; esta realidad lamentable y atroz, caracterizada por la muerte violenta de mujeres debido a su género, refleja la persistente desigualdad y discriminación enraizadas en nuestras estructuras sociales.

Este artículo se propone examinar el recorrido histórico de las normativas relevantes destinadas a combatir la violencia contra las mujeres. Se abordarán convenciones, acuerdos y leyes diseñadas para garantizar una vida libre de violencia para las mujeres. El objetivo principal es estudiar y relacionar estas medidas legislativas con la disminución de la violencia y los femicidios, evaluando su eficacia como herramientas para combatir este problema.

En este contexto, se proporcionarán definiciones clave relacionadas con la violencia de género y su conexión con el femicidio. Se explorará cómo la violencia de género puede ser un precursor del femicidio y se analizarán sus implicaciones.

Además, se examinará el comportamiento del femicidio desde una perspectiva sociodemográfica, identificando patrones, factores y tendencias. El objetivo es ofrecer información relevante para las autoridades competentes, facilitando la formulación de políticas y estrategias de prevención efectivas.

Normativa

A pesar de que la mayoría de los países de América Latina, incluido Ecuador, han suscrito y ratificado acuerdos y convenciones internacionales para erradicar la violencia contra las mujeres, en muchos casos, estos compromisos no se cumplen.

El primer hito significativo en el reconocimiento de las mujeres en el Derecho Internacional de los derechos humanos se alcanzó en la Conferencia Mundial de Viena en junio de 1993, hace 25 años; en este evento, los derechos de las mujeres fueron reconocidos como derechos humanos.

Otro instrumento clave es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés CEDAW). Esta convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979; entró en vigor en septiembre de 1981 y ha sido ratificada por 150 países; la CEDAW tiene como objetivo eliminar la discriminación contra las mujeres.

Un aspecto esencial es que la Convención CEDAW se aplica tanto a la discriminación intencional como a los actos que tienen un efecto discriminatorio, lo que significa que prohíbe cualquier práctica que perpetúe la desigualdad de las mujeres; es un paso fundamental hacia la igualdad y la protección de los derechos fundamentales de todas las mujeres.

La Convención de Belém do Pará, desarrollada en Brasil, fue adoptada el 9 de junio de 1994 por 31 de los 34 estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA). Ecuador la ratificó el 7 de julio de 1996. Este instrumento se torna relevante e importante en la protección de los derechos humanos de las mujeres, ya que reconoce y define como un derecho humano el “derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en septiembre de 1995, participaron 189 países y treinta mil mujeres en representación de organizaciones sociales e instituciones que luchan por los derechos de las mujeres. Durante esta conferencia, se creó la Declaración de Beijing, en la cual los gobiernos ratificaron su compromiso con la eliminación de la discriminación contra la mujer. Además, se estableció la Plataforma de Acción Mundial, que aborda doce áreas de especial preocupación, incluyendo la violencia contra las mujeres.

No obstante, la implementación y el cumplimiento de estas normativas siguen siendo un desafío. (Figuerola M, Hermoza 2020). En Ecuador a partir de la promulgación de la ley contra la violencia a la mujer y la familia –LEY 103–, publicada en Registro Oficial N° 839 del 11 de diciembre de 1995, estableció desde su art. 1 el objetivo primordial de «proteger la integridad física, psíquica y la libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia». Además, en el artículo 2, la ley define la violencia intrafamiliar como «toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar». Este criterio también fue incorporado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en 2014, en lo que respecta a la tipificación de los delitos de violencia cometidos contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Luego de más de veinte años el marco legal en Ecuador ha experimentado cambios significativos; estos cambios se deben, en gran medida, a las críticas constantes por parte del movimiento de mujeres hacia la perspectiva androcéntrica, perspectiva, que ha sostenido y perpetuado el patriarcado, ha resultado en relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

La Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres (2018), estableció el Sistema Nacional Integral, bajo el liderazgo del Rector de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, con el propósito de erradicar la violencia de género, este sistema se compone de múltiples instrumentos:

- Planes de Desarrollo y Plan Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra Mujeres: se establecen los ejes en los que se fundamenta la política pública de prevención y erradicación de la violencia; 1) Prevención de la violencia y la promoción de derechos de las mujeres, 2) Atención y Protección a víctimas contra las mujeres, 3) Reparación integral de derechos a las víctimas de

violencia contra las mujeres y un eje transversal 4) Fortalecimiento institucional, de igual manera se establece un modelo de gestión para el seguimiento y evaluación de los resultados e impacto que se obtengan de la aplicación del mencionado plan. (Ortega & Varela 2018).

- Registro Unificado: el cual se encuentra en proceso de implementación, pretende proporcionar datos precisos sobre la violencia de género de manera transparente y constante. (Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos, 2023).
- Sistema de Alerta Temprana: Diseñado para detectar oportunamente casos de violencia y evitar que deriven en femicidios, aunque aún no ha alcanzado su máximo potencial debido a la falta de datos unificados (Rodríguez & López 2020).
- Clasificador Orientador de Gastos: Determina los presupuestos necesarios para afrontar los costos personales, familiares y sociales vinculados a la violencia de género. (López & Pérez 2021).
- Fortalecimiento de las Unidades de Atención: Asegura la disponibilidad de personal, equipamiento y capacitación adecuados, especialmente en áreas donde estas unidades son escasas. (Alvarado, 2019).
- Incremento de la Acción Educativa: Centrado en la prevención y la promoción de nuevos valores sociales y culturales en las generaciones jóvenes.
- Observatorios de Violencia Contra la Mujer y Estrategias Participativas para la Prevención: diseñados para facilitar el monitoreo y la implementación de estrategias participativas a nivel local (Almeida, 2020).
- Agendas Nacionales para la Igualdad: Buscan una implementación articulada a nivel nacional, territorial y local, adaptándose a las características y necesidades específicas de cada entorno. (Rivadeneira, 2019).

A nivel nacional varias instituciones operan bajo la supervisión del Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos en el ámbito de la lucha contra la violencia de género; estas incluyen Ministerios, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Nacional para la Igualdad de Género (Carrillo, 2016).

Por otra parte, la sociedad civil desempeña un papel vital en la lucha contra la violencia de género en Ecuador. Existen numerosas organizaciones, como la Fundación CEPAM Guayaquil y la Alianza para el Monitoreo y Mapeo de Femicidios en Ecuador, que colaboran con las instituciones gubernamentales para denunciar problemas y brindar protección y apoyo a las víctimas (Gómez & García 2018).

A pesar de los avances en la investigación y la activación de políticas de prevención del femicidio, persisten desafíos y brechas en el conocimiento. Por ejemplo, hay que comprender en mayor profundidad la lógica y los factores específicos que contribuyen a los casos de femicidio en diferentes regiones de Ecuador, también se requiere una atención continua a la recopilación y el análisis de datos precisos sobre el femicidio para ejecutar políticas y prácticas efectivas (Duvvury et al., 2013).

Violencia de género

A lo largo de la historia, la violencia ha sido una constante innegable en la sociedad. Filósofos destacados, como Hegel, han sugerido que la “violencia se contrarresta con más violencia” (citado en López, 2012, p.58). Según Hillmann (2005, pp.1008-1009), la violencia, aunque a menudo se interpreta como una manifestación de agresividad, también puede ser vista como un medio, legítimo o ilegítimo, para establecer, mantener o cambiar relaciones de poder y dominación.

En 2002, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la violencia como el “uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona, o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, LO 1/2004, en su artículo uno, define la violencia de género como “el emblema más atroz de la desigualdad que prevalece en nuestra sociedad”. Esta forma de violencia se ejerce sobre las mujeres simplemente por su condición femenina, considerándolas seres privados de los derechos fundamentales de libertad, respeto y autodeterminación.

Kofi Annan, ex secretario general de las Naciones Unidas, ha afirmado que “la violencia contra las mujeres es quizás la violación de los derechos humanos más vergonzosa, y es quizás la más generalizada. No conoce límites de geografía, cultura o riqueza. Mientras continúe, no podemos afirmar que estamos avanzando realmente”.

¿Qué es el femicidio?

En el pasado, se empleaba el término “uxoricidio” para describir casos en los que las mujeres eran asesinadas por sus esposos, siendo los celos el motivo principal en la mayoría de las ocasiones. Este acto ha sido minimizado en muchas culturas, considerándolo un crimen de menor importancia, justificado por la supuesta obligación del esposo de actuar así en caso de adulterio (Pontón, 2009), lo que perpetúa la impunidad respaldada por una ideología conservadora y patriarcal.

El término “femicidio” fue introducido en el ámbito público por Diana Russell durante su intervención en el primer Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en 1976 (Contini, 2015). Russell definió el “femicidio” como el asesinato de una mujer. Esta definición se remonta al libro de John Corry de 1801, “Una visión satírica de Londres al comenzar el siglo 19” (Munevar, 2018).

Con el consentimiento de Russell, la antropóloga Marcela Legarde introdujo el término “feminicidio” en su traducción de las obras de Russell, argumentando que “femicidio” se refiere simplemente al acto de asesinar a una mujer, mientras que “feminicidio” es más adecuado para conceptualizar tanto el odio hacia las mujeres como la responsabilidad estatal en la generación de impunidad (Toledo, 2012). En 1990, Russell y Caputi definieron el “feminicidio” como el “asesinato de mujeres por hombres, motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad sobre las mujeres” (Russell & Harmes, 2006, p. 77).

El delito de femicidio fue reconocido y tipificado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador en 2014, artículo 141, estableciendo penas de veintidós a veintiséis años de prisión para quienes asesinen a una mujer como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia debido a su género (COIP; 2014).

Metodología

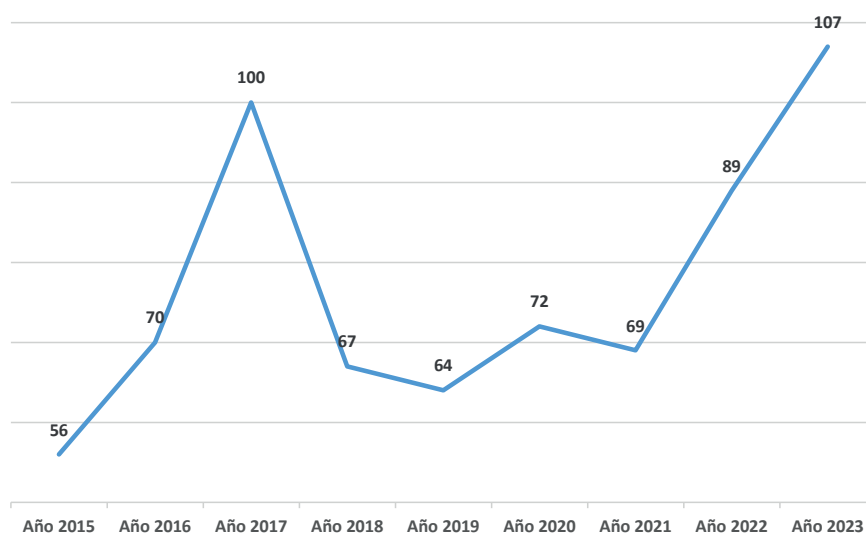
La metodología de este estudio se enmarca en un enfoque cualitativo y analítico-descriptivo, adoptando una perspectiva socio jurídica que permite una comprensión profunda de los fenómenos estudiados; se emplea el método exegético para interpretar con precisión los datos y la información recopilada, especialmente en el análisis de la normativa nacional e internacional.

Además, se utiliza la técnica de revisión bibliográfica, que implica el análisis crítico y sistemático de las publicaciones relacionadas con el tema de estudio. Esta técnica facilita la identificación, selección y síntesis de la información relevante de diversas fuentes, proporcionando un panorama completo y actualizado del tema investigado.

La revisión bibliográfica se centra específicamente en la normativa nacional e internacional y en las estadísticas generadas y adoptadas en Ecuador; este enfoque permite comprender el contexto y las tendencias actuales, así como identificar áreas de mejora o intervención en la prevención y el abordaje de la violencia de género y los femicidios en el país. Así mismo se accedió a la base de datos de la Dirección Nacional de Análisis de Información de la Policía Nacional, los criterios utilizados para seleccionar los casos de femicidio corresponden a las actas de levantamiento de cadáveres, siguiendo el procedimiento empleado por la Policía Nacional del Ecuador para registrar muertes violentas. Ahora bien, es importante tener en cuenta que la clasificación preliminar como femicidio puede depender del juicio y criterio del servidor policial que realiza el levantamiento de indicios y toma de versiones en el lugar del hecho; lo cual podría implicar que algunos casos de femicidio no hayan sido debidamente identificados y considerados en el estudio.

Resultados y discusión

Gráfico 1. Frecuencia de Femicidios 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

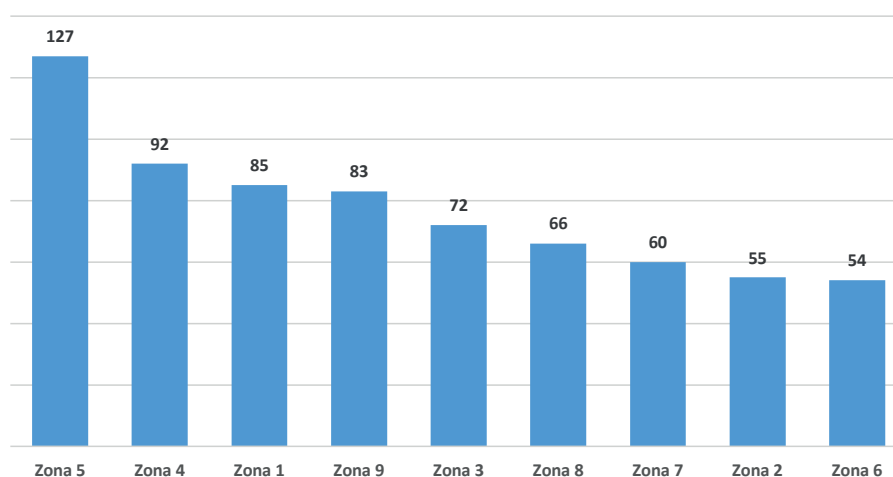
Elaborado por: Los autores

El análisis de la tabla que muestra el número de femicidios en Ecuador entre 2015 y 2023 revela una tendencia preocupante en la incidencia de esta forma extrema de violencia de género; se observa una variabilidad significativa en el número de femicidios a lo largo de los años, destacándose un aumento notable en 2017 seguido de una disminución en 2018; este cambio drástico podría estar influenciado por varios factores, como cambios en la legislación, políticas de prevención, y factores socioeconómicos y culturales (Gómez et al., 2019). No obstante, es necesario realizar un análisis más detallado para comprender plenamente las causas de estas fluctuaciones.

Es importante analizar el impacto de la pandemia de COVID-19 en la incidencia de la violencia de género, incluidos los femicidios. Si bien la tabla no incluye datos específicos para 2020 y 2021, informes internacionales y estudios han sugerido un aumento en la violencia doméstica durante los períodos de confinamiento y restricciones de movilidad (García, 2022); lo cual podría haber influido en los números registrados durante esos años, aunque se requiere una investigación más detallada para comprender completamente el impacto de la pandemia en los femicidios en el país.

A pesar de las fluctuaciones anuales, el análisis del total de femicidios durante el período revela una cifra alarmante de 694 casos. Este número subraya la persistencia y la gravedad de la violencia de género en Ecuador y la urgente necesidad de implementar políticas y programas efectivos de prevención y protección para las mujeres.

Gráfico 2. Femicidios por Zona 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

La consideración de las Zonas Administrativas de Planificación del Estado¹ proporciona un marco estructurado para comprender la distribución geográfica de los femicidios en Ecuador; estas zonas, delineadas en función de criterios administrativos y geográficos, permiten identificar patrones y tendencias significativas en la incidencia de violencia de género en el país (Senplades, 2012).

¹ De acuerdo a SENPLADES 2012, las Zonas Administrativas de Planificación del Estado, están organizadas de la siguiente manera: Zona 1, provincias de Esmeraldas, Carchi, Imbabura y Sucumbios. Zona 2, provincias de Pichincha (excepto el Distrito Metropolitano de Quito), Napo y Orellana. Zona 3, provincias de Pastaza, Cotopaxi, Tungurahua y Chimborazo. Zona 4, provincias de Manabí, Santo Domingo de los Tsáchilas. Zona 5, provincias de Guayas (excepto los cantones de Guayaquil, Durán y Samborondón), Los Ríos, Santa Elena, Bolívar y Galápagos. Zona 6, provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago. Zona 7, provincias de El Oro, Loja y Zamora Chinchipe. Zona 8, Distrito Metropolitano, Durán y Samborondón. Zona 9, Distrito Metropolitano de Quito.

Según datos recopilados por la Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional, la Zona 5 aparece como un área crítica en cuanto a la incidencia de femicidios en Ecuador. Esta zona se caracteriza por una alta densidad poblacional y una combinación de factores socioeconómicos que contribuyen a la persistencia de la violencia de género (García; 2022).

Asimismo, la Zona 4, que abarca provincias como Manabí y Santo Domingo de los Tsáchilas, también muestra una alta incidencia de femicidios, seguida de cerca por la Zona 1, que comprende provincias como Esmeraldas, Carchi, Imbabura y Sucumbíos. La presencia de estas condiciones socioeconómicas adversas puede crear un entorno propicio para la perpetuación de la violencia de género, incluidos los femicidios (Gómez, Rodríguez & Pérez, 2019). Análogamente la falta de recursos y servicios adecuados puede dificultar que las mujeres afectadas busquen ayuda y apoyo, lo que las deja en una situación de vulnerabilidad frente a la violencia doméstica y de género (ONU Mujeres, 2021).

Tabla 1. **Femicidios por Subzona 2015-2023**

SUBZONA	FRECUENCIA	FRECUENCIA ABSOLUTA ACUMULADA	FRECUENCIA RELATIVA	FRECUENCIA RELATIVA ACUMULADA
Distrito Metropolitano de Quito	83	83	11,96%	11,96%
Manabí	71	154	10,23%	22,19%
Guayas	67	221	9,65%	31,84%
Distrito Metropolitano de Guayaquil	66	287	9,51%	41,35%
El Oro	37	324	5,33%	46,69%
Los Ríos	34	358	4,90%	51,59%
Azuay	34	392	4,90%	56,48%
Cotopaxi	32	424	4,61%	61,10%
Pichincha	29	453	4,18%	65,27%
Esmeraldas	28	481	4,03%	69,31%
Tungurahua	24	505	3,46%	72,77%
Sucumbíos	23	528	3,31%	76,08%
Imbabura	22	550	3,17%	79,25%
Santo Domingo de los Tsáchilas	21	571	3,03%	82,28%
Orellana	20	591	2,88%	85,16%
Loja	19	610	2,74%	87,90%
Chimborazo	14	624	2,02%	89,91%
Santa Elena	13	637	1,87%	91,79%
Carchi	12	649	1,73%	93,52%
Bolívar	12	661	1,73%	95,24%
Morona Santiago	11	672	1,59%	96,83%
Cañar	9	681	1,30%	98,13%
Napo	6	687	0,86%	98,99%
Zamora Chinchipe	4	691	0,58%	99,57%
Pastaza	2	693	0,29%	99,86%
Galápagos	1	694	0,14%	100,00%

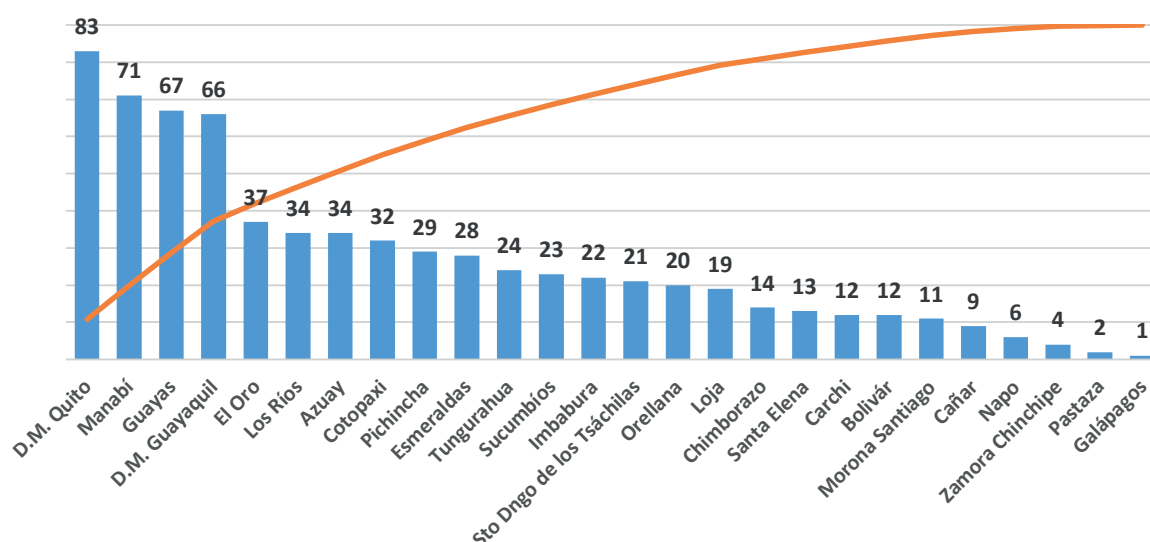
Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

El Distrito Metropolitano de Quito (DMQ) registra la mayor frecuencia absoluta de femicidios, con un total de 83 casos durante el período estudiado (Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional, 2024); este hallazgo está respaldado por investigaciones previas que han identificado a las áreas urbanas densamente pobladas como propensas a una mayor incidencia de violencia de género, incluidos los femicidios (Pérez, 2018).

Además, al observar la frecuencia relativa acumulada, se puede notar que las subzonas de Manabí, Guayas y el Distrito Metropolitano de Guayaquil (DMG) también tienen una alta incidencia de femicidios, representando conjuntamente más del 40% del total de casos registrados. Este fenómeno puede estar influenciado por una variedad de factores socioeconómicos, culturales y demográficos, como la densidad de población, los niveles de pobreza y la disponibilidad de recursos para la prevención y el apoyo a las víctimas (Gómez et al., 2019).

Gráfico 3. Análisis de Pareto Femicidios por Subzonas 2015-2023

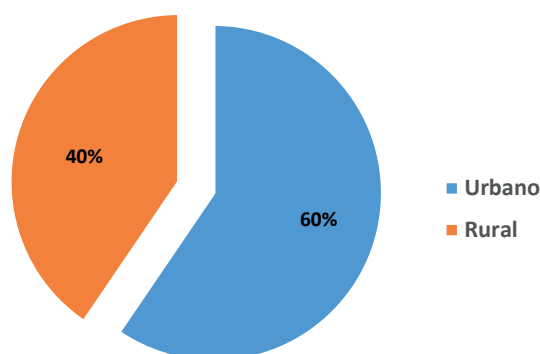


Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

Por otro lado, algunas subzonas muestran una menor incidencia de femicidios, como Napo, Zamora Chinchipe y Galápagos, dato que podría estar correlacionado con la menor densidad poblacional en dichas jurisdicciones.

Gráfico 4. Femicidios por área 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

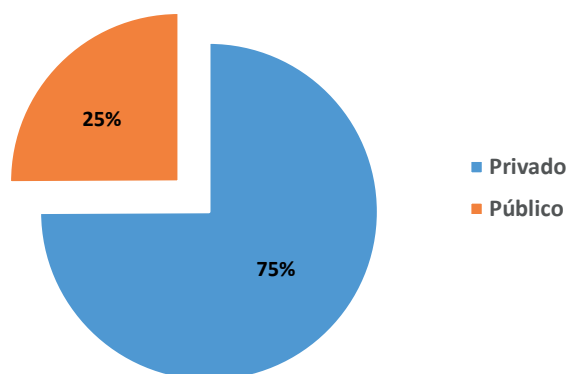
Elaborado por: Los autores

Se observa una marcada diferencia entre las áreas urbanas y rurales en cuanto a la incidencia de estos crímenes; los femicidios fueron más frecuentes en áreas urbanas, con un total de 413 casos registrados, en comparación con los 281 casos reportados en áreas rurales.

Esta disparidad en la incidencia de femicidios entre áreas rurales y urbanas puede explicarse por una serie de factores multifacéticos; en primer lugar, la densidad poblacional es considerablemente mayor en las áreas urbanas, lo que puede aumentar las oportunidades de interacciones violentas y conflictos intrafamiliares que pueden desembocar en femicidios (Vega & Capistrán, 2017). Además, las áreas urbanas suelen tener un nivel de desarrollo socioeconómico más alto y una mayor disponibilidad de servicios y recursos, como refugios para víctimas de violencia de género y servicios de atención psicológica y legal, lo que puede facilitar la denuncia y el acceso a la ayuda para las mujeres en situación de riesgo (Ministerio de Inclusión Económica y Social del Ecuador, 2020).

Por otro lado, las dinámicas sociales y culturales específicas de cada área también pueden influir en la incidencia de femicidios. Por ejemplo, en áreas rurales, donde pueden prevalecer normas patriarcales más arraigadas y un acceso limitado a servicios de apoyo, las mujeres pueden enfrentar mayores barreras para buscar ayuda y escapar de situaciones de violencia doméstica (Ruíz & Almeida, 2019).

Gráfico 5. Femicidios por tipo de entorno 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

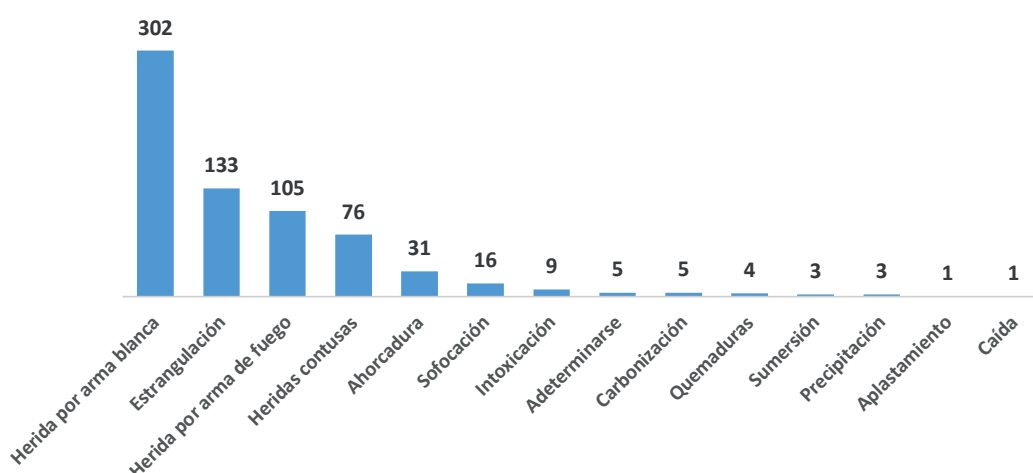
Elaborado por: Los autores

En el período de tiempo estudiado la mayoría de los femicidios ocurrieron en lugares privados, con un total de 520 casos, en comparación con los 174 casos registrados en lugares públicos; estas cifras resaltan la naturaleza íntima y doméstica de muchos femicidios, lo que sugiere que las mujeres enfrentan un mayor riesgo de violencia de género dentro de sus propios hogares o en entornos privados.

La prevalencia de los femicidios en lugares privados subraya la importancia de abordar la violencia doméstica y las relaciones de pareja violentas como factores clave en la violencia de género (García-Moreno et al., 2005).

No obstante, no debemos subestimar los femicidios que ocurren en lugares públicos; estos casos indican la presencia de violencia de género en espacios sociales más amplios y pueden estar relacionados con la violencia comunitaria o situaciones de riesgo público. Por lo tanto, es imperativo abordar la violencia de género en todos los ámbitos, tanto privados como públicos, mediante estrategias integrales que aborden las causas subyacentes y promuevan la seguridad y el bienestar de las mujeres en la sociedad (Cárdenas & Rodríguez, 2020).

Gráfico 6 Probable causa de muerte 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

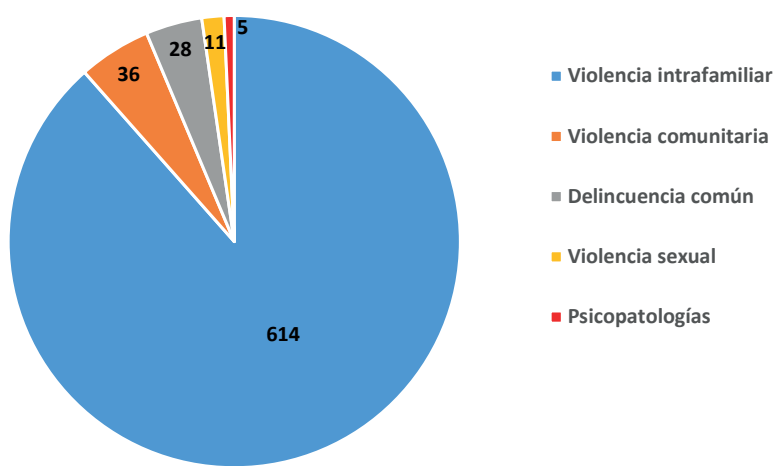
Elaborado por: Los autores

La herida por arma blanca fue la causa de muerte más común, representando el 44% de los casos registrados; la estrangulación, que representó el 19% de los casos de femicidios, también se recalca como una forma frecuente de agresión letal contra las mujeres; estos datos coinciden con estudios previos que han identificado la estrangulación como un método comúnmente utilizado en casos de violencia de género (Johnson, 2006).

En tercer lugar, la herida por arma de fuego representó el 15% de los femicidios registrados, lo que refleja el uso de armas de fuego como una forma de agresión letal en estos casos; esta información concuerda con investigaciones que han señalado el acceso a armas de fuego como un factor de riesgo significativo en la violencia de género (Campbell et al., 2003).

Las heridas contusas, que representaron el 11% de los casos, también son una manifestación relevante, destacando la aplicación de fuerza física directa como otra forma común de agresión en los femicidios. Además de estas causas principales, se observaron otros métodos menos comunes de perpetrar femicidios, como sofocación, ahorcadura, intoxicación, quemaduras y caídas; estos datos resaltan la diversidad de formas en que se perpetra la violencia mortal contra las mujeres y la necesidad de abordar esta problemática desde múltiples perspectivas (García-Moreno et al., 2005).

Gráfico 7. Presunta motivación de femicidio 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

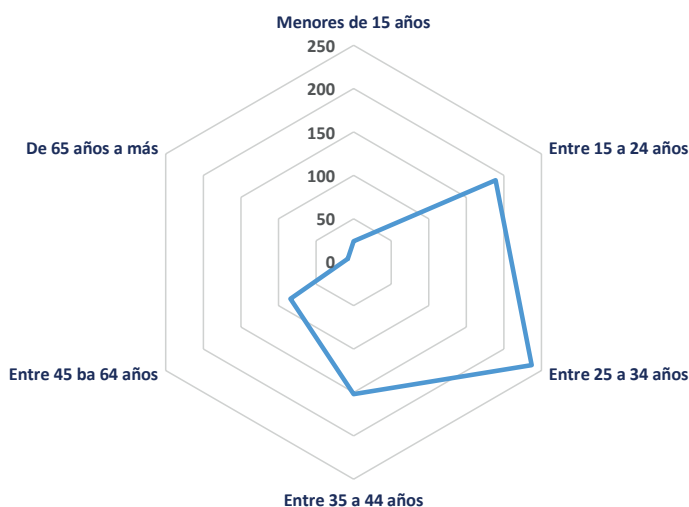
La violencia intrafamiliar se acentúa como la motivación más recurrente, con un total de 614 casos registrados; lo cual, resalta la alarmante prevalencia de la violencia de género dentro del ámbito familiar y pone de relieve la urgente necesidad de abordar esta problemática.

Adicionalmente, se acentúa una cifra significativa de femicidios asociados a la violencia comunitaria, con 36 casos documentados; esto podría estar relacionado a la existencia de conflictos o rivalidades dentro de las comunidades que desencadenan actos de violencia extrema dirigidos hacia las mujeres.

Asimismo, se han identificado femicidios presuntamente vinculados a la delincuencia común, con 28 casos registrados, así como a la violencia sexual, con 11 casos documentados, información que sugiere la presencia de situaciones en las cuales las mujeres son víctimas de actos violentos durante robos o agresiones sexuales.

Por otra parte, el informe también menciona 5 casos en los que se reportaron psicopatologías como presunta motivación para los femicidios; estos casos resaltan la necesidad de abordar la salud mental de manera integral y de garantizar el acceso a una atención adecuada para prevenir potenciales actos de violencia en el futuro.

Gráfico 8. Rango etario de las víctimas de femicidio 2015-2022



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

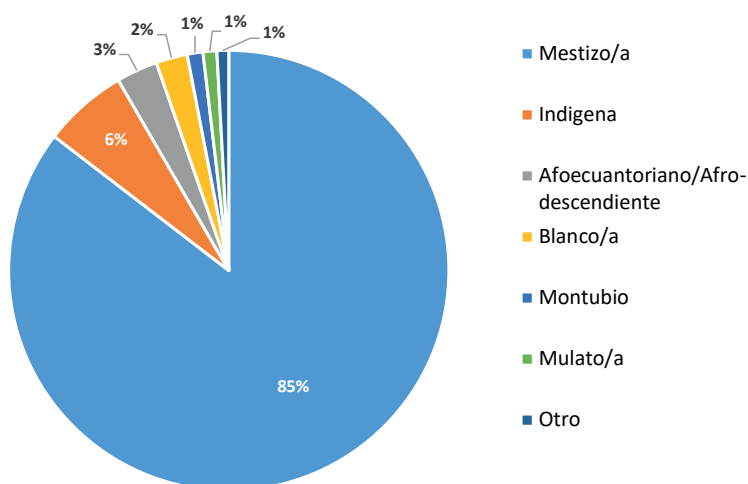
Elaborado por: Los autores

Las mujeres jóvenes y adultas jóvenes se encuentran en mayor riesgo de ser víctimas de este crimen; según los datos recopilados, las mujeres de entre 25 y 34 años representan la mayor proporción de víctimas, con un total de 237 casos, lo que constituye el 34% del total de los femicidios registrados en el país. Esta cifra es significativamente alta y denota la vulnerabilidad de este grupo demográfico frente a la violencia de género.

Además, se observa que las mujeres en las edades comprendidas entre 15 y 24 años, así como aquellas entre 35 y 44 años, también presentan una frecuencia notable de casos, con 189 y 152 femicidios respectivamente. Estas cifras representan el 27% y el 22% del total de víctimas, lo que indica una preocupante incidencia de este tipo de violencia en mujeres jóvenes y en la etapa adulta temprana.

En contraste, las mujeres en el rango de edad de 45 a 64 años y las mayores de 65 años son las menos afectadas, con 84 y 8 casos respectivamente. Aunque estas cifras pueden parecer alentadoras en comparación con los grupos demográficos más jóvenes, no deben subestimarse, ya que cada caso de femicidio representa una tragedia humana y un fracaso en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres en todas las etapas de la vida.

Gráfico 9. Etnia de las víctimas de femicidio 2015-2023



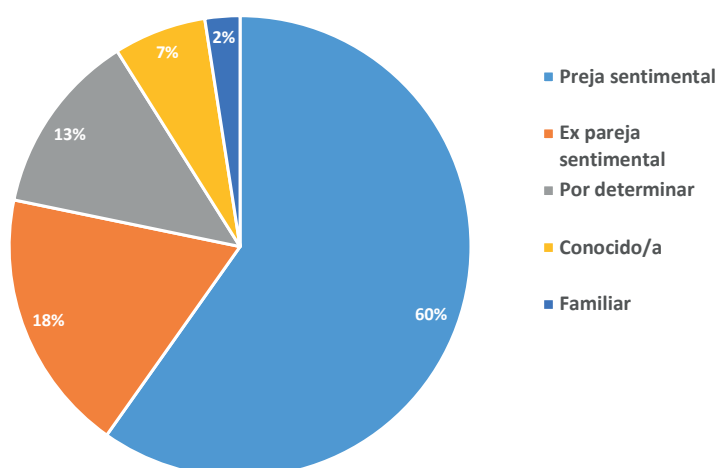
Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

La mayoría de las víctimas de femicidio en Ecuador eran mestizas, abarcando el 85% de los casos registrados; esto refleja la prevalencia de esta etnia entre las víctimas de este crimen, en correlación directa con la distribución étnica del país.

Asimismo, se observa una menor incidencia de víctimas pertenecientes a otras etnias, con un 6% de indígenas, un 3% de afrodescendientes y un 2% de blancas; adicionalmente, se identificaron casos de víctimas de etnias mulatas, montubias y asiáticas, aunque en proporciones aún más reducidas.

Gráfico 10. Relación del victimario con la víctima de femicidio 2015-2023



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

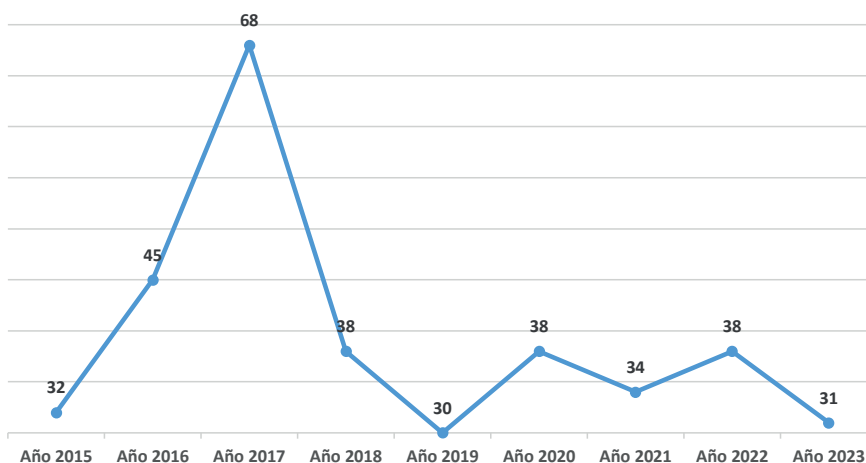
La mayoría de femicidios son perpetrados por la pareja sentimental de la víctima, lo que representa aproximadamente el 60% de los casos, lo cual es consistente con estudios previos

que han demostrado que la violencia doméstica es una de las principales causas de femicidio en América Latina (Ferrandiz et al., 2021).

Además, se ha registrado un número relevante de femicidios cometidos por ex parejas sentimentales, con 128 casos registrados en el último año; este dato subraya la necesidad de abordar la violencia de género no solo en el ámbito de la relación actual, sino también después de que la relación haya terminado.

La violencia de género no solo se presenta en el ámbito íntimo, sino también en otros contextos sociales; los datos recientes muestran que 45 casos de femicidio fueron perpetrados por conocidos de la víctima y 17 casos fueron cometidos por familiares. Es preocupante que se identificaron 89 casos en los que se desconoce la relación del victimario con la víctima, este dato indica la necesidad de una investigación más exhaustiva y una recopilación de datos más precisa para poder abordar adecuadamente el problema del femicidio en Ecuador.

Gráfico 11. **Detenidos por femicidio 2015-2023**



Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional; 2024

Elaborado por: Los autores

En términos generales se puede hablar de una correspondencia directa entre el número de femicidios y el número de detenidos en cada año. Por ejemplo, en 2017 se registró la mayor cantidad de detenidos por femicidio (68), sin embargo, no se verifica esta tendencia con el número de detenidos en el año 2023 donde existen 107 femicidios y sólo 31 detenidos por esta causa.

Este fenómeno puede sugerir la existencia de desafíos en la investigación y en la capacidad de identificar y detener a los responsables de los femicidios en el país (Ochoa, 2019). Además, es importante considerar que puede existir una brecha entre la cantidad de femicidios cometidos y la cantidad de casos que logran ser resueltos y llevar a los responsables ante la justicia (Dávalos & Martínez, 2020).

Es cardinal reconocer que el número de detenidos puede estar influenciado por diversos factores, como la efectividad de las investigaciones, los recursos asignados a la aplicación de la ley y otros elementos del sistema de justicia penal.

Tabla 2. **Etapas Jurídicas**

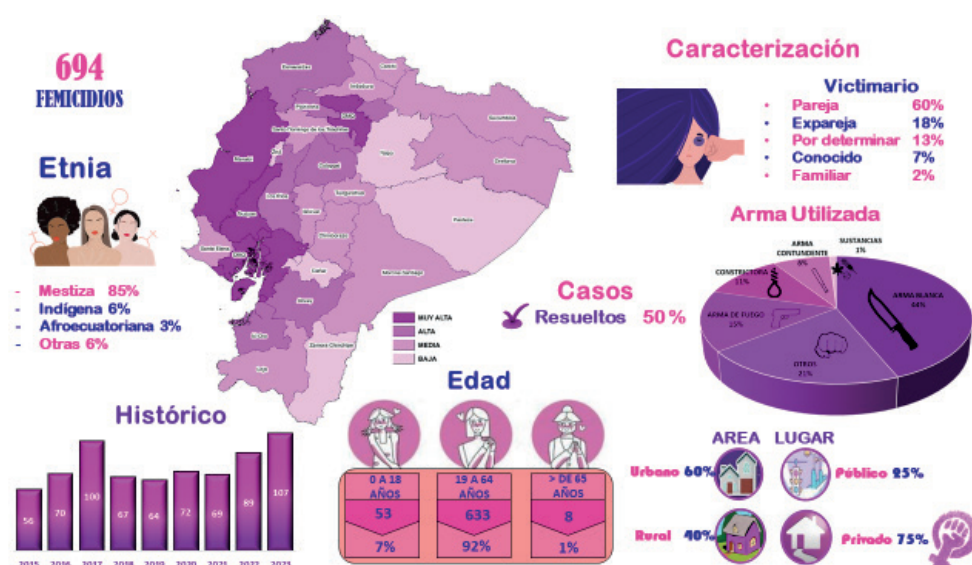
ESTADO DE LA CAUSA	# DE CASOS
Resuelta	345
Investigación previa	203
Juicio	40
Evaluación y preparatoria de juicio	30
Recurso de Casación	30
Recurso de Apelación	30
No específica	10
Instrucción fiscal	6

Fuente: Comisión Especial de Estadísticas de Seguridad Ciudadana y Justicia, 2024

Elaborado por: Los autores

Aproximadamente la mitad de los casos de femicidio registrados durante el período analizado se encuentran resueltos (Comisión Especial de Estadísticas de Seguridad Ciudadana y Justicia, 2023); lo cual representa un avance en la búsqueda de justicia para las víctimas y sus familias, ya que indica que se ha logrado identificar y capturar a los responsables en una proporción significativa de los casos. Pero aún persiste una proporción considerable de casos que se encuentran en etapa de investigación previa; esto insiste en la necesidad de fortalecer los esfuerzos de investigación y el sistema de justicia penal en el país, con el objetivo de mejorar la capacidad para identificar, procesar y llevar ante la justicia a los responsables de los femicidios.

La resolución de los casos de femicidio es esencial para garantizar la rendición de cuentas y prevenir la impunidad en estos crímenes (Dávalos & Martínez, 2020). Además, una mayor tasa de resolución puede contribuir significativamente a disuadir futuros actos de violencia de género y, en última instancia, proteger a las mujeres en riesgo en la sociedad ecuatoriana.

Infografía. **Femicidios Ecuador 2015-2023**

Fuente: Dirección de Análisis de la Información de la Policía Nacional

Elaborado por: Los autores

Es importante interpretar estos datos con precaución y considerar el contexto más amplio en el que se producen los femicidios; un enfoque multidisciplinario y basado en evidencia es fundamental para abordar eficazmente la violencia de género y proteger los derechos y la seguridad de las mujeres.

Para realizar un análisis más profundo, podríamos examinar las posibles causas detrás de las fluctuaciones en los números de femicidios; esto incluiría factores como cambios en las políticas públicas, programas de prevención y sensibilización, acceso a recursos y servicios de apoyo para las víctimas, así como factores socioeconómicos como el desempleo, la pobreza y la desigualdad de género.

Sería relevante investigar si esta tendencia también se reflejó en el número de femicidios en Ecuador durante los años 2020 y 2021, y cómo las medidas de respuesta gubernamentales y comunitarias afectaron esta situación.

Además, es importante contextualizar esta información dentro del marco más amplio de la violencia de género en Ecuador y en la región latinoamericana en general; esto podría incluir comparaciones con otros países de la región, análisis de tendencias a lo largo del tiempo y consideraciones sobre el impacto de factores culturales, políticos y económicos en la violencia de género.

Conclusiones

- Las creencias culturales arraigadas y los estereotipos de género pueden obstaculizar la denuncia de la violencia y la búsqueda de apoyo. La presión social para guardar silencio puede representar un desafío significativo para las víctimas, especialmente para las niñas y adolescentes; los factores sociodemográficos influyen en las cifras, los datos analizados revelan una alta incidencia de femicidios durante el período 2015-2023. (694 de casos femicidios)
- El análisis de las edades de las víctimas muestra que las mujeres jóvenes y adultas jóvenes, en particular aquellas entre 15 y 34 años, son las más afectadas por los femicidios. La responsabilidad de prevenir la violencia y proteger a niñas, niños y adolescentes en riesgo recae en sistemas especializados; pero la falta de coordinación entre distintos organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales que forman parte de estos sistemas debilita su eficacia en la implementación de políticas y programas.
- Los femicidios tienden a ocurrir con mayor frecuencia en lugares privados, lo que pone de manifiesto la necesidad de abordar la violencia doméstica y las relaciones de pareja violentas como factores clave en la violencia de género.
- Si bien se ha logrado un porcentaje considerable de resolución de los casos, todavía existen casos sin resolver; lo cual subraya la necesidad de fortalecer los mecanismos de investigación y persecución de los responsables, así como mejorar la cooperación interinstitucional y los recursos asignados a la justicia para lograr una mayor justicia y rendición de cuentas.

- La configuración geográfica de Ecuador, con zonas rurales distantes y comunidades aisladas, puede dificultar que las víctimas de violencia de género, en particular niñas y adolescentes, accedan a servicios de ayuda y atención médica.
- Las disparidades geográficas en las cifras de femicidios, con zonas como la 5 (Guayas, Los Ríos, Santa Elena, Bolívar y Galápagos) mostrando números más altos, evidencian la urgencia de políticas contextualizadas que consideren las particularidades de cada región, la concentración en áreas críticas como Distrito Metropolitano de Quito, Guayas, Manabí, Distrito Metropolitano de Guayaquil y Azuay es básica.
- El hecho de que la violencia intrafamiliar sea la motivación principal detrás de los femicidios, representando la gran mayoría de los casos, respalda la sugerencia de considerar las dinámicas de pareja y familiares desde una perspectiva de prevención y respaldo a las víctimas; similar atención merece discurrir en que la mayoría de los asesinatos de mujeres en razón de su género se den en áreas urbanas, dato importante para estrategias de prevención específicas que tengan en cuenta los desafíos y dinámicas urbanas, como la movilidad y el acceso a servicios de asistencia.
- La presencia de femicidios cometidos por ex parejas sentimentales indica que las mujeres pueden seguir en riesgo incluso después de terminar una relación, las políticas deberían eventualmente advertir este período de vulnerabilidad y proporcionar respaldo continuo, asimismo la falta de correspondencia directa entre el número de femicidios y el número de detenidos apuntan a desafíos en la investigación y en la capacidad de llevar a los responsables ante la justicia; el porcentaje de resolución de casos, aunque positivo, también resalta la necesidad de fortalecer los esfuerzos de investigación y el sistema de justicia penal.
- Es importante recalcar la necesidad de realizar un estudio más profundo de los factores generadores de este tipo de violencia, lo que nos permitirá aportar en la generación de políticas públicas que involucren a los diferentes actores de la sociedad para prevenir y educar, así como para mejorar la respuesta estatal ante el cometimiento de estos delitos evitando la impunidad de sus actores.

Bibliografía

- Organización de las Naciones Unidas Women. (2021). ¿Qué es la Violencia de Género? <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>
- Asamblea Nacional República del Ecuador. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador.
- Contini, V. E. (2015). Femicidio: una forma de extrema violencia contra la mujer. Dossier: Violencia contra las personas, 172-177.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. (1993). 20 años trabajando por tus derechos. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
- Decreto Ejecutivo Presidencial de la República del Ecuador. (2018). *Reglamento Ley Prevenir y Erradicar La Violencia Contra las Mujeres*. Quito: Registro Oficial Suplemento 254.

- Asamblea Nacional (2018). Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. Quito: Registro Oficial.
- Munevar, D. (2018). DELITOS DE FEMICIDIO Y FEMINICIDIO EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. *Revista Brasileira de Sociología del Delito*, 46-72.
- Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial No. 180 - Quito Ecuador.
- Heise, L. L., Pitanguy, J., & Germain, A. (1994). Violencia contra las Mujeres: La Carga de Salud Oculta. Documentos de Discusión del Banco Mundial, (255).
- UNODC. (2018). Estudio Global sobre el Homicidio: Asesinato Relacionado con el Género de Mujeres y Niñas. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
- Russell, D., & Harmes, R. (2006). Femicidio: una perspectiva global. México: CEIICH-UNAM.
- Toledo, P. (Julio de 2012). La tipificación del femicidio / feminicidio en países latinoamericanos: Antecedentes y primeras sentencias (1999-2012) [Tesis Doctoral]. Barcelona, España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Figuerola M. M. Hermoza (2020) La Violencia a la Mujer Una Negación a una Negación al Derecho de una Vida Digna Pontificia Universidad Católica de Ambato.
- Almeida, S. (2020). El enfoque de género en la prevención y erradicación de la violencia de género en Guayaquil. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 22(2), 35-52.
- Alvarado, L. (2019). Programa “Amiga, ya no estás sola”: Una experiencia de atención integral a mujeres víctimas de violencia de género en Guayaquil. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 21(1), 113-130.
- Campbell, J. C., Webster, D. W., Koziol-McLain, J., Block, C., Campbell, D., Curry, M. A., ... & Sharps, P. (2003). Factores de riesgo de femicidio en relaciones abusivas: Resultados de un estudio de casos y controles multisitio. *Revista Americana de Salud Pública*, 93(7), 1089-1097.
- Cárdenas, A., & Rodríguez, M. (2020). Factores de riesgo y protectores asociados a los femicidios en Ecuador. *Revista de Estudios de Género*, 7(2), 89-102.
- Carrillo, M. (2016). Violencia contra las mujeres en Ecuador: Un análisis de las políticas públicas implementadas en los últimos años. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 18(2), 111-132.
- Dávalos, P., & Martínez, E. (2020). Femicidio en el Ecuador: situación actual y desafíos. *Revista de Derecho (Quito)*, 13(2), 32-46.
- Duvvury, N., Callan, A., Carney, P., & Raghavendra, S. (2013). Violencia de Pareja Íntima: Costos Económicos e Implicaciones para el Crecimiento y Desarrollo. El Banco Mundial.
- Ferrándiz, F., Florez-Morris, D. y López-Jácome, A. (2021). Femicidio de pareja íntima en América Latina: una revisión sistemática. *Agresión y comportamiento violento*, 53, 101137.
- García, A. (2022). Impacto de la pandemia de COVID-19 en la violencia de género en Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, 15(2), 45-62.
- García-Moreno, C., et al. (2005). Estudio multinacional de la OMS sobre la salud de la mujer y la violencia doméstica contra las mujeres: Resultados iniciales sobre prevalencia, consecuencias para la salud y respuestas de las mujeres. Organización Mundial de la Salud.
- Gómez, A., Rodríguez, M., & Pérez, L. (2019). Factores asociados a la variabilidad en las tasas de femicidios en América Latina. *Revista Latinoamericana de Estudios de Género*, 5(2), 87-104.

- Gómez, L., & García, R. (2018). El papel de las organizaciones de la sociedad civil en la prevención del femicidio en Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, 14(2), 67-82.
- Johnson, M. P. (2006). Conflicto y control: simetría y asimetría de género en la violencia doméstica. *Violencia contra la mujer*, 12(11), 1003-1018.
- López, J., & Pérez, S. (2021). Análisis de políticas públicas de género y su impacto en la disminución de femicidios en América Latina. *Revista de Política y Sociedad*, 30(2), 87-104.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social del Ecuador. (2020). Informe Anual sobre Violencia de Género. Recuperado de <file:///C:/Users/hp/Downloads/Informe%20de%20situaci%C3%B3n%20de%20la%20violencia%20basada%20en%20g%C3%A9nero%20en%20Ecuador%202023.pdf>
- Ochoa, L. (2019). Análisis de la eficacia de la investigación de los femicidios en el Ecuador. *Revista de Seguridad Ciudadana*, 7(1), 45-58.
- ONU Mujeres. (2021). Impacto de la pandemia de COVID-19 en la violencia contra las mujeres. Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2021/3/compilation-how-covid-19-is-changing-the-world-a-compilation-of-expert-analysi>
- Ortega, D., & Varela, L. (2018). Evaluación de impacto del Plan Nacional contra la Violencia de Género en Ecuador. Instituto Nacional de Estadística y Censos. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Sociedad/2018/Marzo2018/CSM_05.pdf
- Pérez, J. (2018). Urbanización y violencia contra las mujeres en América Latina: Un estudio de caso de Quito, Ecuador. *Revista Internacional de Sociología y Política Social*, 38(11-12), 938-953. DOI: 10.1108/IJSSP-09-2017-013
- Rivadeneira, J. (2019). La violencia de género en el Ecuador: Un análisis desde la perspectiva de género. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 21(1), 91-112.
- Rodríguez, S., & López, E. (2020). Evaluación de la efectividad de las políticas de género en la prevención del femicidio en Ecuador. *Revista Latinoamericana de Criminología*, 12(2), 78-92.
- Ruíz, M., & Almeida, L. (2019). Diferencias en las experiencias de mujeres rurales y urbanas frente a la violencia de género en Ecuador. *Revista de Estudios de Género*, 6(2), 89-102.
- Vega, D., & Capistrán, M. A. (2017). Factores de riesgo y protectores asociados a la violencia de género en mujeres de zonas urbanas y rurales de Lima Metropolitana. *Revista Peruana de Epidemiología*, 21(2), 106-115.

Capítulo 2

FEMICIDIO, MÁXIMA EXPRESIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, UNA PROBLEMÁTICA LATENTE EN ECUADOR

Maritza Elizabeth Ochoa Ochoa
Universidad Técnica Particular de Loja
meochoa@utpl.edu.ec

Resumen

La presente investigación, pretende exponer, una problemática social que tiene un gran impacto global, la cual ha cobrado auge en los últimos años como es la violencia contra la mujer de la cual deriva el femicidio, pese a tener un gran impacto en la sociedad, aún sigue siendo una problemática desmerecida. El femicidio es dar muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, este delito se tipificó en Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014, esta problemática representa un riesgo mortal para las mujeres por su condición, y los factores que desencadenan esta situación están relacionados con la iniquidad de género, la cultura patriarcal, los diferentes tipos de violencia entre ellas la estructural, física y familiar, dentro de las cuales se concibe al femicidio. Es evidente el esfuerzo del estado a través de sus instituciones en generar instrumentos normativos, para mitigar esta problemática, pero lamentablemente las cifras de femicidio cada vez van en aumento. El objetivo planteado dentro de este estudio fue el de analizar el femicidio como la manifestación extrema de violencia contra la mujer, desde una perspectiva socio jurídica bajo un enfoque cualitativo, aplicando el método descriptivo y exegético, con la técnica de la revisión bibliográfica con la finalidad de mostrar la información obtenida que de cuenta sobre la normativa nacional e internacional y las estadísticas que se han generado y adoptado en Ecuador para mitigar esta problemática. De manera general se concluye que falta la aplicación de medidas preventivas reales para ejecutar un sistema de alerta temprana con acciones y estrategias viables para proteger a las víctimas de violencia y prevenir el cometimiento de femicidios.

Palabras clave: violencia contra la mujer, violencia de género, femicidio.

Abstract

The present investigation aims to expose a social problem that has a great global impact, which has gained momentum in recent years, such as violence against women from which femicide derives, despite having a great impact on society. It still remains an unwhoorty of problem.

Femicide is the killing of a woman because she is a woman. This crime was classified in Ecuador in the Comprehensive Organic Penal Code (COIP) in 2014. This problem represents a mortal risk for women due to their condition, and Factors that trigger this situation are related to gender inequality, patriarchal culture, different types of violence, including structural, physical and family violence within which femicide is conceived. The effort of the state through its institutions to generate regulatory instruments to mitigate this problem is evident, but unfortunately the

numbers of femicide are increasing. The objective set within this study was to analyze femicide as the extreme manifestation of violence against women, from a socio-legal perspective under a qualitative approach, applying the descriptive and exegetical method, with the bibliographic review technique with the purpose to show the information obtained that accounts for national and international regulations and the statistics that have been generated and adopted in Ecuador to mitigate this problem. In general, it is concluded that there is a lack of application of real preventive measures to execute an early warning system with viable actions and strategies to protect victims of violence and prevent the commitment of femicides.

Keywords: violence against women, gender violence, femicide.

Introducción

En este trabajo se pretende analizar la problemática de la violencia contra la mujer (VCM) que se vive dentro de las familias en Ecuador, una asunto latente marcado por estereotipos y asunción de roles, como lo señala Ojeda, “el rol de varón es de trabajar en la esfera pública por su rol de proveedor, en cambio es un deber moral de la mujer hacerse cargo de los quehaceres domésticos y criar a los hijos” (Ojeda, 2010, p. 88), de esta forma se deja rezagado el protagonismo de la mujer en la esfera social a quienes se les asigna actividades de índole domésticas y de crianza de hijos, limitando su desarrollo en otros espacios o ámbitos como trabajo, educación, etc., este proceso discriminatorio se caracteriza por ejercer violencia contra las mujeres, sin ningún tipo de distinción por clase o condición social, esta violencia que se perpetra en el seno de la familia y lo cual acarrea diversas problemáticas y trastornos físicos y psicológicos para las víctimas, es necesario comprender la definición de violencia, la misma que emana del “latín *violentus*, proviene de *vis* que significa fuerza y de *olentus* que significa abundancia, es decir, el que actúa con mucha fuerza” (Etimología de violencia, s/f). En este mismo sentido dando una definición de forma general, se entiende que la violencia, es el “uso intencionado de la fuerza física en contra de un semejante con el propósito de herir, abusar, robar, humillar, dominar, ultrajar, torturar, destruir o causar la muerte” (Rojas, 1995, p. 11).

Se determina que dentro del ámbito familiar o de pareja, se identifican relaciones de poder que se distinguen en la sociedad entre hombres y mujeres, a partir de esto, se define a la VCM, como “la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetua la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a los masculino” (Rico, 1996, p. 8).

Es necesario comprender que el ejercicio de la VCM se efectúa por el solo hecho de ser mujeres, y debido a los cambios sociales, a protestas femeninas, se ha conseguido determinar instrumentos internacionales y nacionales de protección a las víctimas de violencia.

En el presente trabajo de manera general se abordan el tema de la definición de la violencia dentro del conflicto, puesto que efectivamente el conflicto es algo intrínseco dentro de la naturaleza humana, y debido a la forma de resolución que se adopte para el mismo es que emergen prácticas violentadoras en la mayoría de los casos.

Igualmente se hace un análisis de los diferentes tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, como la CEDAW, Belem Do Para, entre otros, ya que la problemática ha sido una constante preocupación para el mundo en general y por ello la necesidad de tomar acciones y determinar mecanismos de acción para que sean los estados los que garanticen y defiendan los derechos de las mujeres, niñas, y adolescentes que son víctimas de violencia.

A este tenor, se establece un análisis en una línea de tiempo, sobre el marco jurídico ecuatoriano y cómo han ido evolucionando las normas y el reconocimiento de los derechos para las víctimas de violencia dentro del contexto nacional, tomando como base los instrumentos internacionales, es importante recalcar que tan solo en el año 2014 se logró tipificar el delito de femicidio y las contravenciones sobre violencia intrafamiliar, sin embargo, esto no ha frenado el cometimiento de estos hechos ilícitos, por lo cual ha sido necesario determinar las medidas de protección, y acciones urgentes tanto administrativas como judiciales, y se cuenta con un sistema de alerta temprana para monitorear los casos de riesgos que enfrentan las niñas, jóvenes adolescentes y mujeres, pero aún se debe seguir aunando esfuerzos para trabajar de forma coordinada entre las instituciones de seguridad y atención a víctimas de violencia para de alguna forma mitigar esta problemática.

Finalmente se determinan las conclusiones, siendo importante comprender que la violencia está presente, y que hay formas de resolución que se pueden aplicar para solventar conflictos dentro del seno familiar, para ello se identifica la necesidad de impulsar procesos de formación para educar sobre el tema de violencia y resolución de conflictos a la sociedad en general, pese a que se cuenta con un marco normativo, es necesario mejorar el sistema de alerta temprana con un monitoreo más ágil para evitar el cometimiento de femicidios y también los procesos de reparación a las víctimas de violencia.

Contextualización de la Violencia

La violencia es el acto repudiable que va en contra de una cultura de paz, es sin duda, la forma más utilizada para la resolución de conflictos en los cuales emerge la diferencia de poder entre los involucrados.

Bajo esta perspectiva, la Organización Mundial de la Salud OMS, ha manifestado que la violencia “es el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte” (OMS, s/f). En esta definición general no se hace distinción alguna de quien es la víctima puede ser cualquier persona, pero en nuestro estudio justamente nos centraremos en exponer la VCM por el hecho de ser mujer.

Es importante tomar en cuenta lo que señaló en su momento uno de los pacifistas más reconocidos, Mahatma Gandhi, quien manifestaba que ninguna persona está libre de violencia, porque esta es una característica natural de las personas, pero se puede analizar si la presencia de violencia se da en menor o mayor grado según el contexto en la cual se desarrolla (Merton, 2000, p. 43).

De la misma forma, uno de los estudiosos actuales de la violencia, Johan Galtung, al exponer sobre el tema, señala “los seres humanos se ven influidos de tal manera que sus relaciones afectivas, somáticas y mentales están por debajo de sus realizaciones potenciales” (Galtung, 1985, p.35). En este sentido, el autor determina una clasificación de la violencia en directa, cultura y estructural, definida como el triángulo de la violencia (Galtung, 1998, p.15). Galtung, manifiesta que la violencia directa, que puede ser física, verbal o psicológica; la violencia estructural, aquella que se encuentra de forma específica en los sistemas sociales, políticos y económicos que gobiernan las sociedades, los estados y el mundo; mientras que la violencia cultural es la relacionada con los aspectos de la cultura en el que se toma en cuenta el sentido

simbólico en la sociedad como la religión, ideología, lengua, arte, ciencias empíricas y ciencias formales –lógica, matemáticas– símbolos: cruces, medallas, medias lunas, banderas, himnos, desfiles militares, etc.; y dan paso a que se legitime la violencia directa o estructurada (Galtung, 1998).

Como podemos analizar, en las definiciones anteriores, existen algunos elementos que se identifican en la violencia, como son “el uso de la fuerza por parte de alguien; el daño; recibir dicho daño por una o varias personas; la intencionalidad del daño; el propósito de obligar a la víctima a dar o hacer algo que no quiere” (Martínez, 2016, pp. 9-10). Es entonces que estos elementos se enfocan en describir un tipo de violencia física que se percibe, que se puede ver, pero en la realidad, hay violencia que está latente y no se la identifica claramente.

Según esta clasificación, en el desarrollo de las relaciones interpersonales dentro del seno familiar, se puede afirmar que en el contexto ecuatoriano se aplican los tres tipos de violencia, la propia cultura de la sociedad ha dado paso a que la mujer o las personas con menos poder dentro de una relación sean violentadas de diversas formas, incluso se puede considerar que dentro del estado las prácticas violentadoras son tan comunes que no se las percibe como tal, por ello es necesario distinguir la violencia de género que aplica para los entornos de relaciones familiares.

Violencia de género

El concepto de violencia de género, cada vez, es más debatido en las sociedades, y Ecuador no escapa de esta, puesto que, a diario se conocen mediante los medios de comunicación local e internacional de los actos repudiables y el cometimiento de delitos perpetrados contra personas por cuestiones de género, lo cual merece especial atención por parte de los Estados y se requiere la toma de medidas urgentes que permitan al menos mitigar este tipo de violencia.

Para poder contextualizar la violencia de género, vale la pena hacer un análisis sobre lo que comprendemos como género, pues, históricamente, este se ha relacionado con las características sexuales biológicas de las personas, haciendo énfasis en diferenciar de manera física y biológica dentro de la sociedad en cuanto al reconocimiento del hombre y la mujer como tal.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPi), en el año de 1998, plantea una definición sobre el género en el Art. 7 numeral 3, “género, se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998. p.6). Manteniendo el mismo enfoque basado en las características que distinguen lo masculino de lo femenino.

Sin embargo, se establece que el reconocimiento de lo biológico entre hombre y mujer está relacionado con sexo, mientras que el género enfoca “aquellas diferencias que tiene una dimensión social y cultural” entre hombres y mujeres dentro de la sociedad, este concepto se desarrolla mediante una construcción social, en la cual existen diferencias que se propagan dentro de una dimensión social y cultural. (Gil y Lloret, 2007, p.14).

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) el “género se entiende como los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres” (OMS, s/f), analizando esta definición, se refiere a los diferentes roles que pueden adoptar tanto hombres como mujeres, dependiendo

lo que la sociedad determine como propio para cada uno. En este sentido, también se considera que “las personas nacen con sexo masculino o femenino, pero aprenden a ser niños y niñas que se convierten en hombres y mujeres. Este comportamiento aprendido compone la identidad de género y determina los papeles de los géneros” (OMS, 2002, p. 5), es justamente cuando esos comportamientos con base a la identidad de género no son aceptados dentro de la sociedad, por la existencia de estereotipos y dan paso a la desigualdad y a diferentes conflictos por evidenciar relaciones inequitativas que toman como referencia esas diferencias biológicas y emergen en el entorno social en el cual se desarrollan.

La autora Lamas, enfoca la relación que existe entre el género y la cultura, puesto que “la nueva acepción de género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres”. (Lamas, 2000, p. 3).

Es momento de precisar lo que se comprende como violencia de género, en párrafos anteriores Galtung exponía que hay tipos de violencia que se encuentran legitimadas dentro de la sociedad que su práctica es cotidiana, que el mismo estado lo permite porque en el entramado cultural es algo normal, y este tipo de violencia es la simbólica y según Bourdieu la define como: “una violencia que se ejerce con la complicidad tácita de quienes la padecen y también, a menudo, de quienes la practican en la medida en que unos y otros no son conscientes de padecerla o de practicarla” (Bourdieu, 1997, pp. 21-22).

La violencia de género es violencia simbólica, existe la intención de causar daño y su práctica es implícita, ni siquiera hay conciencia entre la víctima y el agresor, pues por el tema cultural es evidente la dominación del hombre sobre la mujer y es algo asumido, en este sentido la mujer se encuentra sometida al poder que el hombre ejerce, por ello, es muy difícil intervenir cuando la persona que la sufre no realiza nada para tratar de evitarla.

Como vemos, reluce en este concepto la cultura patriarcal tomado en cuenta que el rol del hombre se enmarca como el jefe de hogar, el que trabajada fuera de casa, para poder solventar las necesidades económicas de la familia, igualmente reluce la idea del machismo, entendiéndose como “un conjunto de creencias, actitudes y conductas que descansan sobre dos ideas básicas: por un lado, la polarización de los sexos, es decir, una contraposición de lo masculino a lo femenino, según lo cual no solo son diferentes sino mutuamente excluyentes; y, por otro lado, la superioridad de lo masculino en áreas consideradas importantes por los hombres” (Castañeda, 2007, p. 23), en cambio, bajo esta misma óptica, el rol de la mujer está desvalorizado por el hecho de que biológicamente es dadora de vida y por ende sus tareas están delimitadas al cuidado y crianza de los hijos.

Se debe señalar que hay definiciones de tipos de violencia asociados al de género como la violencia doméstica y bajo el mismo análisis, señalan que “la violencia doméstica es el extremo más dramático de la violencia estructural que padecen las mujeres, pero para erradicar dicha agresión hay que explicitar y exterminar antes otras formas de violencias provenientes de la única, o mejor, la principal: la estructural” (Gil, 2007, p. 14)

Finamente expongo la definición que mantiene ONU Mujeres sobre la violencia de género, que la señala como “los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas debido a su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas. El término se utiliza principalmente para subrayar el hecho de que las diferencias estructurales de poder basadas en el género colocan a las mujeres y niñas en

situación de riesgo frente a múltiples formas de violencia...” (ONU Mujeres, s/f), pues este tipo de violencia es abominable en toda sociedad, por la desigualdad en el reconocimiento de derechos y por la cultura que marca estereotipos y patrones que determinan lo correcto e incorrecto sin tomar en cuenta la dignidad del ser humano.

En este proceso se han gestado varios movimientos feministas que han tenido como propósito buscar la igualdad dentro de la sociedad, y reivindicar los derechos de las mujeres, pero, ¿que entendemos por feminismo?, no es solamente un término de moda creado por un grupo de mujeres rebeldes en protesta por un mundo mejor, pues se concibe que el feminismo es “un humanismo, es la lucha por el reconocimiento de las mujeres como sujetos humanos y sujetos de derechos, es y ha sido siempre la lucha por la igualdad entre los dos sexos” (De Miguel, 2015, p. 27). Las exigencias feministas en sus inicios se postularon para la búsqueda de la igualdad en el reconocimiento de los derechos sociales, en cuanto a la participación en la sociedad, reconocimiento de los derechos políticos, acceso a la educación, porque de esta forma la mujer tendría la oportunidad de desenvolverse en igualdad de condiciones que las del hombre dentro del entorno. A mediados del siglo XIX, debido a la precarización de la mano de obra masculina, se da paso también a la contratación masiva de mujeres en la industria, aunque su remuneración era menor a la que percibía el hombre” (De Miguel, 2015).

Una famosa filósofa, Simone de Beauvoir, quien analizaba la condición de inferioridad de la mujer y manifestó “no se nace mujer; se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica como femenino. Solo la mediación de un ajeno puede constituir a un individuo en otro” (Beauvoir, 2008, p. 371). La lucha de las feministas, afirmaban que hombres y mujeres tienen las mismas capacidades y pueden estar presentes en el ámbito científico, político y económico, pueden ser líderes, en este sentido, se oponían a las prácticas de sumisión a las que se veían expuestas desde el seno de la familia, en el Estado.

Y por estas grandes luchas feministas se han marcado hitos en la historia, al conseguir el reconocimiento de derechos, resultado de ello, ha sido la generación de diversos instrumentos jurídicos con el afán de mitigar y eliminar la violencia ejercida sobre las mujeres por el único hecho de serlo.

Contextualización de Femicidio

Existe un debate respecto a la contextualización del femicidio, Legarde, consideraba que femicidio, únicamente se refiere a una voz homóloga a homicidio que significa homicidio de mujeres (Legarde, M.; 2008: 216). En esta definición solamente identifica como un atributo diferenciando el sexo de las víctimas, pero no analiza las motivaciones y las responsabilidades objetivas de prevención y protección frente a la violencia de género. Sugiere la autora el termino feminicidio para establecer una responsabilidad extracontractual del Estado ya sea por acción o por omisión en las cuales están de por medio prácticas culturales, evidenciando discriminación a las mujeres, por ello el estado debe generar mecanismos viables para prevenir, proteger, garantizar y restituir los derechos de las mujeres víctimas de este delito” (Citado en Mocada, A, 2018).

Por otra parte, Russel señala que el femicidio es una forma encubierta de violencia extrema contra la mujer y lo define como el “el asesinato de mujeres por hombres, por el hecho de ser mujeres” (Russell & Harmes; 2001)

El femicidio, se constituye en la máxima expresión de violencia contra la mujer, esta problemática está latente en varias sociedades, y como medidas adoptadas por los estados se ha generado normativa y se ha tipificado este delito, para de alguna manera amparar la integridad y la vida de las mujeres. (Chávez, 2014).

En algunas sociedades, la problemática del femicidio está naturalizada, por los hombres ya que tienen una legitimación para actuar de esta manera y su conducta es asumida de manera normal dejando de lado una sanción o una crítica, comúnmente ocurre en sociedades machistas como lo señala (Amenabar, 2010). El cometimiento de este delito en el mundo da cuenta que, la violencia contra las mujeres es una problemática social y generalizada, tiene como causas las relaciones en las cuales se idéntica desigualdad de género, así como la permisibilidad de la sociedad a esa violencia. (Cardoso, 2019).

Para Carcedo, la violencia contra la mujer se presenta como un riesgo mortal puesto que se vincula estrechamente con las muertes violentas y evitables de mujeres con su condición de subordinación y discriminación dentro del orden patriarcal en que se cimentan nuestras sociedades. (Carcedo, Comisión de transición hacia el consejo de las mujeres y la igualdad de género 2011)

Al analizarse las circunstancias en las cuales se comente el delito del femicidio, Trujillo señala:

1. Una pretensión infructuosa de establecer o reestablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
2. Mantener o haber mantenido con la víctima en la época de perpetuación del hecho relaciones familiares, conyugales, de convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
3. Resultado de la reiterada manifestación de violencia contra la víctima.
4. Como resultado de ritos grupales.
5. Por menosprecio al cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o metiendo actos de mutilación.
6. Por misoginia. (Trujillo, 2011, p. 133)

En Ecuador en el año 2012, se inició el requerimiento de establecer un nuevo código penal integral, el que entró en vigencia en agosto de 2014, en el cual se reconoce por primera vez el delito de femicidio en el capítulo segundo ubicándolo dentro de los delitos que atentan los derechos libertad, en la sección primera relacionada a los delitos contra la inviolabilidad de la vida. Esta incorporación sanciona la muerte violenta de mujeres por razones de género. Para ello el texto que lo describe es el siguiente:

Art. 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Entre las circunstancias agravantes que se determinan se señalan las siguientes:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.
4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público. (COIP, 2014, Art. 142)

Como podemos analizar la legislación ecuatoriana ha tipificado el delito de femicidio y se determinan también las circunstancias agravantes. Con esto se pretende mitigar esta problemática social que impacta negativamente dentro de la colectividad, además, hay que seguir desarrollando políticas públicas para implementar estrategias que aporten a la reducción de este tipo de delitos, teniendo en cuenta que debe primar la igualdad formal y material entre hombres y mujeres, buscando siempre cimentar una sana convivencia.

Métodos

El diseño metodológico de esta investigación se fundamenta bajo el enfoque cualitativo, para cumplir con los objetivos propuestos en este estudio, para ello se desarrolló un estudio descriptivo, para explicar y detallar los conceptos y características relacionados con el tema investigado, según lo explicado por (Hernández, et, al. 2016), asimismo en los métodos exegético, se revisaron de manera exhaustiva los artículos relacionados con el tema de investigación (Tantaleán, 2018) en este caso se ha tomado en cuenta la normativa nacional e internacional. Asimismo mediante la revisión bibliográfica nos permitió el análisis de doctrina, artículos científicos y normativa (Espinosa, 2020) de tal forma se logró la recopilación de información investigando en las fuentes doctrinales relacionadas con el tema de estudio, para interpretarla adecuadamente y poder estructurar teóricamente las bases de esta investigación, lo cual nos permitió exponer la importancia a nivel jurídico y social respecto a la problemática de la violencia contra la mujer, también se revisaron diversas bases de datos, para fundamentar teórica y jurídicamente esta investigación que sin duda aporta al desarrollo del tema, haciendo hincapié en recaudar información científica, normativa, académica y estadística sobre los siguientes ejes temáticos: violencia contra la mujer, violencia de género, femicidio, así como el estudio del ordenamiento jurídico nacional e internacional ratificado por el estado ecuatoriano.

Resultados y Discusión

La problemática de violencia de género ha causado gran preocupación a nivel mundial, por tal razón se han ido estableciendo diversos instrumentos jurídicos internacionales, para tratar de proteger a las mujeres y las personas que se consideran como tal, que han sido víctimas de actos crueles, que han vivido actos discriminatorios y que incluso han culminado con la muerte. Frente a ello la necesidad imperante de regular las condiciones de vida que permitan la igualdad

en su sentido real y formal de hombres y mujeres dentro de la sociedad. Hacemos referencia en este apartado a los diferentes cuerpos normativos que se han generado y adoptado por el estado ecuatoriano para prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de violencia contra la mujer.

Marco Jurídico Internacional para prevención de violencia de género

Realizando un análisis cronológico, en 1980 en la Segunda Conferencia Mundial sobre la mujer, efectuada en Copenhague, por primera vez reconoce la problemática de la violencia doméstica, cuya resolución señala que se debe reconocer los malos tratos infligidos a familiares, ya que se constituyen en un problema social grave y estas prácticas siguen dándose de generación en generación, además que estos procesos han quedado en la impunidad, por lo cual promueve que los estados tomen medidas dentro de sus legislaciones con el fin de prevenir la violencia doméstica y sexual contra las mujeres. (ONU, 1989).

Posteriormente el Consejo Económico y Social emitió la resolución 1990/15, el 24 de mayo de 1990, en la cual señala en párrafo 23. “el reconocimiento de que el fenómeno de la violencia contra la mujer en la familia y la sociedad se ha generalizado y trasciende las diferencias de ingresos, clases sociales y culturas, debe reflejarse en medidas urgentes y eficaces para eliminar su frecuencia. La violencia contra la mujer deriva de la condición desigual en la sociedad” (ONU, 1990). Por ello plantea recomendaciones a los estados para que se tipifique los delitos de violencia contra la mujer y la familia aplicada en los ámbitos públicos y privados, para que se determinen penas apropiadas, se desarrollen estrategias y políticas viables a cada entorno para eliminar todo tipo de actos violentos contra la mujer y la familia, de tal forma que sus derechos sean justiciables y puedan exigirlos en igualdad de condiciones.

Igualmente la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer que se llevó a cabo en la 85ª sesión plenaria, el 20 de diciembre de 1993, en la cual se analiza que la violencia contra la mujer surge por las diversas manifestaciones de relaciones de poder, que culturalmente los considera como distintos, otorgando un rol de superioridad al hombre y sometiendo a su poder a la mujer, lo cual, limita la igualdad, va en contra de un sistema de paz y se constituye en una violación de los derechos humanos y libertades lo cual afecta el normal desarrollo de la mujer dentro de la sociedad, esto es más alarmante cuando se trata de grupos de mujeres que son parte de las minorías o grupos históricamente discriminados como indígenas, refugiadas, migrantes, indigentes, privadas de libertad, niñas o mujeres con alguna discapacidad que por propia condición están expuestas a una mayor vulnerabilidad, señala una definición específica sobre violencia contra la mujer en el Ar. 1, manifestando que es “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (ONU, 1993). En este concepto se clarifica que los actos de violencia se aplican contra la mujer por el hecho de ser mujer, siendo actos reprochables y discriminatorios.

En el año 1994 se logró promulgar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar u erradicar la violencia con la mujer Belém do Para, la cual ha sido ratificada por Ecuador, en la que se obliga a implementar leyes y políticas para sancionar y atender oportunamente el tema de violencia contra la mujer, y lo define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Convención Interamericana para prevenir, sancionar u erradicar la violencia con la mujer, 1994). Igualmente señala la clasificación de la violencia

como física, sexual, psicológica y los entornos en los cuales pueda generarse, principalmente dentro de los hogares y que incluye lo público y privado.

En el año de 1995, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer efectuada en Beijing, también se expone: “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”. (ONU, 1995). En este instrumento clarifica las formas de ejercer la violencia contra la mujer en el seno familiar, en los ámbitos públicos o privados, debido a las asimetrías del reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres (incluyendo a las personas que se consideran como mujer). Asimismo, esta declaración plantea mecanismo de acción específicos para erradicar la violencia contra las mujeres, así lo determina en el numeral 24, “adoptar todas las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra de las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos para la igualdad de género y el avance y empoderamiento de las mujeres” (ONU, 1995, p. 4).

Como vemos, se cuenta con un orden jurídico que postula directrices para que los estados adopten medidas y mecanismos viables para la erradicación de la violencia contra la mujer, ya que esta afecta a terceros como son los niños hijos de las víctimas y son patrones de conducta que se repiten de generación en generación, por ello la importancia de apuntar a la educación formal e informar con un eje específico sobre derechos de las mujeres.

Marco Jurídico Ecuatoriano para erradicar la violencia contra la mujer.

Ecuador ha ido evolucionando en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, y se han venido desarrollando varias estrategias para dar cumplimiento a las disposiciones internacionales para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, por ello haré una revisión cronológica de los instrumentos más relevantes que han generado para tal fin.

En la Constitución de 1979, se reconoce como derechos de las personas en el art. 19, la igualdad ante la ley en la cual se refiere a que la mujer indistintamente de su estado civil tiene los mismos derechos que el hombre en la vida pública, privada o familiar, igualmente en el tema de seguridad social art. 30, manifiesta que se promoverá la formación de agrupaciones femeninas con fines de capacitación para que puedan aportar al desarrollo de del país, y en el art. 44 refiere a garantizar los derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales que se dispongan en instrumentos nacionales e internacionales vigentes.(Constitución Política del Ecuador, 1979)

Bajo esta carta magna, en el año de 1994 se crean las Comisarías de la Mujer y la Familia, dispuesto en el Acuerdo Ministerial No. 3548 del 03 de marzo de 1994, las cuales fueron encargadas de la administración de justicia, con base a un modelo integral de atención a las usuarias para atender, prevenir y sancionar los actos de violencia intrafamiliar, espáticamente la violencia perpetrada contra la mujer tomando en cuenta las relaciones afectivas personales.

Posteriormente en el año de 1995 por primera vez se promulgó la Ley 103, Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, la misma que entró en vigencia con su publicación en el Registro Oficial No. 839 el 11 de diciembre, cuya finalidad “proteger la integridad física, psíquica y libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia. Sus normas deben

orientar las políticas del Estado y la comunidad sobre la materia” (Ley contra la violencia a la mujer y la familia, 1995). En esta dispone el marco procesal a seguir en los casos de violencia intrafamiliar que abarca a todos los miembros del núcleo familiar, también algo importante es que se determinan las medidas de amparo como garantías de protección para las víctimas.

Con la promulgación de la Constitución del Ecuador de 1998, el 11 de agosto, se reconoce dentro de los Derechos Civiles le tema de garantizar la integridad personal, se prohíbe todo acto de violencia física, psicológica, sexual, y se dispone que el Estado adopte medidas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. (Constitución Política del Ecuador, 1998). Dentro de este tema algo importante que se desarrolla en el país en la declaración emitida por el Ministerio de Salud Pública mediante el Acuerdo Ministerial No. 0110096 en el cual se reconoce que la violencia es un problema de salud pública.

En el año 2007, por Decreto Ejecutivo, No. 620 emitido el 10 de septiembre, se reconoce como una prioridad el tema de violencia de género y se dispone la implementación del Plan nacional para la erradicación de la violencia contra la niñez, adolescencia y mujeres, para ello se conforma una comisión técnica, la misma que se estructura de forma interdisciplinaria para poder abarcar de manera integral la problemática, se plantean 4 ejes estratégicos de trabajo para la erradicación de la violencia de género:

Transformación de patrones socio culturales, para ello se plantea un proceso de sensibilización e información que evidencien las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres,

Sistema de protección integral, se plantea un sistema articulado (salud, educación, protección) para garantizar la protección y restitución de derechos de las víctimas de violencia.

Acceso a la justicia, para ello se dispone el acceso a la justicia aplicando los principios de gratuidad, celeridad e inmediación, igualmente que en el desarrollo de los procesos no sean revictimizantes, y que se sancionen los delitos penalmente, de tal forma que se reduzca la impunidad y se garantice una vida libre de violencia,

Sistema de registro, desarrollarlo información base cualitativa y cuantitativa, para que sirvan de referentes en la toma de decisiones y elaborar políticas públicas viables y oportunas. (Plan Nacional de erradicación de la violencia de género hacia niñez, adolescencia y mujeres, 2007, pp. 24-26)

En el año 2008, en un proceso de transición se promulga la Constitución de la República del Ecuador, en esta se reconoce un amplio catálogo de derechos y se da un cambio basado en el neoconstitucionalismo, es así, que en el art. 1 se reconoce al Ecuador como “un estado constitucional de derechos y justicia social” (CRE, 2018), definiéndolo como un estado garantista.

Dentro de esta Carta Magna, podemos identificar el marco normativo para la protección de los derechos de la mujer:

“Art. 11.2. Garantiza el derecho a no ser discriminadas por ninguna razón y obliga al Estado a realizar acciones afirmativas para promover la igualdad real a favor de titulares de derecho que se hallen en situación de desigualdad, como es el caso de las mujeres...”

Art. 66. Garantiza los derechos a la integridad física, psíquica, moral y sexual, así como, una vida libre de violencia en el ámbito público como privado.

Art. 75. Garantiza el derecho a acceder gratuitamente a la justicia, y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.

Art. 78. Garantiza la adopción de mecanismos para la reparación integral de derecho que han sido violentados.” (CRE, 2018)

Debido a la gran preocupación que ha generado el tema de violencia contra la mujer, en el año 2011, se identificó la necesidad de contar con datos que permitan monitorear esta problemática, y se desarrolló la primera Encuesta nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género, algunos datos que refleja el estudio son alarmantes

“6 de cada 10 mujeres habían sido víctimas de violencia, por el hecho de ser mujeres.

La violencia ocurre en múltiples espacios y es perpetrada por diversas personas, tanto familiares y conocidas como por personas extrañas o que no tienen ninguna relación con las víctimas.

1 de cada 4 mujeres había sido violentada sexualmente, y lo más aterrador es que el 76% de los agresores fueron sus parejas o exparejas sentimentales” (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2014, pp. 72-74).

Al tener datos de primera fuente, el Estado, toma acciones para mitigar esta grave problemática, es así que, en el año 2013, mediante la Resolución 077-2013 del Consejo de la Judicatura, se crean las Unidades Judiciales de Violencia contra la Mujer y la Familia, en 24 cantones del Ecuador. (Resolución 077, 2013). De esta forma se determina el ámbito de aplicación y la competencia específica para abordar los casos de violencia contra la mujer y la familia.

En agosto del año 2014, también entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en este se determinaron las medidas de protección para los casos de violencia contra la mujer y también mediante Resolución 154-2014 del Consejo de la Judicatura, se establecieron los protocolos para atención de víctimas de violencia. Se avanzó al año 2018 el 5 de febrero, con la entrada en vigencia de la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, publicada en el Registro Oficial Suplemento 175, la misma que tiene el carácter de orgánica, ya que sus disposiciones prevalecerán sobre otras normas, recopila disposiciones de tratados internacionales y se amplían las medidas de protección.

Para el año 2019, con una información previa, al contar con una línea de base que dio paso a la realización de diferentes estudios sobre este tema de violencia contra la mujer, sin embargo, los casos de femicidio seguían incrementándose, por ello la necesidad de actualizar esta información, y se ejecutó una segunda, en la cual se analizaron las siguientes variables de violencia: “violencia psicológica, violencia física, violencia sexual, violencia económica / patrimonial, violencia gineco-obstétrica, violencia obstétrica, violencia cibernética” (Hidalgo, et.al., 2019, p. 42)

Algo diferente en esta encuesta es el tema de la violencia gineco-obstétrica, puesto que dentro del contexto este tipo de violencia ni siquiera se lo reconoce, ha sido un tema naturalizado, una realidad que las mujeres debían asumirlo por su condición biológica.

Como hemos analizado una línea de tiempo y reconocimiento de acciones y toma de decisiones para mitigar esta problemática es importante abordar las medidas de protección que se han establecidos.

Medidas de protección para los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

De manera general, las medidas de protección son las decisiones que asume el Estado por medio de sus instituciones públicas, para proteger a la víctima de una agresión, mediante mecanismos que brindan apoyo y protección y evitar que se sigan perpetrando estos actos. (Córdova, et. Al., 2019, p.1)

El Código Orgánico Integral Penal, determina las normas aplicables Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en las contravenciones de este tipo.

De forma concisa, el Art. 155 define la violencia de contra la mujer o algún miembro del grupo familiar, entre los miembros del núcleo familiar se identifica a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación. Asimismo, en los Arts. 156, 157 y 158 se estipulan los diferentes tipos de violencia, entre ellas la violencia física, psicológica y sexual, en su orden. Además, en el Art. 159, se estipulan las contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, enfocándose en las lesiones o incapacidad que se genere producto de la violencia por un lapso de tres días. Es importante también identificar lo que señala el código sobre la víctima y lo expone en el Art. 441, para el caso de este tema, se especifica en los numerales 2, 3 y 4, a quien ha sufrido agresiones físicas, psicológicas, sexuales ya sea por su cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad y se refieren a las personas que comparten la misma vivienda con la parte agresora en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

En el Art. 558, se determinan las medidas de protección, entre las cuales se indican:

Prohibición de acercase a la víctima

Prohibición de realizar actos de intimidación o persecución por si mismo o por terceros,

Generar una boleta de auxilio a favor de la víctima

Sacar al agresor de la vivienda conjunta

Privación de custodia parental

Disponer el tratamiento para la persona procesada y las víctimas y los hijos menores de 18 años,

Para el caso de infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se fijará una pensión para la subsistencia de las víctimas, excepto en los casos que ya cuentan con esta pensión, igualmente el juez dispondrá de medidas de protección.

En delitos sobre violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, delitos de integridad sexual y reproductiva e integridad y libertad personal, trata de personas, el fiscal deberá solicitar la juez medidas de protección a las víctimas de forma inmediata. (COIP, 2014, Art. 558)

Además de estas medidas, se cuenta también con el Eje de Protección dentro de la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, el cual busca garantizar la integridad y seguridad de las mujeres y las víctimas indirectas, estas medidas impuestas por autoridad competente son de aplicación inmediata y provisionales para salvaguardar la integridad de las víctimas.

Se aplica también las acciones urgentes en los casos que se presume una inminente vulneración o riesgo a la vida e integridad de la víctima, tomando en cuenta los protocolos establecidos: acudir de manera inmediata ante una alerta generada por: botón de pánico, llamada al Servicio Integrado ECU 911, video vigilancia, patrullaje, vigilancia policial y otros mecanismos de alerta; como asistencia inmediata por alerta de botón de pánico, acompañamiento a la víctima para reingresarla a su hogar, emisión de la boleta de auxilio, solicitar atención especializada para la víctima.

Los órganos que otorgan medidas administrativas de protección son las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, Tenencias Políticas, Comisarías Nacionales de Policía.

Respecto al procedimiento para solicitar medidas de protección, este será ágil y no requiere de patrocinio profesional, cualquier persona que conozca el cometimiento de actos de violencia podrá solicitar las acciones urgentes o medidas administrativas de protección inmediata de forma verbal o escrita; las autoridades competentes otorgarán estas medidas en un máximo de 24 horas y se pondrá en conocimiento de los órganos judiciales en un plazo de máximo tres días; estas medidas administrativas serán registradas en el Registro único de Violencia contra las mujeres. (Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, 2018).

El incumplimiento de las medidas de protección puede ser sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 3 años, según lo determina el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal.

Sistema de Alerta Temprana

Mediante esta herramienta se pretende evitar el cometimiento de femicidios, y se analiza la información del Registro Único de Violencia contra las Mujeres, determinando el riesgo para ello se analiza mediante métodos cualitativos o cuantitativos y se especifican los diferentes niveles de riesgo de las víctimas y la activación de servicios de protección para las víctimas. Para manejar este sistema se requiere la coordinación entre el ente rector de Justicia y Derechos Humanos, Educación, Salud, Trabajo, Inclusión Económica y Social, Servicio Integrado de Seguridad ECU 911 y las instituciones que el ente rector de seguridad ciudadano y orden público considere se deban incluir.

Por otra parte, cuando se declara mediante sentencia el cometimiento de actos de violencia contra las mujeres, indistintamente de su edad, la autoridad competente establecerá la reparación integral por el daño material e inmaterial perpetrado.

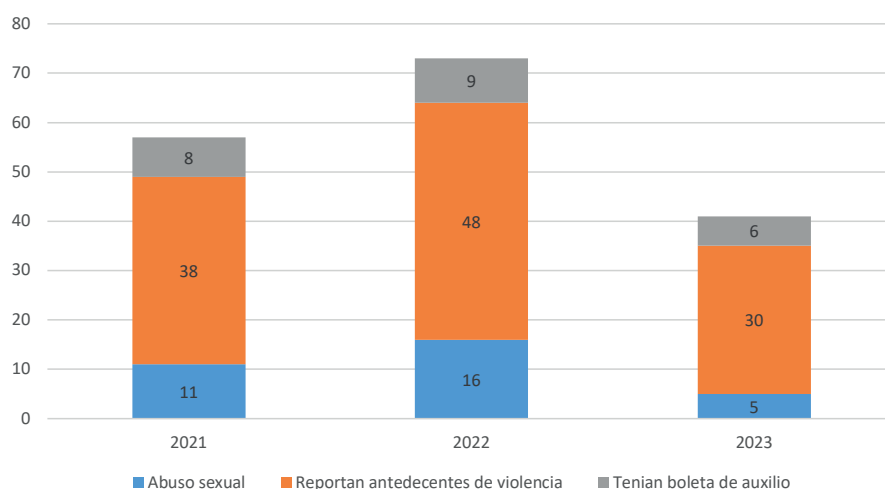
Como reparación se reconoce: la restitución del derecho, compensación económica, rehabilitación, satisfacción, garantizar que de no se repitan los hechos de violencia y la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, además se también se toma en cuenta las medidas de reconocimiento como ofrecer disculpas públicas, prestar servicios públicos, atención de salud, entre otras. En cuanto a la reparación por el daño material tenemos la compensación por la pérdida de ingresos de la víctima, gastos efectuados y consecuencias

de índole pecuniario que estén en relación con los hechos de violencia. Es difícil la restitución del daño inmaterial puesto que el sufrimiento y dolor que atraviesa la víctima no tiene ningún tipo de compensación, sin embargo, se estipulan los diferentes tratamientos que puedan ayudar a las víctimas a superar estos traumas. (Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, 2018).

Análisis de resultados

Si bien, el estado ecuatoriano cuenta con normativa vigente para sancionar todo tipo de violencia contra la mujer, los datos son alarmantes, pese a la tipificación del delito de femicidio, este ha progresado con el pasar de los años, haciendo un análisis desde el año 2021 hasta el 2023 (con corte al mes de septiembre) podemos destacar lo siguiente.

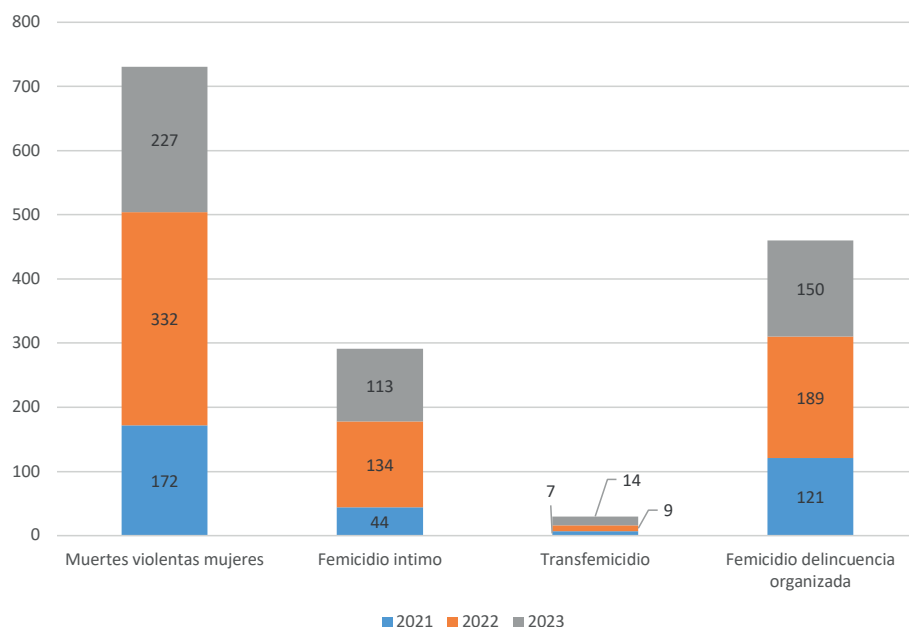
Figura 1. **Violencia contra la mujer (2021-2023)**



Fuente. Asociación latinoamericana para el desarrollo alternativo

En la figura 1 observamos de acuerdo con las cifras el año 2022 ha sido uno de los más violentos para las mujeres y niñas en Ecuador, en el año 2021 ya se identificó el progreso de las variables que analizan la violencia contra la mujer y el femicidio desde que se tipificó este delito, un bajo porcentaje de la población contaba con boleta de auxilio siendo esta una medida de protección para las víctimas. Es importante considerar que las víctimas han reportado casos de violencia, pero el crecimiento da cuenta la falta de herramientas del estado para mitigar esta problemática, falta la implementación de políticas públicas que determinen medidas de prevención y protección eficaces.

Figura 2. Femicidios (2021-2023)

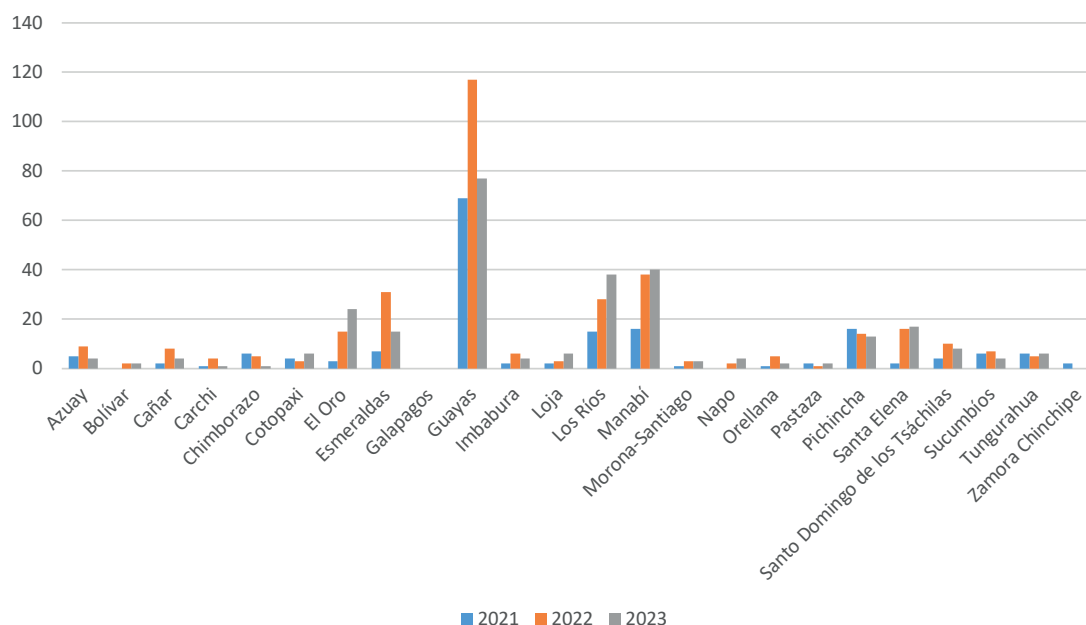


Fuente. Asociación latinoamericana para el desarrollo alternativo

En este análisis es importante considerar que hay un incremento de femicidios si se consideran todos aquellos relacionados con la delincuencia organizada, en estos casos se toman en cuenta “las disputas entre bandas delincuenciales que se expresan a través del ejercicio cruel de la violencia patriarcal” (Fundación Aldea, 2021). Asimismo, el femicidio íntimo, aquel que es efectuado por la pareja, expareja o la persona con la cual se mantiene o se mantuvo una relación sentimental, en el año 2022 presentó las cifras más altas. Vemos también que se presenta el cometimiento del transfemicidio, entendiéndose como el asesinato de mujeres trans² y que se comete por desprecio o sentido de posesión hacia ellas, esta cifra se incrementó considerablemente en el 2023 con 14 casos.

² Personas que nacieron hombres, pero se identifican y viven como mujeres.

Figura 3. Femicidios por provincia (2021-2023)



Fuente. Asociación latinoamericana para el desarrollo alternativo

Acorde a los datos de la Figura 3, vemos que existe un mayor índice de cometimiento de femicidios en las provincias de Guayas, Manabí, Los Ríos, Esmeraldas, El Oro, Pichincha. En el año 2021, Guayas tuvo 69 femicidios mientras que en Manabí y Pichincha se identificaron 16 casos, en el año 2022, Guayas registró 177 casos, Manabí 38 y Los Ríos 28 casos. En el año 2023, igualmente la provincia en la cual se cometieron más femicidios fue Guayas con 77 casos, Manabí 40 y Los Ríos 38 casos. En este sentido la región de la costa muestra un elevado índice de femicidios, lo cual evidencia que la violencia contra la mujer es más frecuente, y si bien no se puede determinar las razones específicas para el cometimiento de estos delitos, pues dentro del contexto se toma en cuenta los factores que podrían influir como la desigualdad entre hombres y mujeres, discriminación por género, la cultura patriarcal, entre las causas comunes está la cultura, la discriminación por género.

Conclusiones

La violencia es un proceso inherente a la naturaleza humana, que desencadena varias problemáticas, pese a que se han desarrollado programas formativos se ha incluido el tema en los sílabos escolares, sigue dependiendo de la actitud que decide tomar el ser humano para manejar procesos de violencia dentro de conflictos de distinta índole, más aún cuando dentro de sociedades que aún están enmarcadas dentro de patrones de machismo, y estereotipos en cuanto a los roles que desempeñan hombres y mujeres, se sigue considerando a las mujeres como el sexo débil y que debe asumir patrones estructurales que limitan su desarrollo en todo ámbito.

El Estado ecuatoriano, ha venido tomando decisiones para precautelar la integridad de las mujeres víctimas de violencia, si bien el avance no ha sido vertiginoso, se han dado cambios dentro de la estructura estatal para erradicar esta problemática, también se han acogido diversos tratados e instrumentos internacionales que han servido de base para la generación de

normativa y políticas públicas, igualmente se han modificado los procesos de atención a las víctimas para atender sus requerimientos a tiempo, sin embargo, la administración de justicia requiere celeridad para atender estos casos, porque existe un elevado número de procesos ingresados y el proceso de su investigación es engorroso, por lo tanto se demanda seguir mejorando los procesos de tal forma que se pueda brindar un apoyo total a las víctimas.

Dentro de la normativa se maneja un sistema de alerta temprana, que está integrado por varias dependencias públicas para monitorear y analizar los casos de riesgo, identificándolos mediante niveles, de tal forma que se puede dar un seguimiento con la finalidad de evitar el cometimiento de femicidios que es la cúspide de un proceso sistemático y progresivo de violencia aplicado en contra de las mujeres, además se debe mejorar los procesos de monitoreo para bajar los índices de femicidio, algo que no se ha logrado desde el año 2014 ya que estos delitos siguen incrementándose, asimismo, es necesario el abordaje de los procesos de reparación a la víctima y esto implica un trabajo articulado con el apoyo de un equipo interdisciplinario para una atención integral para las víctimas, pudiendo así brindar seguridad de la restitución de los derechos por los daños materiales e inmateriales causados.

Referencias

- Amenabar, J. (2010). El hombre machista y maltratador. En H. Marchiori (Dir.), *Victimología*. (1. Ed). (165-184). Córdoba, Argentina: Encuentro Grupo Editor.
- Beauvoir, S. (2008). *El Segundo Sexo*. Madrid. Ediciones Cátedra. 2008.
- Bourdieu, P. (1997). *Sobre la televisión*. Traducción Thomas Kauf. Barcelona. Anagrama.
- Carcedo, A. (2011). *Comisión de transición hacia el consejo de las mujeres y la igualdad de género*. Quito: <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/handle/24000/4436/femicidio%20en%20ecuador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Cardoso, A. (2019). *¿Por qué es importante la igualdad de género en el mundo?* <https://www.telesurtv.net/telesuragenda/Por-que-es-importante-la-igualdad-de-genero-20170227-0039.html>.
- Castañeda, M. (2007). *El machismo invisible regresa*. https://books.google.com.ec/books?id=ryPzaSG0d6wC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. 20 de febrero de 2021.
- Chávez, M. (2014). *Causas y consecuencias de la tipificación del delito de femicidio en la legislación penal ecuatoriana*. Tesis de pregrado. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador. <http://200.12.169.19/bitstream/25000/3276/1/T-UCE-0013-Ab-174.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Registro Oficial Suplemento 180*. (A. Nacional, Ed.) Recuperado el 15 de Junio de 2021, de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Constitución Política del Ecuador. (1979). *Registro oficial 800*. https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1979.pdf. 10 de marzo de 2021.
- Constitución Política del Ecuador. (1998). *Registro Oficial No. 1* <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>. 20 de febrero de 2021.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Registro Oficial No. 449*. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>. 20 de febrero de 2021.

- Consejo Nacional para la Igualdad de Género. *La Violencia de Género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la encuesta nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres*. 2014. p. 72, 73 y 74. https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf. 20 de febrero de 2021.
- Consejo de la Judicatura. *Resolución 077-2013*, <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2013cj/077-2013.PDF>, 20 de marzo de 2021.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belém do Para. 1994. Art. 1. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. 20 de febrero de 2021.
- Córdova, L, Córdova, V. Gómez, H. (2019), El principio pro homine como base para la legislación de medidas de protección de género, *Revista de Comunicación de la SEECI*, No. 4 ISSN: 1576-3420. 2019. p. 1. <https://doi.org/10.15198/seeci.2019.48.65-86>.
- De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid. Ediciones Cátedra.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998). [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). 20 de marzo de 2021.
- Etimología de Violencia. <http://etimologias.dechile.net/?violencia>. 17 de marzo de 2021.
- Fundación ALDEA. (24 de noviembre de 2021). *2021 ya es el año más violento contra las mujeres y las niñas desde que se tipificó el feminicidio*. <https://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/mapfeminicidionov2021>
- Galtung, J. (1985). *Sobre la Paz*, Barcelona, Fontamara.
- Galtung, J. (1998., *Tras la violencia 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles de la guerra y la violencia*, Bilbao. Bakeaz, gornika gogoratz.
- Gil, E. & Lloret, I. (2007). *La violencia de género*. Barcelona, España: Editorial UOC
- Gil, J. (2007). *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2016). *Metodología de la Investigación*. Cuarta edición. México D.F: Mc Graw Hill.
- Hidalgo, N., et. Al. (2019). *Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, ENVIGMU-2019*, Quito-Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censo.
- Lamas, M. (2000) *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual*. Cuicuilco 7, No. 18. <https://www.redalyc.org/pdf/351/35101807.pdf>. 20 de febrero 2021.
- Ley contra la Violencia a la mujer y la familia. (1995). *Registro Oficial No. 839*. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_0231.pdf. 10 de marzo de 2021.
- Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. (2018). *Registro Oficial Suplemento No. 175*. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violencia_mujeres.pdf. 20 de marzo de 2021.
- Martínez, A. (2016). La violencia, contextualización y elementos para su estudio. *Política y Cultura*, núm. 46, p. 9-10. <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n46/0188-7742-polcul-46-00007.pdf>. 10 de febrero de 2021.
- Merton, T. (2000). *Gandhi y la No-Violencia*, Madrid, Ediciones Oniro.

- Moncada, A. (2018) *Obstáculos en el acceso a la justicia en el caso de Muertes Violentas de Mujeres en el cantón Riobamba*, Quito, <https://www.care.org.ec/wp-content/uploads/2020/07/LIBRO-FEMICIDIO.pdf>. 20 de marzo de 2021.
- Ojeda, L. (2010). *Violencia, delincuencia e inseguridad en Ecuador*, Ecuador, Universidad Alfredo Pérez Guerrero.
- ONU Mujeres. (s/f). *Preguntas frecuentes: tipos de violencia con las mujeres y las niñas*. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>. 10 de abril de 2021.
- ONU, (1989). *Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer*. <http://documents.uji.es/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a7dbd7f4-a658-4ca8-a1f0-e2e7dba5ebf2/5-copen80.pdf?guest=true>. 20 de febrero de 2021.
- ONU. (1990). *Resoluciones y Decisiones del Consejo Económico y Social*. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/e/1990/90>. 20 de febrero de 2021.
- ONU. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>. 20 de febrero de 2021.
- ONU. (1995). *Declaración de Beijing*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>. 20 de febrero de 2021.
- Organización Mundial de la Salud OMS. (s/f). <https://www.who.int/topics/gender/es/#:~:text=El%20g%C3%A9nero%20se%20refiere%20a,los%20hombres%20y%20las%20mujeres>. 20 de febrero de 2021.
- Organización Mundial de la Salud OMS. (s/f). *Definición de violencia*. <https://www.who.int/topics/violence/es/>. 26 de abril de 2021.
- Organización Mundial de la Salud. (2002). *Integración de la política de género en la labor de la OMS. Política de la OMS en materia de género*. <https://www.who.int/gender/mainstreaming/ESPwhole.pdf>. 20 de febrero de 2021.
- Plan nacional de erradicación de la violencia de género hacia niñez, adolescencia y mujeres. (2007). https://proteccionderechosquito.gob.ec/adjuntos/grupos/mujeres/e_PLAN_NACIONAL_DE_ERRADICACION_DE_LA_VIOLENCIA_DE_GENERO.pdf. 10 de marzo de 2021.
- Rico, N. (1996). Violencia de género: un problema de derechos humanos. *Series Mujer y desarrollo*, 16. 8. (1-52).
- Rojas, L. (1995). *Las semillas de la violencia*. Madrid, Espasa-Calpe.
- Russell, D. & Harmes, RA. (Eds.) (2001). *Femicide in Global Perspective*. New York, NY: Teachers College Press.
- Tantaleán, R. (2018). *Tipología de las investigaciones jurídicas*. La Rioja: Dialnet.
- Trujillo, L. (2011). *El femicidio. Género, Diversidad, Violencia Intrafamiliar. Casos prácticos*. (1.ª ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Capítulo 3

ANÁLISIS BIBLIOMÉTRICO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ABORDAJE DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS GLOBALES

Magdalia Maribel Hermoza Vinuela

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mmhermoza@pucesi.edu.ec

María Rosario Espinoza Andrade

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mespinoza@pucesi.edu.ec

Hugo Bayardo Santacruz C.

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
hbsantacruz@pucesi.edu.ec

Darwin Patricio Morocho Narváez

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
dpmorocho@pucesi.edu.ec

Resumen

El artículo; Análisis Bibliométrico de las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos: Tendencias y Perspectivas Globales; es un estudio bibliométrico que se enfoca en analizar la investigación académica acerca de políticas públicas para abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos. Se busca examinar los cambios que han surgido, destacar las contribuciones literarias más recientes, sus tendencias e influencia. Además, se realiza una revisión exhaustiva de la literatura y un análisis detallado de las respuestas y efectos generados. Se abordan también los desafíos en la implementación de estas políticas y se proponen estrategias para su logro. La investigación se realizó a través de herramientas bibliométricas y se presenta una revisión exhaustiva de las tendencias y perspectivas globales en este campo. El estudio se divide en varias secciones, comenzando con una introducción que presenta las preguntas de investigación y las palabras clave utilizadas en el análisis bibliométrico. Luego, se presenta una revisión de la literatura sobre las políticas públicas, la violencia de género, para abordarla, seguida de una sección que describe la metodología utilizada en el análisis bibliométrico. La sección principal del artículo presenta los resultados del análisis bibliométrico, que se dividen en varias subsecciones. En primer lugar, se identifican los estudios más relevantes e impactantes en el campo de las políticas públicas para abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos. Luego, se examinan los cambios y tendencias actuales en la investigación acerca de este tema, incluyendo el aumento en la atención a la perspectiva de los derechos humanos y la creciente importancia de la participación de las mujeres en la toma de decisiones. Se concluye que, a pesar de los progresos considerables en esta área,

aún persisten retos importantes que requieren atención para lograr una prevención y eliminación efectiva de la violencia de género. La variedad de revistas especializadas que tratan este tema evidencia la complejidad del fenómeno y subraya la relevancia de contar con fuentes de investigación especializadas y de carácter multidisciplinario.

Palabras clave: Violencia de género, políticas públicas, derechos humanos, análisis bibliométrico, Bibliometría, R Biblioshiny.

Article

Bibliometric Analysis of Public Policies in Addressing Gender Violence from the Perspective of Human Rights: Global Trends and Perspectives; is a bibliometric study that focuses on analyzing academic research on public policies to address gender violence from the perspective of human rights. It seeks to examine the changes that have emerged, highlight the most recent literary contributions, their trends and influence. In addition, an exhaustive review of the literature and a detailed analysis of the responses and effects generated are carried out. The challenges in the implementation of these policies are also addressed and strategies for their achievement are proposed.

The research was carried out through bibliometric tools and a comprehensive review of global trends and perspectives in this field is presented. The study is divided into several sections, starting with an introduction that presents the research questions and keywords used in the bibliometric analysis. Then, a review of the literature on public policies, gender violence, to address it is presented, followed by a section that describes the methodology used in the bibliometric analysis. The main section of the article presents the results of the bibliometric analysis, which are divided into several subsections. First, the most relevant and impactful studies are identified in the field of public policies to address gender violence from the perspective of human rights. Next, current changes and trends in research on this topic are examined, including the increasing attention to the human rights perspective and the growing importance of women's participation in decision-making. It is concluded that, despite considerable progress in this area, important challenges still persist that require attention to achieve effective prevention and elimination of gender violence. The variety of specialized journals that deal with this topic shows the complexity of the phenomenon and underlines the relevance of having specialized and multidisciplinary research sources.

Keywords: Gender violence, public policies, human rights, bibliometric analysis, research trends, Bibliometrics, R Biblioshiny.

Introducción

La presente investigación procura identificar los estudios que han tenido mayor relevancia e impacto revelador en publicaciones sobre las Políticas Públicas en el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos, escrutar los cambios, distinguir el aporte literario actualizado, sus tendencias e incidencia, repaso de la literatura y análisis de la reacción y efectos, dificultades para su ejecución y estrategia para su consecución.

Iniciaremos este estudio con definiciones clave que enmarcan nuestro “Análisis Bibliométrico de las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los

Derechos Humanos: Tendencias y Perspectivas Globales”. Estas definiciones proporcionarán una base sólida para nuestra exploración detallada.

¿Que son las Políticas Públicas?

Según Lahera (2004, pág. 21)³, “las políticas públicas son un marco, una estructura formal que permite la especificación de las intenciones u objetivos que se desprenden de la agenda política”. Agrega que la política pública responde a la planificación de acciones y actividades de una autoridad pública a través de la investidura de poder público legítimo otorgado por ley.

Muller (2006)⁴ sostiene que las políticas públicas son fases sucesivas de mediación social, comunicacional e interpretación del mundo, diseñadas para resolver desórdenes o dificultades que puedan surgir, ya sea en un sector específico o entre un sector y la sociedad en general.

Desde esta perspectiva, se destaca el papel crucial de los actores tanto públicos (la comunidad y representantes) como privados para respaldar la capacidad de definir sus propios objetivos, la libertad en la toma de decisiones y la formulación de la política pública, dotándola de sentido y la posibilidad de concretarse con acciones específicas.

Siguiendo a Muller (2006)⁵, las políticas públicas se configuran en el papel e involucramiento de los actores sociales, centrando la atención en:

- a. los procesos de decisión,
- b. la función de la administración pública donde está centrada la decisión, y
- c. los foros y actores comunitarios que, en la jerarquización, suelen ubicarse al final (a menudo informales), muchas veces invisibilizados, pero de relevancia en la significación de las políticas públicas.

En esta línea, Majone G. (2014)⁶ señala como imprescindibles para la formulación de políticas públicas: la comunicación, la opinión pública y el diálogo democrático. Concibe la política pública como una acción de comunicación pública que posibilita alcanzar un clima democrático de debate y la articulación entre el Estado, sistemas políticos y la ciudadanía.

Según Mendíaz G. (2004, pág. 1), citado por Hermoza M. (2022) “las políticas públicas en su conjunto son un cristal a través del cual pueden visualizarse transformaciones de las relaciones entre el Estado y la sociedad”⁷. La autora destaca dos aspectos relevantes: el Estado y la sociedad, como elementos o aspectos de gran importancia en la formulación de la política pública. Es decir, subraya la necesidad de una relación dinámica y fortalecida entre el Estado y la sociedad para la consecución de los objetivos.

³ Lahera, E. (2004) citado por Hermoza M. (2022) - Interculturalidad y Desarrollo Local en los GAD Otavalo Cotacachi Provincia de Imbabura.

⁴ Muller, P. (2006). *Las políticas públicas*. Bogota-Colombia: Universidad Externado de Colombia.

⁵ Ibidem Muller, P. (2006).

⁶ Majone Giandomenico, citado por Julián F, Bautista R (2012) Aplicación del Modelo del Artesano De Giandomenico Majone, Para el Análisis de las Políticas Públicas.

⁷ Mendíaz G. (2004, pág. 1), Citado por Hermoza M (2022) - Interculturalidad y Desarrollo Local en los GAD Otavalo Cotacachi Provincia de Imbabura.

Las políticas públicas se presentan como uno de los instrumentos esenciales para la intervención del Estado. cuando nos referimos a políticas públicas que integran la problemática de género y que la abordan de manera sustancial, nos estamos refiriendo a esas acciones específicas que están destinadas a satisfacer las necesidades distintivas de las mujeres. Al mencionar “mujeres”, nos referimos a toda la diversidad que el término conlleva, reconociendo las desigualdades existentes que se fundamentan en la cuestión de género.

Las políticas públicas que adoptan una perspectiva de género buscan responder a la necesidad de incorporar a las mujeres y a las personas con identidades de género diversas en los diferentes sectores de la sociedad. Estas políticas reconocen que, a pesar de los avances, estas personas aún enfrentan situaciones de discriminación, dependencia, subordinación y exclusión. Estas condiciones son el resultado de una serie de prácticas sociales y concepciones culturales que perpetúan dichas dependencias, subordinaciones, exclusiones y discriminaciones.

El análisis de género o la perspectiva de género son componentes esenciales que deben integrarse en todas las fases de los proyectos, programas, políticas y planificaciones. Es imperativo que estos elementos estén presentes durante todo el ciclo de vida del proyecto, programa o política, comenzando desde la etapa inicial de formulación.

La implementación de políticas públicas de igualdad de género surge como resultado de la lucha feminista en la región, lo que ha llevado a la creación de una agenda de igualdad de género en los gobiernos locales. Esta agenda, que hemos denominado como la agenda regional de género, se ha desarrollado durante los últimos 45 años a través de las Conferencias Regionales sobre la Mujer en América Latina. Además, esta agenda está estrechamente vinculada a los compromisos obligatorios de los gobiernos en el marco del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Este comité es parte de la convención que busca eliminar todas las formas de discriminación hacia las mujeres.

En el caso de las políticas para combatir la violencia contra las mujeres, se hace referencia a la Convención de Belém Do Pará. Esta agenda también se enmarca en el contexto general de los derechos humanos en todas las áreas, incluyendo los derechos sexuales y reproductivos, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, se enfoca en los derechos a una vida libre de violencia y discriminación, como se menciona en la Convención de Belém Do Pará, y en los derechos colectivos y medioambientales. Estos derechos buscan promover el avance de las mujeres y proporcionar el soporte necesario para que las mujeres logren autonomía física, autonomía en la toma de decisiones y autonomía económica.

En el proceso de diseño, implementación, seguimiento y monitoreo de las políticas públicas, nos enfrentamos a un desafío significativo. Este desafío surge de dos elementos fundamentales que hemos identificado. El primero es la comprensión. Es crucial entender cómo los temas de género que afectan a las mujeres tienen un impacto tangible que afecta sus vidas y profundiza la discriminación y la violencia. Los roles asignados, los estereotipos de género y los mecanismos que construyen un sistema de subordinación están completamente naturalizados, tanto en las normas sociales como en las leyes existentes en los países.

En particular, en Latinoamérica, coexiste una cantidad considerable de legislación progresista para el reconocimiento de las mujeres y, por otro lado, una serie de normas sociales, prácticas y tradiciones consuetudinarias que perpetúan esta visión. Por lo tanto, el primer gran desafío

es comprender a qué nos referimos con género cuando hablamos de los derechos de las mujeres, cómo impactan estos estereotipos de género en la vida de las mujeres y cómo debemos incorporar esta perspectiva para poder diseñar una política pública que comprenda los aspectos diferenciados que las mujeres experimentan. Esto se aplica a la política pública en todos los niveles y en todos los ámbitos sociales. Ferreyra M. [et al.]. (2022)

Género y Derechos Humanos

La discusión en torno a los derechos humanos es esencialmente política, ya que hace referencia directa al poder. En este sentido, la categoría de género resulta extremadamente útil para lograr una comprensión más completa y profunda del tema; Así, la combinación o interacción del concepto de género con el concepto de derechos humanos es fundamental. Cuando incorporamos la perspectiva de los derechos humanos y el análisis de la categoría de género con una perspectiva de derechos humanos, comenzamos a entender que hay derechos humanos que las mujeres experimentamos de manera diferenciada porque no tenemos el mismo acceso. Esta es la razón por la cual tenemos un derecho específico a vivir libres de violencia. Fue necesario demostrar con evidencia que la violencia contra las mujeres que afecta su integridad física, psíquica, sexual, su vida privada, etc., no se interpretó como una violación a la integridad. El derecho a la integridad es uno de los pocos derechos humanos absolutos que tiene nuestra carta. La prohibición de la esclavitud y el derecho a la integridad física, psíquica y psicológica son fundamentales.

En 1948, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció un hito histórico con la Declaración de los Derechos Humanos, que reconoce los derechos y libertades de todos los individuos, independientemente de su raza, sexo, idioma o religión (ONU, 1948). Este evento crucial dio lugar a varias resoluciones internacionales, entre las que destaca la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que entró en vigor en 1981. Su objetivo principal es erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer, imponiendo una serie de obligaciones jurídicas a los Estados Parte para reformar las leyes e incorporar las recomendaciones de la Convención con el fin de luchar contra la discriminación (ONU - MUJERES, 2011).

De esta manera la perspectiva de género y la perspectiva de derechos humanos representan un desafío significativo que deben estar presentes en la política. Si se planifica cómo proporcionar servicios sociales a las mujeres, estos servicios deben considerar no solo el derecho a la no discriminación, sino también el derecho a vivir libres de violencia. ¿Qué implica esto? Implica garantizar una política pública integral que permita que las mujeres, las niñas estén libres de violencia en las escuelas y que las adolescentes puedan tener relaciones libres de violencia. Ferreyra M. [et al.]. (2022)

Contextualización de la violencia de género

Desde esta perspectiva, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha declarado que la violencia “es el uso deliberado de la fuerza física o amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad, que resulta o es muy probable que resulte en un trauma, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte” (OMS, s/f). Esta definición general no distingue quién es la víctima, puede ser cualquier persona. Sin embargo, en este estudio nos enfocaremos específicamente en exponer la Violencia Contra la Mujer por el simple hecho de ser mujer.

Violencia contra la mujer: - Cualquier acto de hostigamiento que pueda resultar en daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, incluyendo las amenazas de tales actos y la coacción, es inaceptable. Esto es aplicable tanto si estos actos ocurren en el ámbito público o privado, o incluso en situaciones donde el Estado sea el perpetrador o lo tolere, sin importar dónde suceda.

La violencia de género. - Se puede definir como cualquier acción dañina ejecutada en contra del consentimiento de un individuo, fundamentada en las diferencias asignadas socialmente entre hombres y mujeres. Es importante destacar que la naturaleza y la magnitud de los diversos tipos de violencia de género pueden variar considerablemente entre diferentes culturas, países y regiones.

Metodología

En esta investigación, se ha empleado la metodología bibliométrica. Se han incluido en la revisión y análisis datos desde 1987 hasta 2023. Se han consultado diversas fuentes como revistas, libros, etc., sumando un total de 390 documentos. Se han analizado 240 artículos publicados en la base de datos Scopus, todos ellos centrados en las políticas públicas para abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos a nivel global.

Scopus, una base de datos bibliográfica en línea que data de 2004, ha sido un recurso invaluable para facilitar la investigación, el análisis y el seguimiento de las tendencias en el campo de las ciencias. Ofrece una visión integral y diversa de artículos revisados por pares, lo que garantiza una visión basada en criterios y conocimientos diversos. Permite examinar el efecto, la incidencia y la interconexión de publicaciones, autores e instituciones.

Es importante destacar que Scopus contiene más de 3700 revistas indexadas de Gold Open Access y “Articles in Press” con más de 5500 títulos, cubriendo más de 40 idiomas.

Scopus cuenta con herramientas bibliométricas que permiten evaluar el rendimiento de las publicaciones y los autores, en función de las citas recibidas por cada artículo. Las métricas desarrolladas por expertos mejoran la comparabilidad y la consistencia, lo que convierte a Scopus en una herramienta confiable y esencial para las investigaciones bibliométricas.

Para la cadena de búsqueda, se utilizó Scopus y el Índice de Citas de Ciencias Sociales. La primera búsqueda fue “Políticas” (Título), obteniendo 366.888 documentos. Posteriormente, se realizó una segunda búsqueda combinando con la variable “Públicas”, resultando en 68.909 documentos. Al discriminar con la palabra “género”, se obtuvieron 3.697 documentos, y al añadir el término “violencia”, se redujo a 390 documentos. Se excluyeron ciertos tipos de documentos, como artículos publicados, escritos en inglés, de revistas y ponencias de congresos, y específicos de producción.

Se extrajeron 390 artículos para el estudio, revisados hasta el 13 de noviembre de 2023. Se consideraron todas las categorías de publicaciones. Los datos gráficos se recuperaron de la web de Scopus-Ciencias Sociales para completar la bibliografía.

Inicialmente, se utilizó la base de datos Citation Index (SCOPUS) y la bibliometría del paquete R versión 2.3.2, lanzada en noviembre de 2019, cargada a través de R Studio. Se empleó la aplicación biblioshiny, iniciando el procedimiento con el comando biblioshiny en el conector R.

Biblioshiny, una aplicación para bibliometría del paquete estadístico R, se utilizó para realizar este análisis bibliométrico. Esta aplicación va más allá de la simple navegación y descarga, proporciona una interfaz web a la herramienta bibliométrica, facilitando la gestión, clasificación y análisis de grandes volúmenes de publicaciones científicas.

Las interrogantes que guían este estudio buscan alcanzar el objetivo mediante el análisis bibliométrico de la política pública, considerando la violencia de género como variable, todo desde la perspectiva de los derechos humanos.

- ¿Cómo han evolucionado a lo largo del tiempo y cuáles son las tendencias actuales en la investigación académica sobre las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos?
- ¿Cómo se distingue el desarrollo cronológico del tema a partir de las publicaciones a lo largo del tiempo?
- ¿Qué revistas se destacan sobre las Políticas Públicas en el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos Humanos considerando el número de artículos publicado y número de citas?
- ¿Cuáles son los autores que más destacados sobre el tema, de acuerdo a: número de artículos publicados sobre las Políticas Públicas en el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos Humanos; citación y número de citas por artículo?
- ¿Cuáles son los artículos más relevantes sobre el tema?

Resultados

Presentamos un análisis detallado de los resultados que explora la evolución, las tendencias actuales, las revistas destacadas, los autores más influyentes y los artículos más relevantes en el campo de las Políticas Públicas para el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.

Relevancia del estudio en el ámbito de los derechos humanos

El análisis cronológico de las publicaciones de base de datos Scopus, de 1987 hasta octubre de 2023, suministra nuevos conocimientos. Como resultado, se publicaron 632 artículos. Recuperados de publicaciones en revistas y libros, documentos escritos por 160 autores afiliados, vinculado 69 instituciones de diferentes países.

Producción Científica Anual

La Figura No. 1 presenta un análisis evolutivo del seguimiento del tema de estudio, mostrando el comportamiento anual en sus diferentes etapas. Este análisis se refleja en el número de documentos distribuidos anualmente, así como en las tendencias y cambios observados en

las distintas fases de la investigación sobre Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.

Además, esta investigación se llevó a cabo considerando el número promedio de citas en artículos relacionados con el tema de las Políticas Públicas en el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos, tanto en promedio anual como por tema.

El periodo de investigación abarcó los años 1987-2023. La tabla muestra que la mayoría de los artículos relacionados con las Políticas Públicas en el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los Derechos Humanos se publicaron entre 2021 y 2023, alcanzando el mayor número de publicaciones en 2022 con 38 artículos.

En cuanto al promedio de citas totales por artículo, el año con el promedio más alto fue 2009, con 165,38 citas. Sin embargo, en términos de citación anual promedio, el estudio que se destacó con la citación más alta fue en 1987 con 37 citas. Esto demuestra que los artículos publicados en 1987, 1994 y 1995 son los que han sido citados con mayor frecuencia en comparación con los demás años considerados en el estudio sobre Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.

Figura 1. **PRISMA protocol guidelines, (DIRECTRICES DEL PROTOCOLO PRISMA)**

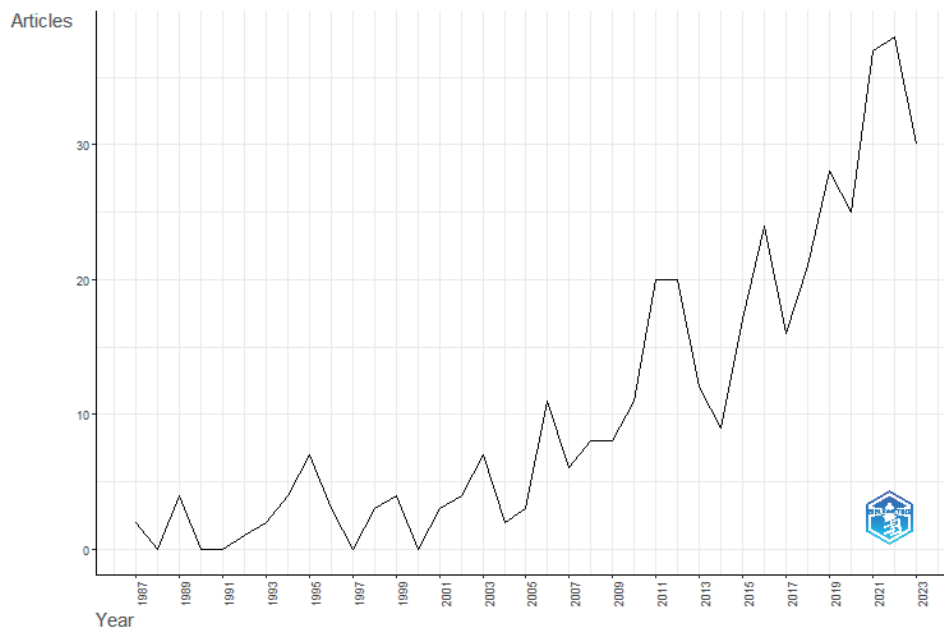
Figure: 1 PRISMA protocol guidelines
Web of ciencia 1987-2023
Search keywords "Politics" or "publics" or "genre" and "violence" and human rights"
First outcome
366.888
Filtered by
Documents with exclusion criteria such as published articles, articles written in English, magazine articles and conference presentations, specific production articles.
Secon outcome
68909
Analiysis
Install R
Install R - Estudio
Instal de Bibliometrix R packaje
Run Biblioshiny App
Scops

Fuente: Scopus - Ciencias Sociales

El seguimiento del desarrollo evolutivo, desde 1987 hasta octubre de 2023, se ha dividido en varias etapas. La distribución anual de los artículos proporciona una visión general de la situación, así como refleja las tendencias en la investigación detallada anualmente. La distribución

del número de documentos ilustra la situación general y las tendencias de la investigación sobre las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. En los últimos tres años, se ha observado un cambio de comportamiento que supera las características presentadas entre 1993-1995, diferenciándose de la dirección general de las diferentes etapas de análisis, tal como se muestra en la Figura 2.

Figura 2. **Producción Científica Anual**

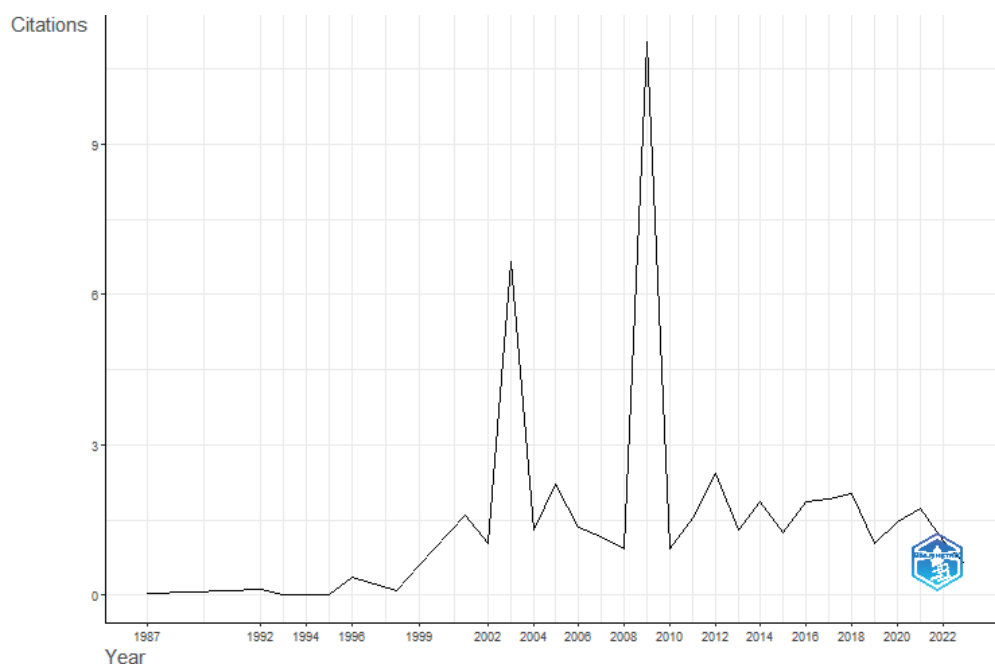


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Citación anual por año

Este estudio se llevó a cabo considerando el número promedio de citas por artículo relacionado con las Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos, tanto en promedio anual como por tema. El periodo de investigación abarcó desde 1987 hasta 2023. Según la Tabla 3, la mayoría de los artículos relacionados con este tema se publicaron en 2010. A partir de ese año, se observa una tendencia decreciente en la publicación de artículos relacionados, y en 2023 no se registraron publicaciones.

Figura 3. Citación anual por año

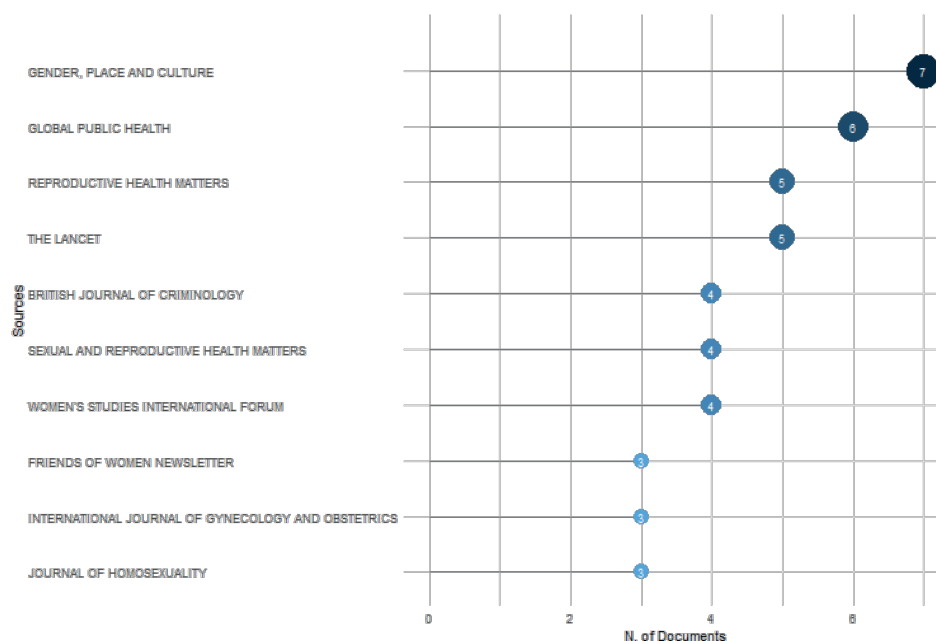


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Fuentes más relevantes

En la figura 3 se puede observar el número de artículos de investigación publicados por cada revista en función del nivel de relevancia para el tema sobre Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. Los datos arrojan una variada lista de los nombres de las principales revistas publicadas, el rango está diferenciado de acuerdo al color celeste, azul, y mayor rango publicado en azul oscuro; Cuanto más oscuro sea el color azul, mayor será la cantidad y relevancia para el tema de investigación; En cuanto al número de documentos publicados por todas las revistas parte del estudio varía entre 1 a más de 7. GENDER, PLACE AND CULTURE es una revista que se ubica en primera posición, con el número 7, se muestra en azul oscuro, en comparación con otras revistas; es decir la revista es relevante para el tema de discusión; Por otra parte, muestra en la figura a tres revistas que le siguen resaltados en azul menos oscuro; las de color celeste que se sitúan están en el nivel más bajo en contraste con varias publicaciones 3 en promedio. Esto significa que el tema de Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos es bajo en relación a la producción en términos de cantidad y relevancia. Se muestra que hay en total 7 revistas catalogadas como las más relevantes.

Figura 4. Fuentes de datos

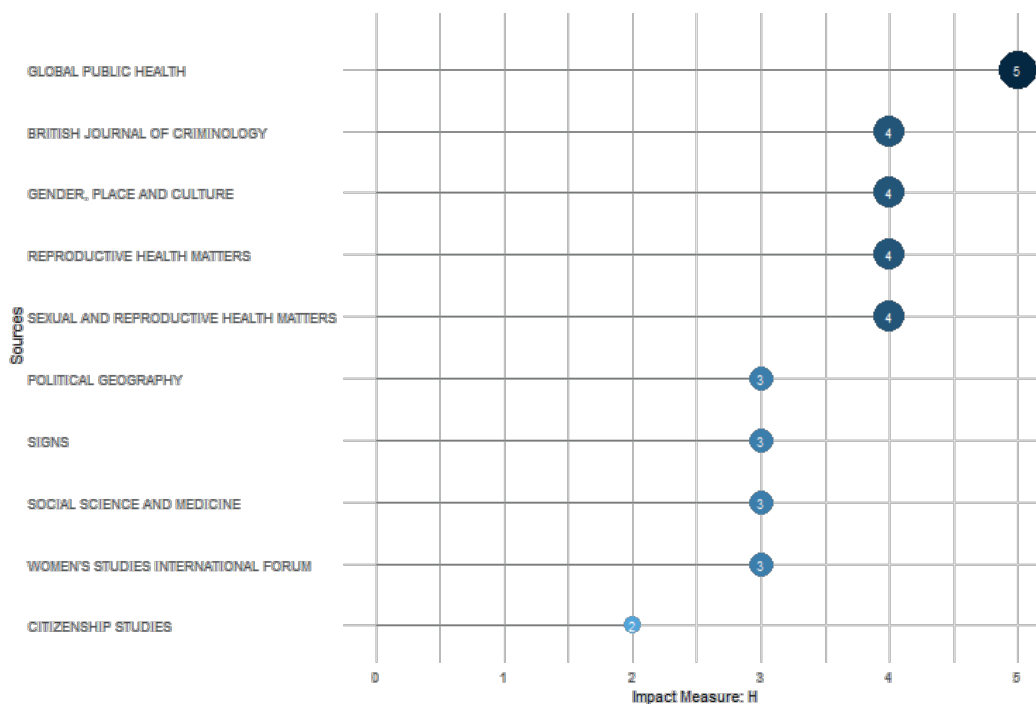


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Fuentes Impacto local

La presente investigación analiza también el desarrollo de fuentes relevantes con impacto local que se convierten en fuentes de investigación sobre Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. en la Figura 4 muestra el resultado, señala a la revista Global Public Health con mayor impacto local, representada con azul color oscuro; seguida de las revistas, BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY; GENDER, PLACE AND CULTURE, Sexual and Reproductive Health Mathers con distinción señalada en color azul claro.

Figura 5. Fuentes Impacto local

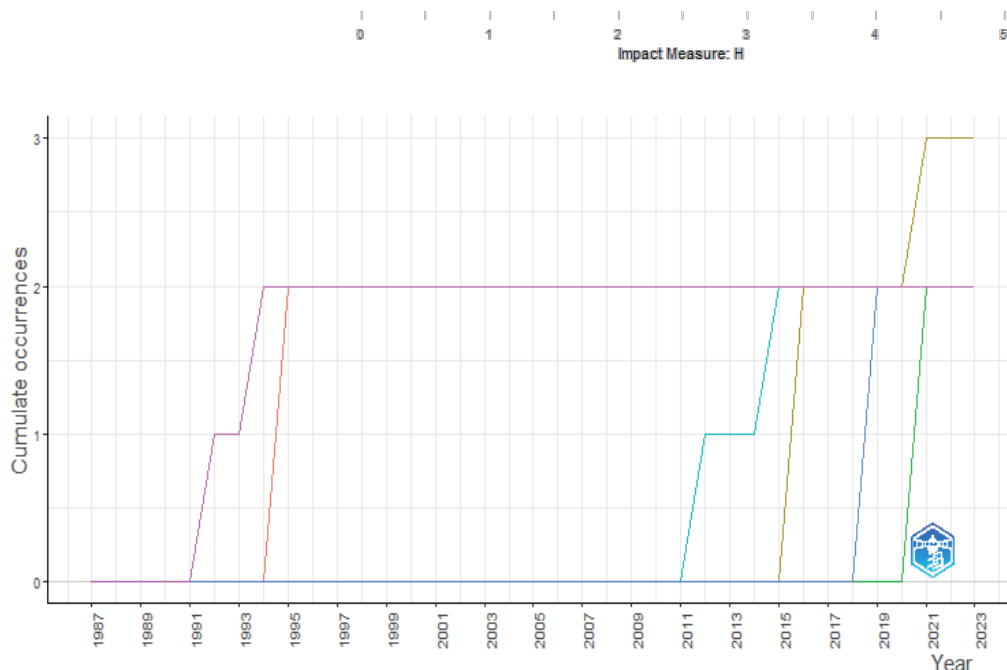


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Producción de fuentes a lo largo del tiempo

El gráfico 6 ilustra la variación en la cantidad de investigación realizada sobre Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. La tendencia indica que diversas revistas han incrementado su producción desde 1998, a pesar de un periodo de estancamiento en ciertos años. La línea superior del gráfico revela que algunas revistas, como el British Journal of Criminology y Global Public Health, han mantenido un crecimiento constante desde 1987, a pesar de una disminución en las publicaciones entre 1998 y 2011. En contraste, otras revistas, como el British Journal of Criminology, han mantenido una trayectoria constante a lo largo del tiempo.

Figura 6. Producción de fuentes a lo largo del tiempo

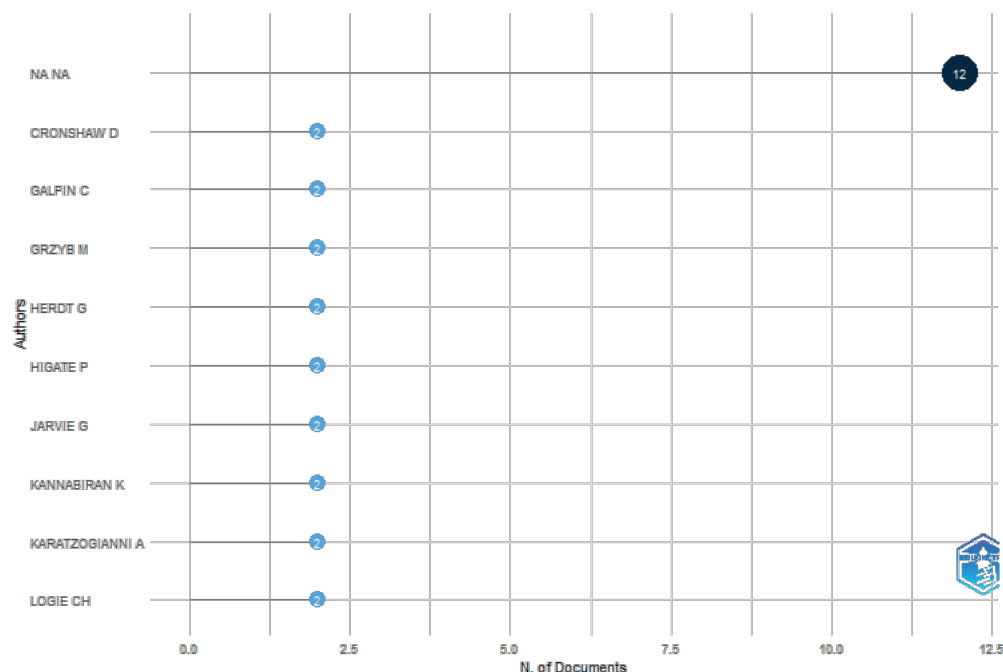


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Autores más relevantes

Entre los autores destacados, se reconocen aquellos que han publicado sus trabajos y han obtenido un impacto significativo basado en el índice h. Los datos revelan los valores correspondientes a cada autor, siendo 1 y 12. La magnitud del efecto se resalta en azul oscuro en la parte superior. La Figura 6 indica que el autor con el índice h más alto es NANA, quien se sitúa en la posición más relevante con 12 artículos y logra el primer lugar, marcado en azul oscuro que denota el máximo impacto. Le siguen 9 autores con un valor de índice h de 2, mostrando buenos resultados. Además, se encuentran 614 autores con un índice h de 1.

Figura 7. Autores más relevantes



Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R

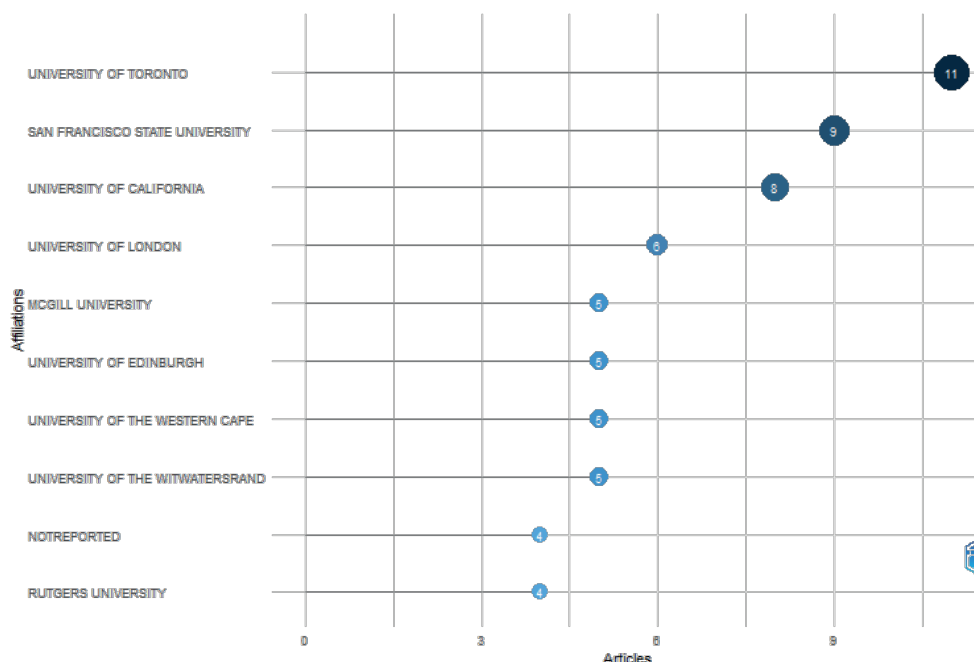
Afiliaciones más relevantes

En el conjunto de datos proporcionado, se identifican un total de 385 filiaciones universitarias, destacando la presencia de 10 universidades particulares. En este contexto, la Universidad de Toronto emerge como la institución más destacada, registrando un total de 11 filiaciones que se destacan en el gráfico, marcadas de manera distintiva con un tono azul oscuro. Este fenómeno sugiere no solo una presencia significativa de la Universidad de Toronto en el ámbito estudiado, sino también su marcada contribución a través de diversas afiliaciones a lo largo del período analizado.

En el segundo puesto, observamos a la Universidad de San Francisco, que, aunque ligeramente detrás en términos de número de filiaciones en comparación con la Universidad de Toronto, sigue siendo una presencia considerable en el gráfico, indicando su relevancia en la investigación objeto de estudio. La Universidad de California ocupa el tercer lugar en este ranking, consolidando su posición entre las instituciones más influyentes en el conjunto de datos.

La Universidad de London se ubica en el cuarto lugar, lo que resalta su contribución significativa al panorama de la investigación en cuestión. Además de estas instituciones destacadas, otras seis universidades continúan en la lista, subrayando la diversidad y riqueza de colaboraciones universitarias presentes en el gráfico. Estos hallazgos apuntan hacia la complejidad y la amplitud de la red de afiliaciones universitarias en el contexto estudiado, destacando la importancia de estas instituciones en la producción y colaboración en la investigación.

Figura 8. Afiliaciones más relevantes



Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R

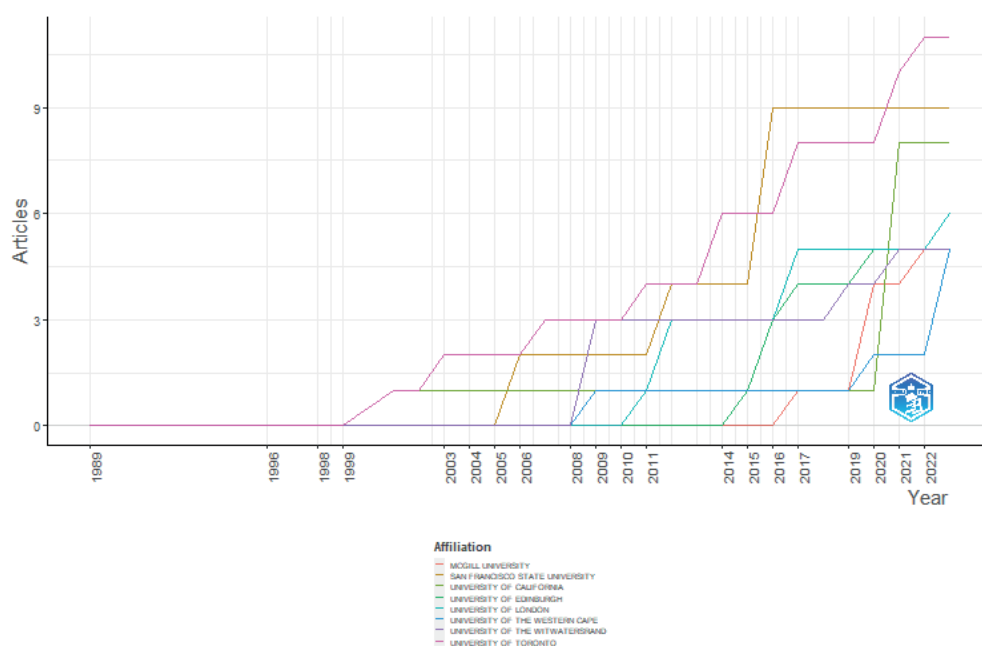
Afiliaciones Producción a lo largo del tiempo

La figura proporciona una representación visual de la afiliación universitaria de los autores a lo largo del tiempo. Este análisis aborda específicamente las universidades de correspondencia de los autores involucrados en la investigación. Al examinar estos datos, se destaca que la Universidad de Toronto sobresale significativamente, emergiendo como la institución con el mayor número de autores a lo largo de diferentes periodos temporales en comparación con otras siete universidades destacadas, como San Francisco State University, University of California, University of London.

La notable prevalencia de autores afiliados a la Universidad de Toronto sugiere un compromiso continuo y sostenido con la investigación en la temática considerada, la consistencia a lo largo del tiempo indica no solo la importancia de esta universidad en el ámbito de estudio, sino también su influencia persistente en la producción de conocimiento en la disciplina.

Este hallazgo podría deberse a diversos factores, como la excelencia académica, los recursos disponibles para la investigación, la colaboración interdisciplinaria, o la presencia de programas específicos que fomentan la participación en proyectos de investigación. En última instancia, la posición destacada de la Universidad de Toronto entre las instituciones estudiadas subraya su papel central en la contribución y el liderazgo en el ámbito de investigación que aborda la afiliación universitaria de los autores a lo largo del tiempo.

Figura 9. Afiliaciones Producción a lo largo del tiempo



Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R

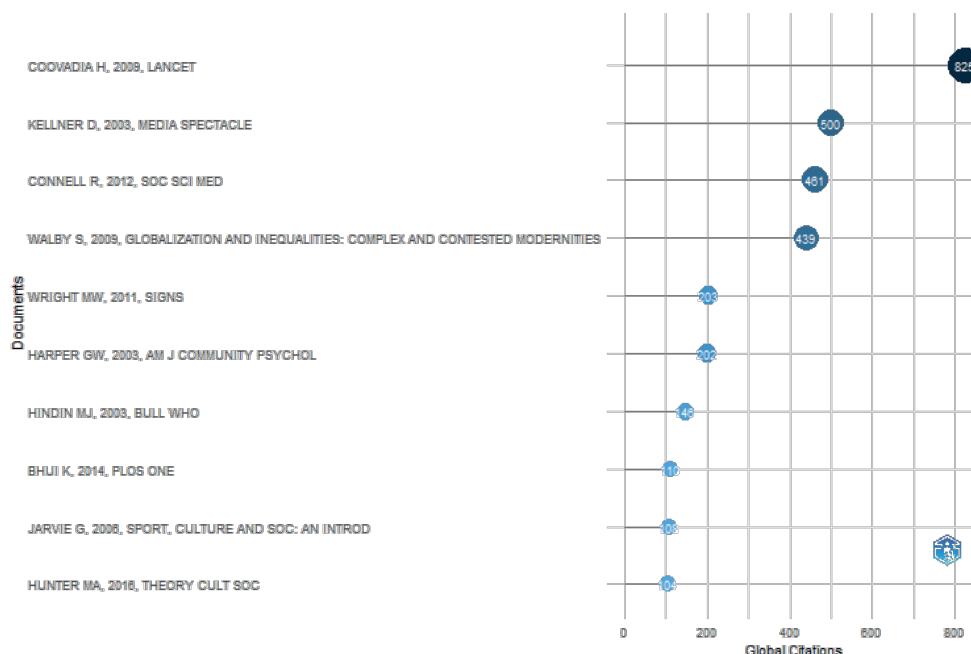
Documentos más citados en todo el mundo

El análisis presentado en el Gráfico No. 10 ofrece una visión global de los documentos más influyentes en el ámbito de Políticas Públicas para el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos. La tendencia identificada revela que el documento más citado a nivel mundial es el de COOVADIA H, publicado en 2009 en la revista LANCET, con un impresionante total de 825 citaciones. Este trabajo ha capturado la atención y el interés de la comunidad académica, posicionándose como una referencia crucial en el campo.

Por otra parte, encontramos otra contribución significativa en la obra de Kellner D., específicamente en su artículo “MEDIA SPECTACLE” de 2003, que ha acumulado un total de 500 citaciones. Este documento también se erige como una fuente importante, subrayando la relevancia y la repercusión que ha tenido en la investigación y el discurso académico sobre políticas públicas y el abordaje de la violencia de género.

Estos resultados subrayan la importancia de estos trabajos en la construcción del conocimiento global sobre la temática en cuestión. La alta cantidad de citaciones indica no solo la calidad y relevancia de los documentos, sino también su impacto significativo en la comunidad académica y su contribución al desarrollo de estrategias efectivas en la gestión de políticas públicas para combatir la violencia de género desde una perspectiva fundamentada en los derechos humanos.

Figura 10. Documentos más citados en todo el mundo

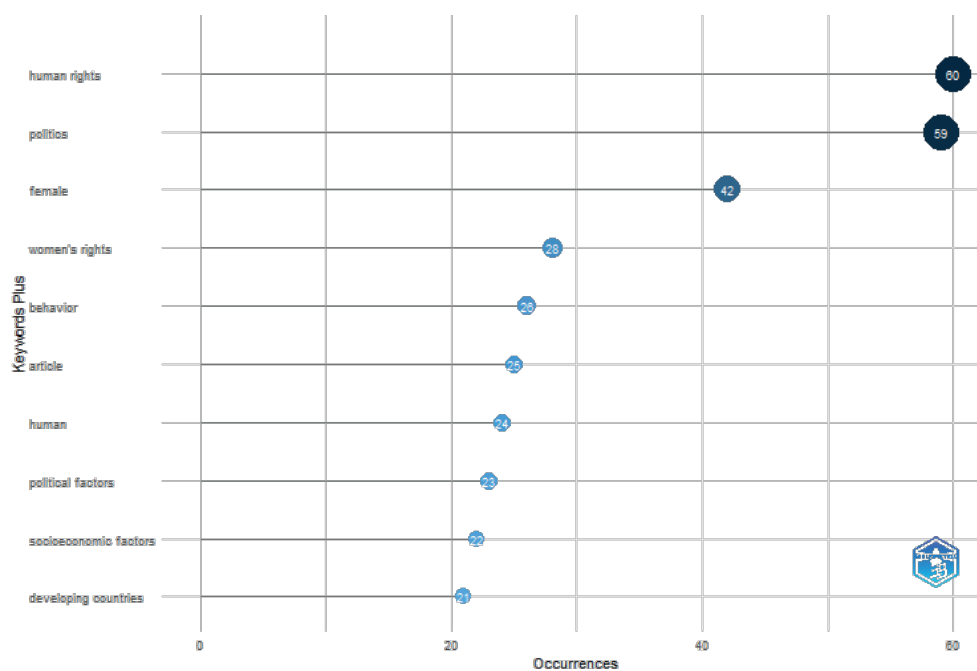


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R

Palabras más frecuentes

El gráfico Nro. 8 tenemos “Las palabras más mencionadas” esto se refiere a las palabras clave que son identificadas con mayor frecuencia en el análisis, mostrando una tendencia con un total de 60 palabras citadas, esto sugiere que “human rights” es la palabra más frecuente citada; le sigue de cerca “politics” con una citación de 59 palabras y “female” con 42 palabras, indicándonos que las palabras “politics” y “female” también son altamente citadas, pero en menor medida que “human rights”. Por ello, resalta su frecuente uso en las publicaciones de investigaciones, esto sugiere que estas palabras clave son centrales y recurrentes en el contexto de las publicaciones de investigación, lo que puede tener implicaciones importantes para el tema tratado. Dado que se trata de un tema de género, estas tres palabras se presentan como terminologías esenciales y vinculantes al tema. Esta parte explica por qué estas palabras específicas son significativas, al ser un tema relacionado con el género, las palabras identificadas son cruciales para la comprensión y exploración del contenido de las investigaciones.

Figura 11. Palabras más frecuentes

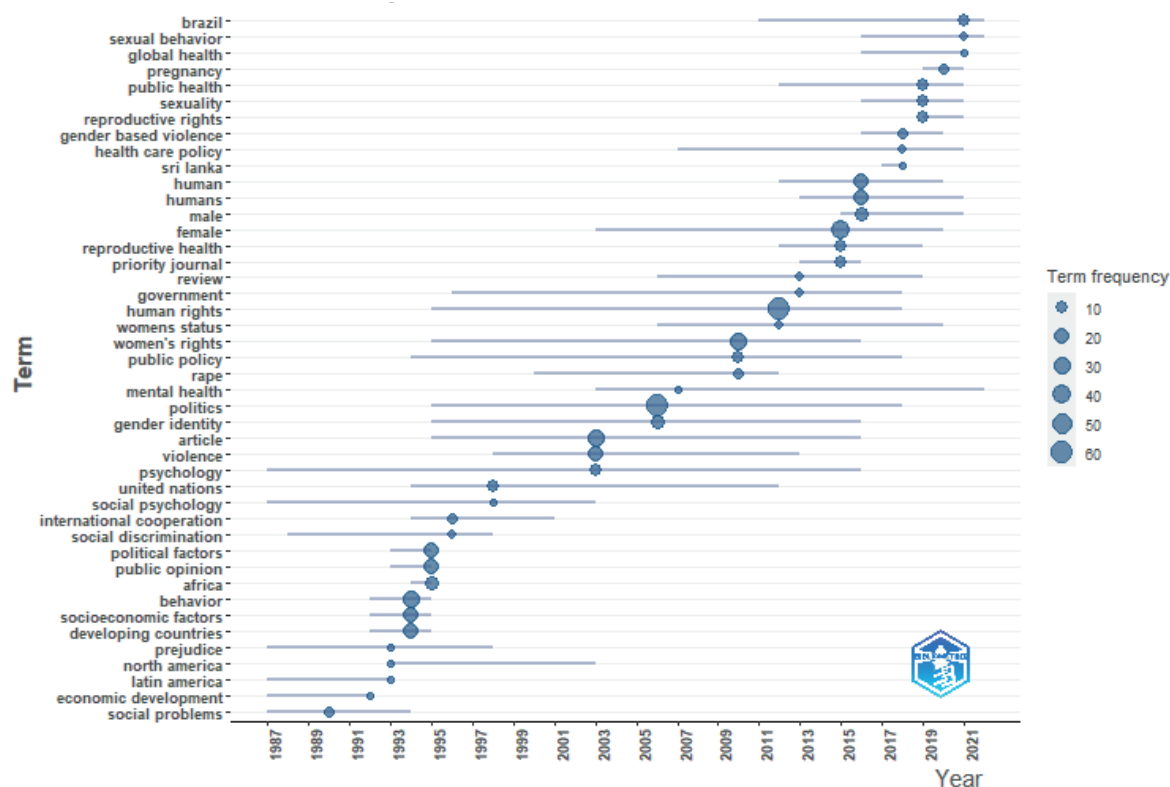


Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R

Temas de tendencia

El gráfico nos muestra la relevancia de los temas tratados (Violencia de género, políticas públicas, derechos humanos, análisis bibliométrico, tendencias de investigación) con mayor relevancia de escritura en los cuales los temas de mayor tendencia que han marcado significativamente la investigación en SCOPUS son “female” con un 40% de tendencia.

Figura 12. Temas de tendencia



Fuente: Social Sciences Citation –Scopus– Paquete Bibliometría R.

Resultados y discusión

En el transcurso de los años comprendidos entre 1987 y diciembre de 2023, se ha generado un corpus de conocimiento sustancial con la publicación en un total de 390 documentos, demostrando una constante tasa anual de crecimiento del 7,81%. Esta prolija producción científica se ve respaldada por la participación activa de 624 autores en la base de datos SCOPUS, subrayando la diversidad y colaboración en el ámbito académico.

Es imperativo destacar que, al examinar la evolución temporal, el año 2022 presenció un notable aumento en la producción anual, alcanzando la cifra de 38 documentos científicos, en comparación con los 37 registrados en 2021. Sin embargo, la dinámica cambia al analizar el presente año, el 2023, donde hasta la fecha se han redactado tan solo 30 documentos. Esta disminución aparente sugiere la necesidad de explorar las causas subyacentes y evaluar estrategias para impulsar un crecimiento sostenido en las publicaciones científicas.

En retrospectiva, se evidencia una fluctuación significativa en la tasa de citaciones promedio anual a lo largo del tiempo. En el año 2009, esta tasa alcanzó un notable crecimiento del 11%, marcando un periodo, particularmente la relacionada con “Políticas Públicas en el Abordaje de la Violencia de Género desde la Perspectiva de los Derechos Humanos”, recibió una atención sustancial. Sin embargo, con el devenir de los años, se ha observado una disminución considerable, registrando un 1.1% en 2022 y un 0.6% en lo que llevamos del 2023. Estos cambios subrayan la importancia de comprender y abordar las variaciones en el impacto de la publicación a lo largo del tiempo.

En el contexto específico de la obra mencionada, la concentración de citas en el año 2009 sugiere la relevancia duradera de dicho trabajo en el ámbito académico. No obstante, la disminución en las citas posteriores plantea interrogantes sobre cómo mantener la visibilidad y la influencia a lo largo del tiempo, lo que podría requerir estrategias específicas de difusión y promoción de la investigación.

En lo que respecta a las políticas públicas, se evidencian marcadas disparidades en la manera en que diferentes países abordan el problema de la violencia de género. Algunos países han adoptado enfoques más progresistas y eficaces que otros, destacándose una clara inclinación hacia la implementación de políticas basadas en los derechos humanos y la igualdad de género.

No obstante, se han identificado desafíos y obstáculos significativos en la puesta en práctica de políticas públicas efectivas en este ámbito. Estos desafíos abarcan desde la escasez de recursos y financiamiento hasta la falta de voluntad política, la resistencia cultural y la ausencia de coordinación entre diversas agencias gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

En cuanto a los documentos más influyentes en el ámbito de las políticas públicas para el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos, se identificó que el documento más citado a nivel mundial es el de COOVADIA H, publicado en 2009 en la revista LANCET, con un total de 825 citas. Este documento se centra en la prevención de la violencia de género y la promoción de la igualdad de género como estrategias clave para abordar este problema. Además, se encontró que la mayoría de los documentos más citados se centran en temas como la prevención de la violencia de género, la promoción de la igualdad de género, la atención a las víctimas de la violencia de género y la evaluación de las políticas públicas en este ámbito. Estos temas son fundamentales para el abordaje efectivo de la violencia de género y deben ser considerados en el diseño e implementación de políticas públicas.

En relación con las publicaciones académicas más destacadas en este campo, se ha constatado una diversidad de revistas que difunden investigaciones sobre las políticas públicas vinculadas a la prevención de la violencia de género desde una perspectiva de derechos humanos. Estas revistas abarcan tanto publicaciones especializadas en género y derechos humanos como aquellas de carácter más general en las disciplinas de ciencias sociales y de la salud.

La identificación de las “palabras más mencionadas” en este análisis bibliométrico arroja luz sobre las tendencias y enfoques predominantes en la investigación académica sobre políticas públicas relacionadas con la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos. La prominencia de la expresión “human rights” como la palabra más citada sugiere un término que, aunque en apariencia abstracto, podría encapsular conceptos esenciales y recurrentes en la literatura revisada. Este hallazgo invita a una exploración más profunda para comprender cómo esta expresión se entrelaza con la comprensión de la violencia de género y cómo podría servir como un concepto clave en este contexto.

La cercanía en frecuencia de “*politics*” y “*female*” revela una intersección crucial entre las dimensiones políticas y de género en la investigación examinada. La alta citación de “*politics*” sugiere un enfoque importante en los aspectos estructurales y políticos que influyen en las políticas públicas relacionadas con la violencia de género. Al mismo tiempo, la presencia recurrente de “*female*” destaca la centralidad de la perspectiva de género en estas investigaciones, enfocándose posiblemente en las experiencias y desafíos específicos enfrentados por las mujeres en relación con la violencia de género.

Estas palabras, más allá de ser simples indicadores temáticos, probablemente desempeñen un papel fundamental en la construcción del discurso académico en torno a los temas más publicados. Su uso frecuente sugiere no solo la esencialidad de estas expresiones para la comprensión del contenido investigativo, sino también su influencia en la forma en que se conceptualiza y aborda la violencia de género en el ámbito de las políticas públicas. La interpretación cuidadosa de estas palabras clave, por lo tanto, ofrece una entrada valiosa para desentrañar las complejidades de las dinámicas de género en este contexto, promoviendo así una comprensión más holística y reflexiva.

El panorama editorial refleja, por ende, una amplitud temática que aborda la complejidad del fenómeno, facilitando la difusión de conocimientos desde enfoques especializados hasta aquellos más abarcadores. Esta diversificación en las fuentes de investigación contribuye a enriquecer el debate académico y a promover un entendimiento más integral de las políticas públicas relacionadas con la violencia de género.

Este análisis bibliométrico proporciona una visión detallada de las tendencias y perspectivas globales en la investigación académica sobre las políticas públicas dirigidas a abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos. A pesar de los notables avances logrados en este campo, aún subsisten desafíos significativos que demandan atención para alcanzar una prevención y erradicación eficaz de la violencia de género. La diversidad de revistas especializadas que abordan esta temática refleja la complejidad del fenómeno y destaca la importancia de fuentes de investigación especializadas y multidisciplinarias.

Se subraya la necesidad crítica de adoptar políticas basadas en los derechos humanos y la igualdad de género como cimiento fundamental para abordar la problemática de la violencia de género. La aplicación efectiva de estas políticas requiere no solo un compromiso sostenido a nivel gubernamental, sino también la asignación adecuada de recursos y financiamiento. La falta de voluntad política, la resistencia cultural y la coordinación insuficiente entre agencias gubernamentales y organizaciones civiles emergen como desafíos clave que deben ser superados para lograr un impacto real.

Este análisis resalta la urgencia de un esfuerzo coordinado a nivel global, con el fin de superar los obstáculos persistentes y avanzar hacia un cambio sustancial en la prevención y erradicación de la violencia de género. La convergencia de conocimientos desde diversas disciplinas y la consolidación de estrategias basadas en la evidencia son esenciales para abordar de manera integral este fenómeno social y construir un futuro más seguro e igualitario para todos.

Conclusiones

Con el paso del tiempo, se ha registrado un incremento sostenido en la producción académica relacionada con las Políticas Públicas para el Tratamiento de la Violencia de Género desde una Perspectiva de Derechos Humanos. Este campo de estudio cuenta con un sólido cuerpo de conocimiento compuesto por 390 documentos. La contribución activa de 624 autores resalta la diversidad y la colaboración en la comunidad académica.

Se ha notado un crecimiento notable en la producción anual durante el 2022. Sin embargo, la tasa de citaciones ha experimentado variaciones significativas a lo largo de los años, alcanzando su pico en 2009 y disminuyendo en los años subsiguientes. Esta fluctuación enfatiza la necesidad de comprender y gestionar las dinámicas cambiantes del impacto de la investigación.

A pesar de los enfoques progresivos adoptados por ciertos países, persisten retos considerables en la implementación efectiva de políticas públicas destinadas a combatir la violencia de género. Estos desafíos abarcan desde la falta de recursos hasta la resistencia cultural y la ausencia de coordinación entre las agencias gubernamentales y las organizaciones civiles.

El pico de citaciones registrado en el año 2009 sugiere la relevancia perdurable de ciertas investigaciones en el campo académico. No obstante, la disminución de las citaciones en los años siguientes resalta la necesidad de implementar estrategias continuas para mantener la visibilidad e influencia de estos trabajos a lo largo del tiempo.

A pesar de los progresos considerables en esta área, aún persisten retos importantes que requieren atención para lograr una prevención y eliminación efectiva de la violencia de género. La variedad de revistas especializadas que tratan este tema evidencia la complejidad del fenómeno y subraya la relevancia de contar con fuentes de investigación especializadas y de carácter multidisciplinario.

Recomendaciones

En vista de la aparente disminución en la producción científica durante 2023, se aconseja llevar a cabo un análisis exhaustivo para entender las causas que subyacen a esta tendencia y formular estrategias efectivas que promuevan un crecimiento sostenible en la publicación de investigaciones.

Dada la identificación de desafíos en la implementación de políticas públicas, se propone enfrentar estos obstáculos a través de la asignación adecuada de recursos, la superación de resistencias culturales y el fortalecimiento de la coordinación entre diversas entidades.

Teniendo en cuenta la variabilidad en la tasa de citaciones, se sugiere la creación de estrategias efectivas de difusión y promoción de la investigación para preservar su impacto a lo largo del tiempo, garantizando una visibilidad constante en la comunidad académica.

Ante la diversidad de revistas y la complejidad del fenómeno, se recomienda impulsar un enfoque interdisciplinario y global en la investigación. Esto implica promover la colaboración entre diferentes disciplinas y la convergencia de conocimientos desde diversas perspectivas para abordar de manera integral la violencia de género.

Bibliografía

- Ferreya M. [et al.]. (2022) Políticas públicas y perspectiva de género: indicadores, seguimiento y monitoreo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; San José: INAMU - Instituto Nacional de las Mujeres; Cooperación Sur. Cooperación Triangular; Santa Fe: Ministerio de Igualdad, Género y Diversidad; 2022.
- Lahera, E. (2004 citado por Hermoza M, 2022) - Interculturalidad y Desarrollo Local en los GAD Otavalo Cotacachi Provincia de Imbabura.
- Majone Giandomenico, citado por Julián F, Bautista R (2012) Aplicación del Modelo del Artesano De Giandomenico Majone, Para el Análisis de las Políticas Públicas.

Mendíaz G (. 2004, pág. 1, Citado por Hermoza M., 2022) - Interculturalidad y Desarrollo Local en los GAD Otavalo Cotacachi Provincia de Imbabura.

Muller, P. (2006). *Las políticas públicas*. Bogota-Colombia: Universidad Externado de Colombia.

“Bibliometrix - Home”. Bibliometrix R-Package. Consultado el 15 de noviembre de 2023. <https://www.bibliometrix.org/home/index.php>.

Políticas Públicas y Perspectivas de Género: Indicadores, Seguimiento y Monitoreo, <file:///D:/2024/0/PARAF/Políticas-publicas-perspectivas.pdf>

Capítulo 4

INCLUSIÓN FINANCIERA CON ENFOQUE DE GÉNERO: PERSPECTIVAS Y REALIDADES EN ECUADOR

Carmen Gabriela Ribadeneira Grijalva

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

cgribadeneria@pucesi.edu.ec

Jorge Oswaldo Muñoz Rivadeneira

Abogado por la Universidad Técnica Particular de Loja

jomriv22@gmail.com

Resumen

La inclusión financiera en Ecuador, con enfoque de género, es un tema crucial que abarca diversas áreas. A pesar de los esfuerzos significativos para mejorar esta problemática existen desafíos, especialmente para las mujeres. Según el Banco Mundial, solo el 13% de la población ecuatoriana mayor de 15 años, en su mayoría mujeres, ha tenido acceso a ahorros productivos y solo el 17% ha tenido acceso a crédito. Para abordar esta situación, desde 2020, varias instituciones financieras privadas se han unido a la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera cuyas metas hasta el 2023, están centradas en el acceso e infraestructura de pagos, oferta de productos y servicios financieros digitales, y financiamiento a PYMES, con especial atención a las empresas lideradas por mujeres. El presente trabajo de investigación pretende responder a la siguiente pregunta: ¿En qué medida han contribuido las políticas públicas, incluida la reciente Política Nacional de Inclusión Financiera, a la inclusión financiera de las mujeres en Ecuador? Para este fin, en la primera parte se plantea, como objetivo general, hacer una aproximación teórica y práctica del concepto inclusión financiera y su evolución en Ecuador. En la segunda parte, se explica esta problemática desde una mirada general en América Latina y la condición de las brechas de género en el país, con el fin de analizar debilidades y deficiencias del sistema financiero, desde la crítica y la posición argumentativa de algunos autores. Como metodología necesaria se recurrió a un enfoque cualitativo, con la utilización del método normativista y hermenéutico, basado en una revisión documental de la inclusión financiera, en particular, de las mujeres ecuatorianas. Con la identificación de las deficiencias y debilidades encontradas, se revela la incidencia de un factor cultural más allá del actuar de las instituciones públicas y privadas sumadas a las pocas iniciativas en políticas públicas que afectan a este derecho de las mujeres. El estudio destaca la influencia de factores culturales que, junto con la limitada implementación de políticas públicas y la acción insuficiente de instituciones, contribuyen a una forma de violencia económica que afecta a las mujeres ecuatorianas en su entorno familiar. Esta violencia limita su autonomía para tomar decisiones que mejoren su seguridad económica y situación financiera. Finalmente, se realizará un análisis jurídico respecto de la reciente aprobación y expedición de la “Política Nacional de Inclusión Financiera”.

Palabras clave: Inclusión financiera, género, mujer, políticas públicas, factores culturales.

Abstract

This research paper aims to answer the following question: To what extent have public policies, including the recent National Financial Inclusion Policy, contributed to the financial inclusion of women in Ecuador? To this end, the first part proposes a theoretical and practical approach to the concept of financial inclusion and its evolution in Ecuador. The second part explains this issue from a general perspective in Latin America and the condition of gender gaps in the country, with the aim of analyzing weaknesses and deficiencies in the financial system, from the critique and argumentative position of some authors. With the identification of the found deficiencies and weaknesses, the incidence of a cultural factor beyond the actions of public and private institutions, added to the few initiatives in public policies, is revealed. The study highlights the influence of cultural factors that, together with the limited implementation of public policies and the insufficient action of institutions, contribute to a form of economic violence that affects Ecuadorian women in their family environment. This violence limits their autonomy to make decisions that improve their economic security and financial situation. Finally, a legal analysis will be conducted regarding the recent approval and issuance of the “National Financial Inclusion Policy.”

Keywords: Financial inclusion, gender, women, public policies, cultural factors.

Introducción

La inclusión financiera es un pilar fundamental para el desarrollo económico y la equidad social. Este estudio surge de la necesidad de comprender el impacto de las políticas públicas en la inclusión financiera de las mujeres en Ecuador, un tema de gran importancia tanto en el ámbito científico como en el social. La motivación detrás de esta investigación radica en la observación de persistentes brechas de género en el acceso a servicios financieros, a pesar de los esfuerzos legislativos y regulatorios recientes.

El interés de este trabajo se centra en su contribución al conocimiento científico sobre la inclusión financiera con una perspectiva de género, proporcionando una base empírica para la formulación de políticas más efectivas. Además, tiene el potencial de influir positivamente en la sociedad al promover la igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres.

Investigaciones previas han abordado la inclusión financiera desde diversas perspectivas, pero pocas han centrado su enfoque en la intersección de género y políticas públicas en el contexto ecuatoriano. Los resultados obtenidos hasta la fecha indican que, si bien se han logrado avances, aún existen desafíos significativos que requieren atención.

El informe de ONU Mujeres no solo destaca las dificultades enfrentadas por las mujeres en el ámbito financiero durante la pandemia, sino que también subraya la importancia de una recuperación económica inclusiva. Este contexto global sirve como telón de fondo para nuestra investigación en Ecuador, donde la necesidad de políticas públicas con enfoque de género se hace aún más evidente. (ONU Mujeres, 2022).

El objetivo general de esta investigación fue evaluar el estado actual de la inclusión financiera de las mujeres en Ecuador y el efecto de las políticas públicas con enfoque de género. A través de un análisis exhaustivo de la Política Nacional de Inclusión Financiera y otros instrumentos legislativos, este trabajo busca identificar barreras y proponer recomendaciones legales para mejorar la situación financiera de las mujeres ecuatorianas.

Las principales conclusiones apuntan a la influencia de factores culturales y la acción insuficiente de las instituciones como elementos que perpetúan la violencia económica y limitan la autonomía financiera de las mujeres. Se espera que este estudio sirva como un llamado a la acción para los responsables de la formulación de políticas y como un paso hacia la eliminación de las desigualdades de género en el sistema financiero. Las referencias clave para este estudio incluyen tanto literatura clásica como investigaciones recientes, destacando publicaciones en revistas y libros científicos que abordan la inclusión financiera y la equidad de género.

Métodos

En la metodología de investigación se utilizó, el enfoque cualitativo recurriendo a la revisión documental del material actualizado sobre la inclusión financiera en el Ecuador; y, cuantitativo, sin usar estrictamente la estadística, pero sí, analizando cuadros estadísticos sobre el crédito del país, con profundidad descriptiva, considerando una descripción detallada de la problemática y situación actual de la inclusión financiera con perspectiva de género en Ecuador. Siendo necesaria e inminente la recopilación de datos estadísticos sobre acceso y uso de servicios financieros por parte de mujeres y hombres, y la descripción de políticas existentes.

La información obtenida se ordenó y priorizó para analizarla bajo el método analítico que permitió entender las barreras de la mujer en inclusión financiera, sus causas, consecuencias, y su relación con la legislación vigente, creación de políticas públicas, sociedad y Estado. El método normativista y el hermenéutico permitieron acercarse a la normativa ecuatoriana que rige en inclusión financiera y, esclareciendo la vulnerable y precaria situación financiera de la mujer en la intermediación financiera. Considerando la importancia e impacto que tienen las políticas públicas en el desarrollo y solución de problemas de orden público, así como, las normas y leyes relacionadas con la inclusión financiera e igualdad de género.

La aplicación del método normativista en esta investigación permitió evaluar la pertinencia, aplicación de éstas por las instituciones financieras, su impacto en la reducción de la brecha existente y la necesidad de evaluar, adecuar y proponer cambios legales o reformas sustanciales que permitan a las mujeres ecuatorianas, como emprendedoras tener posibilidades de acceso a un sistema financiera que no se excluyente, sino inclusivo, como todas las políticas públicas que pregonan el Estado.

El presente estudio se realizó con la técnica de investigación de revisión documental, apoyada en los criterios más acertados de especialistas en el área, en fuentes secundarias de información como la base de datos Global Findex 2021, el Instituto de Estadísticas y Censos del Ecuador, Boletín de Inclusión Financiera del Banco Central del Ecuador y el informe de inclusión financiera de la SEPS, así como cuerpos Legales relevantes.

La investigación ha evidenciado que, a pesar de los esfuerzos gubernamentales y de entidades tanto públicas como privadas, la inclusión financiera en Ecuador avanza a un ritmo no significativo, manteniendo la problemática vigente. Los resultados indican que la falta de un enfoque sistémico en la implementación de pilares fundamentales como acceso, uso, calidad, protección, regulación, educación y bienestar ha limitado el progreso deseado. En particular, se ha identificado que el marco regulatorio actual genera disparidades entre los distintos sectores del sistema financiero, lo que resulta en una escasa motivación por parte de la banca privada para expandir servicios a segmentos históricamente marginados. Además, se destaca la importancia de la educación financiera y la calidad de los servicios como factores determinantes en la

mejora del acceso y uso de productos financieros, especialmente para las mujeres, quienes enfrentan barreras adicionales como normas sociales restrictivas, violencia económica y brechas digitales. Los hallazgos sugieren que las iniciativas actuales no han logrado un impacto considerable en la reducción de la brecha de género en la inclusión financiera. Se recomienda una revisión y adaptación de las políticas públicas y estrategias del sistema financiero para abordar las necesidades y roles de la mujer, promoviendo un entorno más equitativo y propicio para su desarrollo económico y social.

Resultados y discusión

La inclusión financiera desde la teoría, la práctica y evolución

La inclusión financiera es un concepto en construcción, no hay consenso para definirlo; pero algunos autores coinciden en ciertas dimensiones teóricas que la caracterizan: acceso, uso, calidad, protección, regulación, educación y bienestar (Araque, et al, 2019). Desde la práctica, la inclusión financiera busca incorporar segmentos de la población tradicionalmente excluidos por la banca tradicional (Azar, et al, 2018).

Conceptualmente, la inclusión financiera empezó con la idea de ahorros informales y grupos de crédito en el siglo XV. Posteriormente, en el siglo XVIII surge el modelo de Friedrich Wilhelm Raiffeisen de finanzas cooperativas, adaptado y aplicado en el siglo XX en las zonas rurales de América Latina a inicios de esa época; así, en 1970 aparece “el concepto de microcrédito como iniciativa para otorgar créditos pequeños a asociaciones de mujeres microempresarias” (Guerrero, et al, 2012).

En Ecuador, a mediados de la primera década de 2000, el microcrédito como producto tuvo un crecimiento exponencial en bancos especializados en microfinanzas y cooperativas de ahorro y crédito. De ese modo, en el año 2007 se impulsó desde la política pública programas y proyectos de finanzas populares y solidarias (Araque & Rivera, 2020). De ahí que, la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en el art. 283 reconoce a un sistema económico social y solidario, que abre las puertas a las finanzas populares y solidarias que distingue las formas de organización económica pública, privada, mixta y, con especial atención, a las de la economía popular y solidaria. Adicionalmente, en 2012, el Banco Central del Ecuador propuso una política nacional para fomentar la inclusión financiera.

En consecuencia, a lo planteado como mandato constitucional entra en vigor la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, que plantea operar, promover y controlar este sector. Por último, en agosto de 2017 la Red de Instituciones Financieras de Desarrollo presenta la “Propuesta para la construcción de una Política Nacional de Inclusión Financiera”, con el propósito de crear el marco institucional que permita asentar en territorio una estrategia nacional de inclusión financiera.

Durante el periodo 2017-2021, el presidente Lenin Moreno Garcés usó un discurso de una izquierda moderada con enfoque social, por esta razón, en su Plan Nacional Toda una Vida plantea al ser humano como el centro del desarrollo, “y no el mercado ni el capital” (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2017). El Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 en el Eje 2, Economía al servicio de la sociedad, integra en sus objetivos y políticas la inclusión financiera para acceder a segmentos de la población excluidos mediante servicios financieros formales “ (2017, p. 71).

Por otro lado, en su gestión el presidente Guillermo Lasso implementó una estrategia económica centrada en estimular la economía mediante la promoción de la inversión privada y la optimización del gasto público. Este enfoque se refleja en el Plan Nacional Creando Oportunidades 2021-2025, que tiene como objetivo principal crear condiciones propicias para el desarrollo empresarial y la atracción de inversiones. La finalidad de estas medidas es fomentar la creación de empleo y elevar el nivel de vida de la población ecuatoriana (Consejo Nacional de Planificación, 2021). Esta visión de progreso económico se alinea con los esfuerzos globales para promover la inclusión financiera, especialmente entre las mujeres, como un medio para alcanzar el desarrollo sostenible y la igualdad de género.

La inclusión financiera es esencial para combatir la desigualdad de género y promover el desarrollo sostenible. Las brechas de género en el acceso a servicios financieros no solo perpetúan la subordinación económica de las mujeres, sino que también obstaculizan el crecimiento global. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 reconocen la importancia de la inclusión financiera en la erradicación de la pobreza, el fomento de la productividad y la innovación, y la reducción de desigualdades, incluyendo las de género. La inclusión financiera tiene un impacto positivo en múltiples ODS, como el “Hambre cero”, donde mejora la productividad de pequeños productores, y el “Trabajo decente y crecimiento económico”, donde facilita el ahorro y la financiación de emprendimientos. Además, contribuye significativamente a objetivos relacionados con la pobreza, la salud, la educación, el saneamiento, la energía limpia, la industria, la reducción de desigualdades y la promoción de sociedades pacíficas y justas. Específicamente, el ODS “Igualdad de género” subraya la necesidad de reformas que proporcionen a las mujeres acceso a recursos financieros y productivos, lo cual es crucial para su autonomía económica y empoderamiento (Carballo, 2019). En vista de los avances logrados, Ecuador ha progresado significativamente en la inclusión financiera en las últimas décadas.

Este proceso evolutivo de inclusión financiera tiene relación estrecha entre las finanzas de un Gobierno y el crecimiento económico. Varios estudios sobre este tema concluyen que los países con mejor desarrollo de su sistema financiero tienen un mejor crecimiento económico. Ahí, la participación de los mercados financieros y el sistema bancario es clave para financiar actividades industriales y productivas; el crédito es uno de los elementos de causalidad más importantes por cumplir un papel fundamental en la sostenibilidad y crecimiento de micro y pequeñas empresas (Jácome, 2021).

Brechas de género en inclusión financiera

Con relación a las brechas de género en inclusión financiera se ha evidenciado desventajas en América Latina y el Caribe. Según datos del Banco Mundial, solo el 49 % de las mujeres tiene una cuenta bancaria, el 11 % ahorra, y el 10 % dispone de crédito K. Azar, E. Lara, y D. Mejía, *Inclusión financiera de las mujeres en América Latina. Situación actual y recomendaciones de política, serie políticas públicas y transformación productiva*, vol. 30, 2018. El Banco Mundial en 2017 demostró que alrededor del 56 % de los no bancarizados en el mundo son mujeres, y esta población vive en países en desarrollo. (Borja & Campuzano, 2018).

En Ecuador la discriminación de género en inclusión financiera nos deja ver que la condición de hombre y mujer importa; especialmente en el campo donde la mujer —que no tiene acceso a comunicación digital— presenta la peor. Al respecto, los datos del reporte Global Findex, utilizados en esta investigación, indican que en Ecuador las brechas de género en el acceso a créditos persisten, “pues solamente el 8% de la población femenina [...] obtuvo crédito en una institución financiera, frente al 16% de los hombres”. (Arregui et al., 2020).

Con respecto al porcentaje de mujeres que poseen una cuenta en el sistema financiero “únicamente el 42% de mujeres tiene titularidad de cuenta, lo que marca una distancia con el área de Latinoamérica y el Caribe de 9 puntos” Arregui, Guerrero, y Ponce.. Igualmente, datos del Banco Mundial indican “que la brecha de género es de 18 puntos porcentuales, muy por encima de la brecha global y regional que se ubica en el 7% y 6%, respectivamente” Arregui, Guerrero, y Ponce.. En conclusión, este contexto demuestra que la brecha de género existente en inclusión financiera es una realidad en las mujeres ecuatorianas.

En el contexto de la pandemia por la COVID-19 en el gobierno de Lenín Moreno se decretaron estados de excepción con la aplicación de medidas de restricción de movilidad, que tuvo un impacto negativo en las actividades comerciales, existiendo sectores de mayor afectación como el turismo; este es uno de los que más emplea mujeres.

En consecuencia, el deterioro del mercado laboral fue uno de los resultados más severos que deja esta crisis sanitaria, para junio 2020 más de un millón de personas pasaron al desempleo, incorporándose paulatinamente durante el mismo año en el subempleo. Esta situación agrava las condiciones laborales de la mujer por la segregación de género en ocupaciones de menor paga HIAS, «Brechas para la inclusión financiera de las mujeres en movilidad humana», *Caminando hacia la igualdad de género*, 2020, 1-86.

También, es importante mencionar que la condición de empleo no remunerado predomina como actividad casi exclusiva de la mujer, de acuerdo con datos del INEC 66,1% de las mujeres están en esta categoría frente a un 33,9% de hombres. Esta representación inequitativa demuestra que el género es una condición para la segregación de ciertas actividades, de esta manera se observa la desvalorización del trabajo, y con esto la dificultad de acceder al sistema financiero formal, y aun más de solicitar un crédito por no poder demostrar ingresos estables (HIAS, 2020)

Deficiencias y debilidades del Sistema Financiero como barreras de entrada para la inclusión financiera de la mujer

La condición de género es una variable determinante de exclusión financiera, por lo tanto, los requerimientos de financiamiento serán suplidos por el mercado informal del dinero, circunstancia que agrava su situación por los altos costos que este representa. Por esta razón, es necesario visibilizar qué barreras se presentan para las mujeres en el acceso formal a productos y servicios financieros.

El índice de inclusión financiera de la mujer representa el 42% es decir que el 58% de mujeres se encuentran afectadas por exclusión financiera. Para Carvajal en su análisis resalta que el esfuerzo de inclusión del sistema financiero, creando productos y servicios para el público en general no revierte la tendencia de exclusión. Por ende, el impacto socioeconómico de las mujeres jefas de hogar para cubrir sus necesidades financieras vinculadas con educación, salud, vivienda y actividades productivas se ven insatisfechas. Sumando a esto, factores sociales y culturales reducen la posibilidad para que las mujeres tomen decisiones propias para ejercer autonomía financiera (Carvajal, 2018).

La injusta distribución de los recursos económicos para la mayor parte de la población persiste en el tiempo, en consecuencia, esto genera exclusión social y pobreza, limitando la posibilidad de un desarrollo sostenible. Tomando en cuenta el enfoque de capacidades y libertades de Amartya Sen que tiene como eje central al ser humano en el desarrollo; y, la falta de oportunidades económicas como un obstáculo en la práctica de libertades fundamentales (Martins,

2010). Es imprescindible tener en cuenta la relación directa de lograr seguridad económica en las mujeres ecuatorianas, a través de la oportunidad en el acceso a servicios financieros democratizados.

En el libro de Arregui Ruth, Guerrero Rosa y Ponce Karina con el título de “Inclusión financiera y desarrollo situación actual retos y desafíos de la banca” presenta un análisis concluyente de los factores que limitan la inclusión financiera. Iniciando por las prácticas regulatorias —principal obstáculo para lograr la inclusión financiera— seguido por la ausencia de incentivos de política pública, informalidad económica, escasa educación financiera, control de las tasas de interés y la desconfianza en las entidades financiera (Arregui et al., 2020)

Agregando a lo mencionado, el diagnóstico indica que el Código Orgánico Monetario y Financiero mantiene una normativa distante a las mejores prácticas haciendo que se apliquen de manera diferenciada las reglas de control para el sistema financiero privado (Bancos), el sistema financiero popular y solidario (Cooperativas) y el sistema financiero público Arregui, Guerrero, y Ponce., escenario que afecta la dinámica natural de oferta y demanda, siendo para los Bancos más difícil ingresar y competir en el producto de microcrédito.

En términos de acceso en productos y servicios financieros algunas razones que se destacan en la bibliografía revisada son: educación financiera, falta de documentación, desconfianza, distancia que implica para su uso, altos costos, conectividad y acceso a tecnología, donde la principal brecha de género se manifiesta en el acceso a créditos, pues solamente el 8 % de la población femenina manifestó contar con un crédito frente al 16 % de los hombres (Arregui et al., 2020). De igual forma, la titularidad de cuenta es del 42 % con una distancia de 9 puntos la media en los países de Latino América y el Caribe.

Desafíos para promover la inclusión financiera con perspectiva de género

Para Jácome en primer lugar los retos se presentan en la canalización de recursos económicos de la población que tiene capacidad de ahorro hacia los sectores que no tienen disponibilidad de recursos económicos inmediatos, pero que tienen la necesidad y oportunidad de invertir. Esta intermediación financiera, se realiza a través de un crédito productivo que genera impactos económicos y sociales positivos. En segundo lugar, la dificultad de identificar los problemas de racionamiento en los sectores tradicionalmente excluidos de los mercados de crédito; y por último, en el cambio de paradigma en las microfinanzas para acceso al crédito a gran escala, con intención de lograr mayor profundidad y alcance en la población excluida (Jácome, 2021).

En la misma línea, los obstáculos se presentan con la sobre regulación del sistema financiero que más allá de crear un escenario de oportunidades para la democratización de productos y servicios financieros, en su afán de control, produce un efecto contrario al no permitir que sea el propio mercado quien lo regule, en consecuencia, se produce la contracción del crédito dejando de atender a segmentos de la población que presentan ciertas particularidades como ausencia de garantías reales, distancia geográfica y respaldo de ingresos.

En secuencia a lo indicado el efecto para el Sistema Financiero es el aumento del crédito de consumo en las zonas urbanas, dejando a un lado el crédito de supervivencia que financia las pequeñas actividades productivas y que verdaderamente tienen un impacto social. Sirva para ilustración, la experiencia de trabajo en una institución financiera creada con un fin social. Banco VisionFund Ecuador S. A. desde su nacimiento como ONG Fodemi en 1995 hasta su transformación como Banco en agosto 2016, ha tenido como objetivo la inclusión financiera de la

mujer como uno de los indicadores más importantes de desempeño social que mayor impacto tiene en el bienestar de los niños. Luis Ríos, «25 Aniversario de Banco VisionFund Ecuador», 2020, <https://www.visionfund.ec/25-aniversario-de-banco-visionfund-ecuador/>.. Para ejemplificar, la colocación de un crédito productivo para un grupo de mujeres promoverá el desarrollo de pequeños emprendimientos que servirán para mejorar sus condiciones de vida y la de sus familias, a través de la generación de ingresos.

Una característica casi general de la mujer es que la utilidad o ganancias que deja su negocio lo distribuyen para pagar la cuota del crédito; y lo restante utilizarlo para alimentos, educación y salud de sus hijos Patricia López, «Políticas públicas para la inclusión financiera de las mujeres para la movilidad social en México», *Centro de estudios Espinosa Yglesias*, 2018, 1-65.. agregando a lo anterior, la evidencia muestra que la mujer cumple con sus obligaciones crediticias, comportamiento que tiene relación con la morosidad del 3,74 % en el año 2019 y 3,05 % en el 2020 en cartera de microcrédito Banco VisionFund Ecuador, «Indicadores financieros», 2020, <https://www.visionfund.ec/wp-content/uploads/2021/01/5.-Indicadores-Financieros.pdf>.

En consecuencia, la estrategia de colocación es direccionada hacia el género femenino. No obstante, este indicador presenta gradualmente una disminución: en el año 2014 el 70 % de la cartera de microcrédito era de mujeres, en el 2017 el 66 % y, finalmente, para el 2021 el 63 %. Estos resultados han sido motivo de observaciones del directorio y de los accionistas del banco, pues la razón de su funcionamiento y operación es generar impacto social y no necesariamente mayor rentabilidad.

Lo manifestado demuestra que las instituciones financieras privadas a pesar de contar con una política de crédito y estrategia de colocación con perspectiva de género, existen barreras que enfrentan las mujeres que merecen mayor análisis como son la normas sociales y culturales, violencia económica, firma del cónyuge para la validación de garantías en productos de crédito, falta de ingresos propios, limitado acceso a la educación, desconocimiento de productos financieros, falta de bienes como garantía, falta de confianza en el sistema financiero y la brecha digital para el acceso a productos digitales.

El estudio “Los costos e impactos económicos de la violencia para las empresas y microempresas”, realizado por la agencia de Cooperación Alemana revela que en el Ecuador más del 50% de los créditos aprobados son para microempresas cuyas propietarias son mujeres. Sin embargo, el estudio muestra que 50 de cada 100 propietarias son víctimas de violencia de su pareja. Esta situación, a más de ser un problema social, genera pérdidas económicas a las microempresarias y a sus negocios Pedro Maldonado, «La violencia de pareja es un costo para la empresa y el Estado», *Revista Lideres*, accedido 10 de diciembre de 2021, <https://www.revistalideres.ec/lideres/violencia-pareja-costo-empresa.html>.

La Cámara de Comercio de Quito observó que el 60 % de 800 socias se retrasaban en pagar las cuotas cuando eran víctimas de violencia por parte de su pareja, siendo este también uno de los motivos porque cerraban sus negocios. Lo indicado invita a reflexionar sobre la incidencia de aspectos culturales y de la posición de un sistema patriarcal que limita las oportunidades de la mujer en mejorar sus condiciones de vida y de autonomía financiera Daniela Pazmiño y Daniela Chávez, «Encara y para: el trabajo en casa sí vale: campaña en contra de la violencia económica hacia la mujer en Ecuador» (2015).

Por último, Ocnor en su artículo “La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar” hace referencia a la percepción de normalidad en la mujer al creer que el

hombre es el proveedor y por esta razón el único que puede administrar y la mujer depender; incluso cuando la mujer trabaja es para ayudar y no por derecho propio Ocnor Córdova, «La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar», *Persona y Familia*, n.º 6 (2017): 39-58, <https://doi.org/10.33539/peryfa.2017.n6.468>. Este es el caso de la mujer indígena y de campo que se somete a las decisiones de su esposo o pareja quien ejerce de forma completa la administración de los recursos económicos familiares, esta realidad limita los esfuerzos del Gobierno y de las instituciones públicas y privadas en la inclusión financiera por perspectiva de género. La pretensión consiste en empoderar a las mujeres.

Barreras Normativas: Obstáculos Directos en la inclusión financiera y el acceso al Crédito

La regulación financiera se caracteriza por ser un conjunto de normas, procesos, estándares y procedimientos de cumplimiento que se aplican a las instituciones financieras. Por otro lado, la supervisión financiera implica el seguimiento de estas organizaciones para verificar su cumplimiento con las regulaciones. En términos generales, la normativa financiera se divide en tres categorías: regulación prudencial, no prudencial y reglas de supervisión. (Red de Instituciones Financieras para el Desarrollo, 2020)

La regulación prudencial tiene como objetivo salvaguardar la integridad y estabilidad del sistema financiero, así como proteger a sus usuarios. Esto se logra previniendo el riesgo sistémico y limitando las operaciones excesivamente arriesgadas que buscan obtener ganancias rápidas. La regulación no prudencial se centra en el fortalecimiento del mercado financiero a través del desarrollo institucional de las Instituciones de Microfinanzas y su interacción con los usuarios. Dentro de esta regulación, se incluye la protección del consumidor para abordar las asimetrías de información entre los usuarios y los proveedores de microfinanzas. Las normas de supervisión bancaria se establecen con el propósito de evaluar a las instituciones financieras, garantizando principalmente que sus necesidades de capital se cuantifiquen adecuadamente en relación con el riesgo que gestionan. (Red de Instituciones Financieras para el Desarrollo, 2020)

En el ámbito de las microfinanzas, la regulación debe busca ser un complemento a las normas del sistema financiero convencional, teniendo en cuenta que las entidades de microfinanzas tienen metas que superan la eficiencia económica y poseen una estructura distinta a la de los bancos tradicionales.

El análisis de los efectos de una modificación regulatoria en el sector financiero es un desafío complicado, con escasos estudios que traten el tema de forma completa. Los estudios más significativos en torno a la normativa de las microfinanzas y la inclusión financiera se enfocan en definir principios fundamentales para la regulación, apoyándose en los criterios de Basilea para la regulación prudente y en iniciativas como los principios de protección al cliente para la regulación no prudente, pero no en la evaluación de los impactos de las modificaciones regulatorias en los países. (Asobanca, 2024)

Sin embargo, la tendencia hacia la bancarización se ha visto desacelerada, debido a ciertas políticas promulgadas por el estado, que dificultan la inclusión financiera, tales como, los límites y controles a las tasas de interés y a las tarifas por servicios financieros. Podría ser un desafío político fijar un límite que sea suficientemente elevado para cubrir los costos fijos de los microcréditos y proporcionar un margen de ganancia lo suficientemente atractivo para atraer inversión hacia los servicios financieros de bajos ingresos como los microcréditos.

En el informe de diciembre de 2022, correspondiente a la sexta y última revisión del acuerdo de USD 6.500 millones con Ecuador firmado en septiembre de 2020, el Fondo Monetario Internacional aconsejó al país que relaje gradualmente los techos de las tasas de interés para fomentar la inclusión financiera, indicando que, en presencia de topes a las tasas de interés, esto podría llevar a un racionamiento del crédito, lo cual sería perjudicial para la inclusión financiera.” (Asobanca, 2024)

En el mismo sentido Acosta Burneo en su publicación Más exclusión por control de tasas indica: “Los montos colocados crecen, pero el número de clientes y operaciones disminuye, es decir, el crédito se concentra en menos manos.

Caso Ecuador

El artículo 11, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) es fundamental para la inclusión financiera con enfoque de género. Este artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a disfrutar de los mismos derechos, deberes y oportunidades sin discriminación alguna. Específicamente, prohíbe la discriminación por sexo e identidad de género, entre otros factores, asegurando que las mujeres tengan igual acceso a los servicios financieros.

La importancia de esta norma radica en su capacidad para promover la igualdad real y combatir la discriminación sistémica que puede impedir que las mujeres participen plenamente en la economía. Al adoptar medidas afirmativas, el Estado se compromete a crear condiciones para que las mujeres superen las barreras históricas para acceder a recursos financieros, esencial para su autonomía económica y empoderamiento.

En el mismo contexto, el artículo 70 del mismo cuerpo legal refuerza esta visión al especificar la responsabilidad del Estado en la formulación y ejecución de políticas que aseguren la igualdad de género. Subrayando la importancia de incorporar un enfoque de género en todos los planes y programas estatales, garantizando así, que las medidas de inclusión financiera contemplen las necesidades específicas de las mujeres y promuevan su participación equitativa en la economía. La asistencia técnica y la aplicación obligatoria de estas políticas en el sector público son pasos esenciales para transformar el compromiso constitucional en acciones concretas que resulten en una mayor inclusión financiera de género y, por ende, en un desarrollo más inclusivo y sostenible.

El Artículo 308 CRE establece que las operaciones financieras constituyen un servicio público esencial y solo pueden realizarse con la autorización previa del Estado, el cual fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. El sistema financiero del país está conformado por los sectores público, privado y popular y solidario, cada uno de estos sectores operará bajo su propio conjunto de reglas y será supervisado por entidades reguladoras distintas.

En Ecuador, la Junta de Política y Regulación Financiera emitió la resolución No. 2023-080, estableciendo lineamientos para promover sistemas financieros inclusivos dirigidos a personas naturales y jurídicas. De manera particular a las pertenecientes a los grupos de atención prioritaria, buscando mejorar el bienestar y fomentar la igualdad y equidad en el país.

Dentro de su análisis para la emisión de esta resolución se resalta la falta de sistemas financieros accesibles, que conduce a las personas y empresas a depender de métodos informales para ahorrar y obtener crédito. Estos métodos informales conllevan varios riesgos: por ejemplo, el ahorro no regulado es más susceptible al robo o pérdida; y el crédito informal, a menudo

proporcionado por prestamistas conocidos como “chulqueros”, puede implicar tasas de interés exorbitantemente altas y métodos de cobranza abusivos o humillantes. (Junta de Política y Regulación Financiera, 2023)

En este contexto de transformación financiera, el artículo 5 de la resolución destaca la creación del Consejo Nacional de Coordinación de Inclusión Financiera (CONCIF). Este organismo servirá como piedra angular para la implementación de la Política Nacional de Inclusión Financiera, proporcionando una estructura de gobernanza y coordinación interinstitucional esencial. Con el apoyo técnico de los Grupos de Trabajo y el soporte administrativo de la Secretaría Ejecutiva, el CONCIF se posiciona como un catalizador para el desarrollo de un sistema financiero inclusivo que responda a las necesidades de la población y fomente la toma de decisiones financieras informadas y responsables.

En la prosecución de estos objetivos, la resolución define la inclusión financiera como la habilidad de individuos y empresas para acceder y utilizar productos y servicios financieros regulados de alta calidad. Estos servicios deben ser provistos de tal manera que los usuarios puedan tomar decisiones bien informadas, con un enfoque en la transparencia, la responsabilidad y la sostenibilidad, satisfaciendo así las necesidades financieras de la población.

La composición del CONCIF, integrada por entidades clave del ámbito financiero y regulatorio, refleja la intención de abordar la inclusión financiera desde una perspectiva holística y colaborativa, asegurando que las estrategias y acciones emprendidas sean coherentes y efectivas en el fomento de un acceso equitativo a los servicios financieros. El CONCIF estará integrado por:

Junta de Política y Regulación Financiera, la cual lo presidirá;

Junta de Política y Regulación Monetaria;

Banco Central del Ecuador;

Ministerio de Economía y Finanzas;

Ministerio de Educación;

Ministerio de Inclusión Económica y Social;

Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información;

Superintendencia de Bancos;

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y,

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Dentro de las atribuciones del CONCIF más destacadas están el fomento de la Cooperación estableciendo la colaboración con entidades nacionales e internacionales en temas de inclusión financiera, así mismo deberá ejecutar actividades que contribuyan a los objetivos de la política de inclusión financiera, facilitar el intercambio de datos para apoyar la política de inclusión financiera, aprobar el plan de acción y los indicadores de la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera (ENIF).

Desde una perspectiva jurídica, es esencial adoptar un enfoque de espera y observación para evaluar el desempeño del Consejo Nacional de Coordinación de Inclusión Financiera (CONCIF) y la efectividad de los nuevos lineamientos de inclusión financiera, particularmente aquellos con enfoque de género. La implementación de estas políticas y estructuras de gobernanza requiere tiempo para manifestar resultados tangibles y medibles. Será crucial monitorear indicadores clave como la proporción de créditos otorgados a hombres y mujeres, la participación de género en órganos directivos y la accesibilidad de servicios financieros para grupos vulnerables. Solo después de un período de funcionamiento continuo y la recopilación de datos suficientes, se podrá realizar una evaluación completa que refleje la eficacia de las iniciativas tomadas y permita ajustes normativos para optimizar la inclusión financiera en todos los sectores de la sociedad.

Figuras, tablas y esquemas

Tabla 1. Cuadro con las medidas tomadas por Ecuador con enfoque de género para fomentar la inclusión financiera

Medidas con enfoque de género	2021: La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), mediante Resolución Nro. SEPS-IGT-IGS-INFMR-INGINT-2021-0017, emite la "Norma de control para la protección de los derechos de los socios, clientes y usuarios financieros desde la inclusión financiera con perspectiva de género" Posterior Reforma en Noviembre 2022.
	2022: La Superintendencia de Bancos (SB), mediante Resolución Nro. SB-2022-1213, expidió la "Norma de Control de Protección a los Derechos de los Consumidores Financieros con Enfoque de Género", con la finalidad de reducir la brecha de género, fortalecer la protección al consumidor y reforzar los programas y herramientas de educación financiera.

Nota: Información derivada de Resolución No. JPRF-P-2023-080

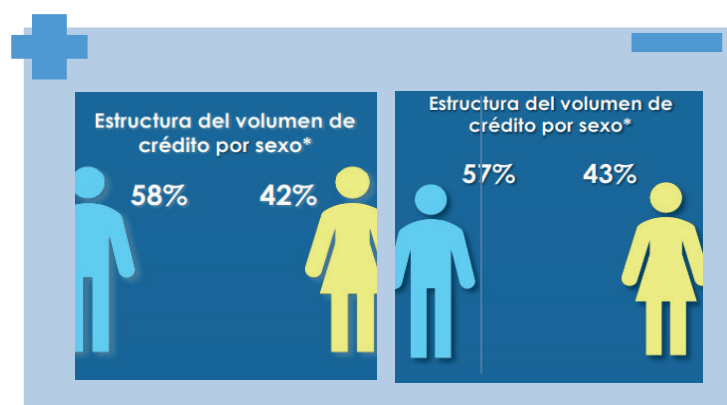
En la resolución de Nro. SEPS-IGT-IGS-INFMR-INGINT-2021-0017, se promueve medidas para reducir las brechas de género en el acceso a servicios financieros y la participación en órganos directivos en las Cooperativas de Ahorro y crédito planteándose en sus objetivos los siguientes: Transparentar la información desagregada por género del sector financiero popular y solidario; fomentar el acceso a educación financiera y la participación de sus órganos directivos y diseñar y ofertar productos financieros con perspectiva de género. En su artículo 9 establece criterios para favorecer la oportunidad igualitaria de acceso al crédito indicando que las Cooperativas de Ahorro y crédito, al momento de evaluar la elegibilidad para la concesión de créditos, deberán abstenerse de emplear criterios basados en el género del solicitante. Esto implica que no se podrán considerar factores tales como la intención de tener descendencia, las expectativas de ingresos asociadas a un género específico, o las proyecciones sobre cambios en el estado civil del individuo. La normativa busca garantizar que la adjudicación de créditos se realice bajo un marco de igualdad de oportunidades, sin discriminación por razones de género, asegurando así la equidad en el acceso a los servicios financieros.

Por otro lado, la Resolución Nro. SB-2022-1213 establece la obligatoriedad de las instituciones sujetas al control de este organismo de implementar políticas que promuevan la igualdad de género en todos los niveles de la organización, con el objetivo de reducir las disparidades existentes entre hombres y mujeres, indicando que deberán llevar a cabo programas de educación financiera que incluyan una perspectiva de género, dirigidos a los empleados que interactúan con los clientes, así como a otros funcionarios y miembros de la alta dirección, para asegurar que la información proporcionada a los clientes y potenciales clientes sea adecuada, clara, útil, oportuna y equitativa, reflejando un compromiso con la inclusión de género y un trato respetuoso.

Ambas resoluciones, la Nro. SEPS-IGT-IGS-INFMR-INGINT-2021-0017 y la Nro. SB-2022-1213, comparten un objetivo común: promover la igualdad de género y la inclusión financiera. La primera se centra en las Cooperativas de Ahorro y Crédito, estableciendo criterios para asegurar un acceso equitativo al crédito sin discriminación de género, mientras que la segunda resolución se dirige a instituciones financieras bajo el control de la Superintendencia de Bancos, exigiendo la implementación de políticas y programas educativos con enfoque de género. El análisis comparativo revela que, aunque ambas resoluciones abordan diferentes aspectos del sistema financiero, su núcleo es similar: buscan transparentar la información, eliminar barreras discriminatorias y educar a los involucrados en el sector para fomentar un trato equitativo y respetuoso hacia todos los géneros. Esto refleja un esfuerzo coordinado para cerrar las brechas de género y promover una sociedad más inclusiva y justa.

Es pertinente realizar un análisis meticuloso de los indicadores de inclusión financiera correspondientes al sector financiero de Ecuador, el cual se encuentra estructurado y diferenciado en dos grandes sectores: el Sector Público y Privado, que opera bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos, y el sector de la Economía Popular y Solidaria, regulado por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Figura 1. **Sector de la Economía popular y solidaria**



Nota: Actualidad y Cifras EPS febrero 2022 y noviembre 2023

En el contexto de la inclusión financiera, es fundamental considerar la equidad de género en el acceso a los servicios financieros. Durante el año 2022, la estructura del volumen de crédito por sexo en el sistema financiero nacional reflejó una distribución de 58% para hombres y 42% para mujeres. Estos datos son indicativos de las operaciones de crédito realizadas, incluyendo tanto el número de operaciones como el valor de las mismas, otorgadas por las distintas entidades financieras en un período específico, tal como se reporta en Actualidad y Cifras EPS - febrero 2022” (EPS, Data SEPS, 2022).

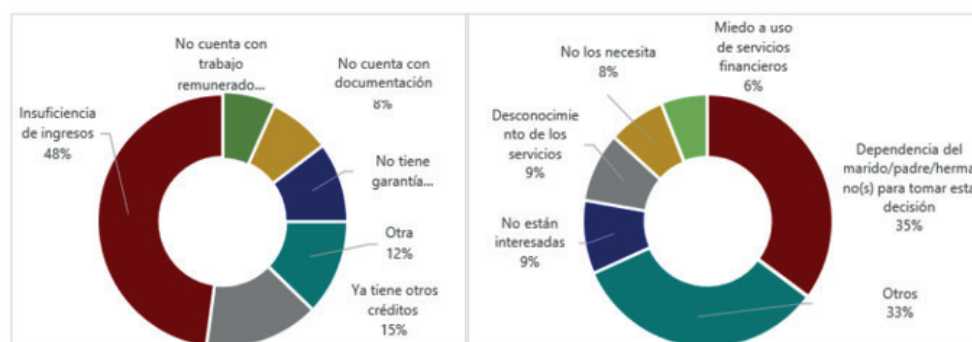
Avanzando hacia noviembre de 2023, según los datos proporcionados por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), se observa una ligera variación en la distribución porcentual del volumen de crédito, siendo de 57% para hombres y 43% para mujeres. Este cambio puede ser indicativo de una tendencia hacia una mayor paridad en la asignación de créditos entre géneros, lo cual es un aspecto positivo para el avance de la inclusión financiera. (EPS, Data SEPS, 2023)

El análisis comparativo entre los datos de 2022 y noviembre de 2023 muestra un cambio positivo. Este cambio, aunque pequeño, es un indicador de que las políticas y esfuerzos para promover la igualdad de género están teniendo un impacto en la práctica. La tendencia hacia una mayor paridad en la asignación de créditos es crucial para el avance de la inclusión financiera, ya que asegura que tanto hombres como mujeres tengan igualdad de oportunidades para acceder a servicios financieros esenciales. Este progreso es un paso importante hacia la reducción de las disparidades de género y la promoción de una sociedad más inclusiva y equitativa.

Es importante destacar que estos porcentajes no solo reflejan una cuestión cuantitativa, sino que también tienen implicaciones cualitativas en términos de empoderamiento económico y acceso a oportunidades. La evolución de estos indicadores es un reflejo del compromiso del sector financiero con la igualdad de género y su papel en la promoción de una sociedad más inclusiva y equitativa.

Análisis de las barreras que enfrentan en el acceso a créditos en el segmento popular y solidario

Figura 2. **Barreras que enfrentan en el acceso a créditos en el segmento popular y solidario**



Fuente: Transversalización de género en la supervisión y control de las organizaciones de la economía popular y solidaria.

El análisis de los datos financieros revela que el motivo principal por el cual se rechazan las solicitudes de crédito a las mujeres es la **insuficiencia de ingresos**, representando el **48%** de los casos. Este factor subraya la importancia de considerar la equidad de ingresos en la evaluación crediticia. Por otro lado, se observa que un **35%** de las mujeres no acceden a créditos debido a la dependencia de la aprobación de un tercero, ya sea el marido, padre o hermano, para tomar decisiones financieras. Este dato pone de manifiesto la necesidad de abordar las dinámicas de poder y autonomía financiera en el proceso de inclusión financiera de género. (Equipo consultor contratado con recursos de CAF, 2023)

Estos desafíos reflejados en los datos no son exclusivos del segmento popular y solidario, sino que representan obstáculos persistentes en el **sistema financiero tradicional**, son barreras que las mujeres han enfrentado históricamente al intentar acceder a créditos. Estos factores subrayan la necesidad de reformas estructurales y la implementación de políticas inclusivas con el fin de promover un sistema financiero más equitativo y accesible para todas las personas.

Barreras que enfrentan las mujeres para el acceso a productos de crédito en el SFPS

Cuadro 2. Barreras que enfrentan las mujeres para el acceso a productos de crédito en el SFPS

DEMANDA	OFERTA	LEGALES Y NORMATIVAS
Normas Sociales y culturales	Productos no diseñados para las mujeres	Disposiciones que prohíban la discriminación en el acceso al crédito basado en el género.
Violencia	Procesos largos e inciertos	Firma del cónyuge para la validación de garantías en productos de crédito
Falta de ingresos propios y trabajo formal	Altos intereses	Identificación del cónyuge
Falta de acceso a educación formal	Sesgos en la promoción y colocación del crédito	
Falta de bienes para garantías		
Brecha digital		

Nota: Información proveniente de (EPS, Data SEPS, 2023)

En el contexto del Sistema Financiero Popular y Solidario (SFPS), las mujeres enfrentan múltiples barreras que limitan su acceso a productos de crédito, lo cual tiene implicaciones significativas en su autonomía económica y capacidad de emprendimiento. Estas barreras se pueden clasificar en tres categorías principales: demanda, oferta, legales y normativas.

Desde la perspectiva de la demanda, las normas sociales y culturales juegan un papel preponderante, ya que acentúan estereotipos de género y roles tradicionales que desincentivan o dificultan la participación económica de las mujeres. La violencia, tanto física como psicológica, es otra barrera crítica que afecta la seguridad y libertad financiera de las mujeres. La falta de ingresos propios y trabajo formal, así como la falta de acceso a educación formal, limitan las oportunidades de las mujeres para generar recursos y adquirir conocimientos financieros. Además, la falta de bienes para garantías y la brecha digital son obstáculos adicionales que impiden a las mujeres acceder a servicios financieros.

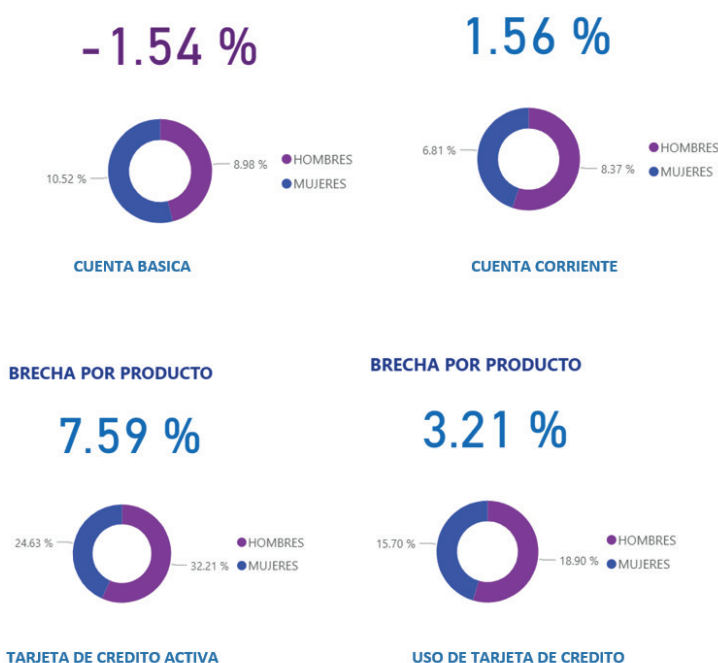
En cuanto a la oferta, los productos de crédito frecuentemente no están diseñados teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres, lo que resulta en una oferta que no se alinea con sus realidades y preferencias. Los procesos largos e inciertos para la obtención de créditos, junto con altos intereses, sesgos en la promoción y colocación del crédito, desmotivan a las mujeres a buscar financiamiento a través de canales formales.

Finalmente, en el ámbito de las legales y normativas, existen disposiciones que, aunque buscan prohibir la discriminación en el acceso al crédito basado en el género, en la práctica no siempre se aplican efectivamente. La necesidad de la firma del cónyuge para la validación de garantías en productos de crédito y la identificación del cónyuge son ejemplos de requisitos que pueden perpetuar la dependencia financiera de las mujeres respecto a sus parejas.

En resumen, las barreras que enfrentan las mujeres en el SFPS para acceder a productos de crédito son complejas y multifacéticas, y requieren de un enfoque integral que aborde tanto los factores estructurales como los culturales para promover una verdadera inclusión financiera. (EPS, Data SEPS, 2023)

Sector Público y Privado que opera bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos

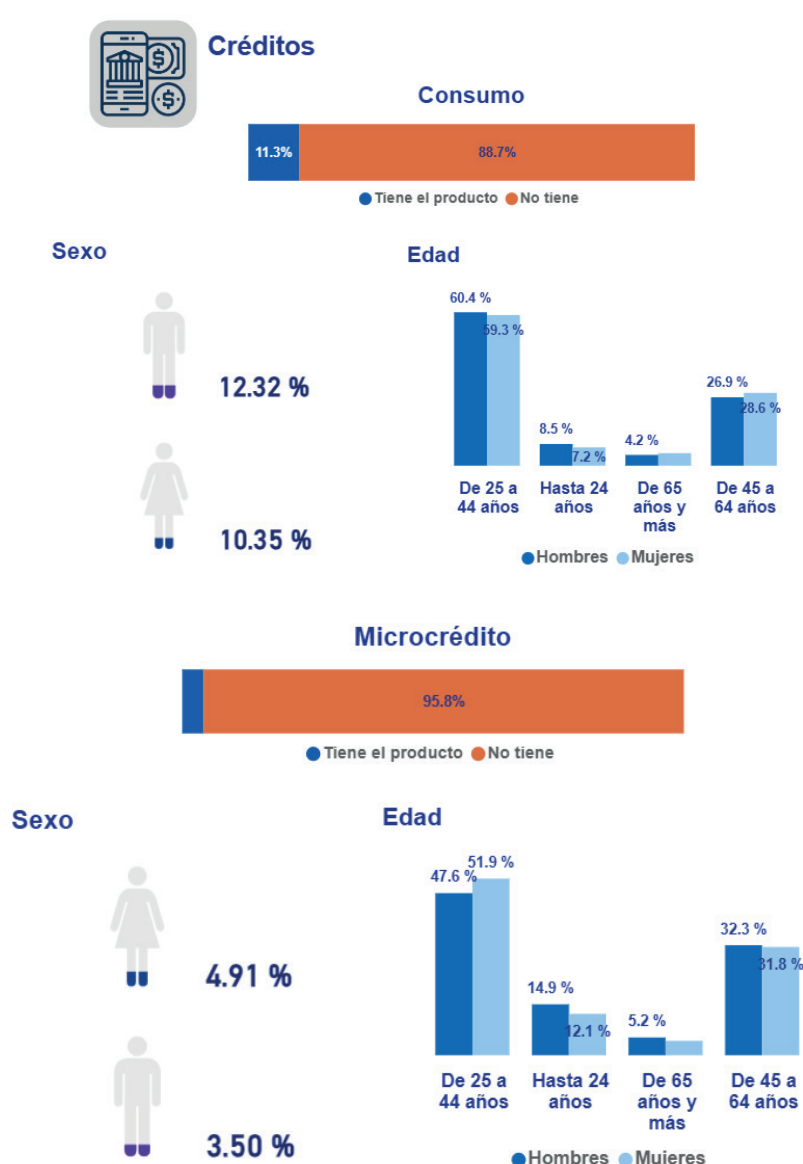
Figura 3. Brecha por producto financiero



Nota: Boletín de Inclusión Financiera BI

El análisis de la gráfica revela la presencia de disparidades de género significativas dentro del sector financiero tradicional, el cual está bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos. Se evidencia que estas brechas de género se extienden a través de la gama completa de productos financieros ofrecidos por el sector, lo que sugiere la existencia de una preferencia sesgada hacia un género específico y una discriminación sistemática en contra de las mujeres. Este fenómeno resalta la necesidad de implementar estrategias efectivas para promover la equidad de género y asegurar un acceso justo y sin prejuicios a los servicios financieros para todos los individuos, independientemente de su género.

Figura 4. Estadística de preferencia en el otorgamiento de créditos por género



Nota: Información del Boletín de Inclusión Financiera BI

El análisis de las imágenes proporciona una visión detallada de la distribución porcentual de créditos de consumo y microcrédito entre individuos de género masculino y femenino, segmentados por rango etario. En el caso específico de los créditos de consumo, se observa que los hombres representan un 12.32% del total de créditos otorgados, lo que indica una mayor participación en comparación con sus contrapartes femeninas. Por otro lado, en el segmento de microcrédito, las mujeres superan a los hombres con un 4.91% del total de créditos concedidos. Estos datos sugieren tendencias de género en la asignación de créditos que podrían reflejar diferencias en las necesidades o en el acceso a oportunidades financieras entre hombres y mujeres. (Super Intendencia de Bancos, 2023)

Conclusiones

A pesar del esfuerzo del Gobierno y las instituciones públicas y privadas en trabajar en inclusión financiera, el avance no es significativo y el problema persiste. Esto se debe a que el enfoque y alcance de los pilares en acceso, uso, calidad, protección, regulación, educación y bienestar, no se trabajan de forma sistémica. La aplicación de estos pilares tiene la siguiente explicación:

Primero el marco regulatorio crea diferencias de control y vigilancia entre el sistema financiero popular y solidario, privado y público. Aplicando normativa e instituciones de control diferentes para la actividad de intermediación financiera. Esto ha ocasionado que la Banca Privada presente poco interés en ampliar cobertura y profundizar la atención a segmentos de la población tradicionalmente excluidos. Debido al costo operativo, regulación de las tasas de interés y exigencias que limitan la apertura del negocio.

Segundo los ejes de educación financiera y calidad influyen directamente en los pilares de acceso, uso, protección y bienestar. De ahí, la importancia de que la mujer cuente con mecanismos que le permitan tomar decisiones acertadas sobre el manejo de su dinero y el acceso a productos y servicios financieros formales que se ajusten a sus necesidades. Este escenario promueve un entorno favorable de protección y seguridad económica en la inclusión financiera con perspectiva de género. Finalmente, el bienestar tiene una marcada responsabilidad en doble vía, por una parte, de las instituciones financieras en no sobre endeudar a sus clientes o socios y, por otra parte, del socio o cliente en utilizar esta disponibilidad de recursos para invertir en actividades productivas, educación y salud que mejoren su calidad de vida.

De la literatura revisada se concluye que los productos y servicios que tienen interés en inclusión financiera no tienen mayor impacto en la reducción de la brecha de género. Esto se debe a que existen barreras de entrada que no son identificadas en la oferta como son: la normas sociales y culturales, violencia económica, firma del cónyuge para la validación de garantías en productos de crédito, falta de ingresos propios, limitado acceso a la educación, desconocimiento de productos financieros, falta de bienes como garantía, falta de confianza en el sistema financiero y la brecha digital para el acceso a productos digitales.

Como recomendaciones para la estrategia de inclusión financiera con perspectiva de género tenemos:

Para empezar, la política pública y el sistema financiero deben considerar las actividades remuneradas y no remuneradas, en especial esta última, que corresponde a las actividades del hogar. Respecto a este contexto, cualquier iniciativa debe considerar la las diversas actividades y roles de la mujer para el diseño de productos de crédito. Incrementar el uso de productos y servicios financieros a través de la flexibilización de los requisitos, en especial el crédito, donde la mujer suele tener clara desventaja frente al hombre por no justificar sus ingresos y no contar con bienes como garantía o por el simple hecho de que su cónyuge no le da la firma.

Fomentar la educación y disminuir la brecha digital para generar un mayor acceso a los diferentes instrumentos financieros y con el uso de tecnología reducir los costos de transacción.

Ampliar las oportunidades de financiamiento de actividades productivas y ahorro, tomando en cuenta que los activos financieros que genera la mujer se canalizan en alimentación, salud y educación de sus hijos. Este comportamiento promueve mayores niveles de escolaridad y consecuentemente de movilidad social de generaciones futuras.

La violencia económica y patrimonial en contra de las mujeres en el Ecuador, se permea en todas acciones a favor de su inclusión, pues es el hombre quien decide por ellas sobre su futuro. Esta condición limita su posibilidad de generar ingresos futuros, así como la capacidad de tomar decisiones de los recursos económicos familiares. Este panorama es necesario cambiar y solo es posible con la participación integrada de las instituciones públicas y privadas y la población. Ahí, la educación financiera cumple un rol importante para empoderar a la mujer en el conocimiento de sus derechos para lograr seguridad e independencia económica.

Para concluir, la Resolución No. 2023-080 emitida por la Junta de Política y Regulación Financiera de Ecuador representa un paso significativo hacia la promoción de un sistema financiero inclusivo que beneficie a toda la población, especialmente a aquellos grupos de atención prioritaria. La creación del Consejo Nacional de Coordinación de Inclusión Financiera (CONCIF) es un avance notable, ya que proporciona un marco de gobernanza y coordinación interinstitucional para la implementación efectiva de la Política Nacional de Inclusión Financiera. El reconocimiento de los riesgos asociados con los sistemas financieros informales y la necesidad de un acceso equitativo a servicios financieros regulados y de alta calidad es fundamental para mejorar el bienestar económico y social. (Junta de Política y Regulación Financiera Resolución No. 2023-080, 2023)

Fuente de financiamiento: Es importante destacar que la presente investigación se ha desarrollado de manera independiente y no ha recibido financiamiento externo. Todos los recursos utilizados para llevar a cabo este estudio provienen de fuentes internas y han sido gestionados por los propios investigadores, asegurando así la imparcialidad y objetividad de los resultados obtenidos.

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses.

Referencias bibliográficas

- Araque, W., & Rivera, J. (2020). La inclusión financiera en el Ecuador y el desafío de la economía a nivel global durante y pospandemia. (Covid19). 10-13.
- Araque, W., Rivera, J., & Guerra, P. (2019). *¿Qué es la inclusión financiera? Un análisis desde la teoría y la práctica*.
- Arregui, S., Guerrero, R., & Ponce, K. (2020). Inclusión financiera y desarrollo situación actual, retos y desafíos de la banca. In N. Granja, J. Murgueytio, F. Espinoza, & A. Portalanza (Eds.), Universidad Espíritu Santo (Primera).
- Asobanca. (21 de 1 de 2024). El ABC de las tasas de interés en Ecuador. Obtenido de <https://asobanca.org.ec/tasas-interes-ecuador-contexto-internacional-comyf/>
- Azar, K., Lara, E., & Mejía, D. (2018). Inclusión financiera de las mujeres en América Latina. Situación actual y recomendaciones de política. In *Serie políticas públicas y transformación productiva* (Vol. 30).
- Borja, Y., & Campuzano, J. (2018). Inclusión financiera en el Ecuador: Un análisis de la desigualdad de género. *Cuestiones Económicas*, 28(2:2), 103-132.
- Carballo, I. E. (2019). Inclusión financiera y empoderamiento de la mujer una revisión crítica en base a la literatura.
- Carvajal, E. (2018). La inclusión financiera en el Ecuador: según el *Global Findex* y más allá del *Global Findex*. 1-52.

- Consejo Nacional de Planificación. (2021). *Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- EPS, A. y. (01 de 12 de 2022). Data SEPS.
- EPS, A. y. (30 de 9 de 2023). Data SEPS.
- Equipo consultor contratado con recursos de CAF. (1 de 12 de 2023). Transversalización de género en la supervisión y control de las organizaciones de la economía popular y solidaria.
- Guerrero, R., Espinosa, S., Focke, K., López, C., Ramos, H., & Cueva, S. (2012). *Inclusión Financiera Aproximaciones teóricas y prácticas* (S. Cueva, H. Ramos, & N. Granja, Eds.). Banco Central del Ecuador.
- HIAS. (2020). Brechas para la inclusión financiera de las mujeres en movilidad humana. *Caminando Hacia La Igualdad de Género*, 1-86.
- Jácome, H. (2021). Inclusión financiera en el Ecuador: El cooperativismo de ahorro y crédito como una alternativa. *Grupo de Análisis Territorial (ANTE)*.
- Junta de Política y Regulación Financiera Resolución No. 2023-080. (2023).
- Martins, A. (2010). Amartya Sen: “El desarrollo es más que un número” - BBC News Mundo. BBC Mundo.
- ONU Mujeres. (2022). *Inclusión Financiera de las Mujeres. Claves para una recuperación transformadora de la economía post COVID-19 en América Latina y el Caribe*.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida*. 84.
- Superintendencia de Bancos. (10 de 11 de 2023). *Boletín de Inclusión Financiera BI*. Obtenido de <https://www.superbancos.gob.ec/estadisticas/portalestudios/boletin-de-inclusion-financiera-bi-acceso-2/>

Capítulo 5

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: PERSPECTIVA HISTÓRICA, NORMATIVA, CONSULTIVA Y JURISDICCIONAL EN EL ESTADO ECUATORIANO

María Isabel Tobar Subía Contento.

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mitobar@pucesi.edu.ec

María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mdcuastumal@pucesi.edu.ec

Resumen

El Ecuador, es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social el cual dentro de su ordenamiento jurídico a establecido el respeto a los derechos humanos y su responsabilidad de brindar la debida protección a los soberanos en el país. Es importante señalar que el país ha tenido un papel activo desde los inicios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), al darse la creación de la OEA, la Declaración, Comisión, Convención y la Corte de Derechos Humanos en el Región de las Américas, sin embargo, no ha existido una perspectiva clara de su intervención y participación de forma específica, a nivel histórico, normativo, consultivo y jurisdiccional, en el SIDH, al existir información generalizada o no actualizada, desde esta perspectiva se realiza un análisis de la situación del Ecuador a través de los tiempos y en la actualidad, para la protección de los derechos de los soberanos al ser su más alta responsabilidad. Los principales hallazgos demuestran que el Ecuador participo en la Declaración Americana de Derechos Humanos con un gobierno estable y fue parte de cada una de las sesiones, además reconoció ciertos artículos de dicho instrumento normativo en su ordenamiento jurídico, mediante la resolución se da la creación de la Comisión IDH, a la cual le reconoció facultades de manera reciproca y una vez se aprobó la Convención Americana en 1969 y el Ecuador en 1977 mediante deposito ratifico su voluntad de pertenecer a la misma; en 1984 reconoce la competencia y jurisdicción de la Corte IDH. El Ecuador a través de los tiempos ha sido parte del sistema de peticiones, consultorías, recomendaciones, visitas in loco, exámenes de comunicaciones ante la CIDH, debido a que pese a ser garante de Derechos Humanos los ha vulnerado, sin embargo, en algunas ocasiones el Estado no ha cumplido con las recomendaciones efectuadas por la CIDH, dando paso a que a la Corte IDH, sea quien los juzgue, o en su caso cuando existe una vulneración grave la Corte IDH, ha intervenido directamente previo informe de la CIDH. En conclusión, pese a que el Ecuador reconocer los derechos humanos de forma supranacional, no ha cumplido adecuadamente con su calidad de garante.

Abstract

Ecuador is a Constitutional State of Rights and Social Justice which within its legal system has established respect for human rights and its responsibility to provide due protection to sovereigns in the country. It is important to note that the country has had an active role since the beginning of the Inter-American Human Rights System (SIDH), with the creation of the OAS, the Declaration, Commission, Convention and the Court of Human Rights in the Region of the Americas. However, there has not been a clear perspective of their intervention and participation specifically, at a historical, regulatory, consultative and jurisdictional level, in the ISHR, as there is generalized or outdated information, from this perspective an analysis of the situation of Ecuador throughout time and today, for the protection of the rights of sovereigns as it is its highest responsibility. The main findings demonstrate that Ecuador participated in the American Declaration of Human Rights with a stable government and was part of each of the sessions, it also recognized certain articles of said normative instrument in its legal system, through the resolution the creation of the IDH Commission, to which it recognizes powers on a reciprocal basis and once the American Convention was approved in 1969 and Ecuador in 1977 by ratified deposit of its desire to belong to it; In 1984 it recognized the competence and jurisdiction of the Inter-American Court. Ecuador throughout time has been part of the system of petitions, consultancies, recommendations, on-site visits, requests for communications before the IACHR, because despite being a guarantee of Human Rights it has violated them, however, on some occasions The State has not complied with the recommendations made by the IACHR, giving way to the Inter-American Court, whoever judges them, or in its case when there is a serious violation the Inter-American Court, has intervened directly following a report from the IACHR. In conclusion, although Ecuador recognizes human rights supranationally, it has not adequately fulfilled its quality of guarantee.

Keywords: Inter-American System of Human Rights, American Declaration of the Rights of Man and Citizen, American Convention on Human Rights, Inter-American Court, Inter-American Commission on Human Rights, Constitutional Supremacy.

Introducción

El Sistema Interamericano, se convirtió en un hito histórico para la protección y defensa de los derechos humanos, después de la segunda guerra mundial, dando paso al reconocimiento y respeto de los derechos a través de la Declaración Americana de los derechos del hombre y el ciudadano, promulgada en 1948, en la Novena Conferencia en Bogotá, siendo la base de la paz, la seguridad y la democracia de los Estados, si bien este instrumento no es vinculante, es respetado y reconocido en los ordenamientos jurídicos. Así mismo, se crea la Carta de la OEA a inicios de 1948 dentro de la cual se contemplan varias de las definiciones de la Carta Magna Internacional, que ha sido un preámbulo hacia las diferentes normativas internas y externas.

Los derechos humanos, han permitido un reconocimiento a los individuos sobre el respeto y responsabilidad de los Estados de brindar garantías y protección, así como limitar el poder frente a conductas opresoras o coercitivas.

La Declaración americana a través de su vigencia dio lugar a la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969 y entro en vigencia en 1978, la cual es obligatoria para todos los Estados que han firmado, se han adhirió y han ratificado su voluntad de ser parte de este instrumento internacional, el cual conlleva responsabilidades, obligaciones y políticas públicas para la progresión, promoción y aplicación de los derechos humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos posee dos órganos de control como lo es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que empezó sus funciones desde 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979. Los cuales se encargan de que exista una relación entre iguales, la protección, prevención investigación, supervisión, identificación y sanción ante cualquier acto inhumano que vulnere los derechos de los ciudadanos y no haya existido una elocuente protección por los Estados Parte.

De acuerdo con Díaz (2016), Ecuador durante el desarrollo de Declaración en la Novena Conferencia tuvo un gobierno estable por lo cual su representación fue muy importante en el desarrollo de este instrumento de derechos humanos para el Sistema Americano.

Según, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2017), el Ecuador ha sido signatario desde el 22 de noviembre de 1969 de la Convención, el depósito en el que ratifico su voluntad de ser parte de la misma el 28 de diciembre de 1977 y el 24 de julio de 1984 reconoce la jurisdicción de la Corte IDH. El Ecuador fue el noveno país en suscribirse y adherirse, a la Convención en el año 2012, sin dejar de lado ninguna reserva, solo la manifestación de que se puede volver a ratificarse.

De igual manera, Duque (2010), señala en su estudio *“El Ecuador ante el Sistema Interamericano”* la importancia de que el SIDH establezca responsabilidades al Estado desde los años 90 por diferentes vulneraciones a bienes jurídicos protegidos, que no han sido tutelados por el Ecuador y han requerido un tratamiento procesal internacional, o aplicación de medidas cautelares mediante visitas in loco, las cuales determinan recomendaciones a ser atendidas.

En este contexto se aborda el comportamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Ecuador a lo largo de la historia hasta la actualidad, la aplicación del ordenamiento jurídico y el funcionamiento Corte IDH, Comisión IDH y los casos resueltos en su tutela judicial. Este análisis se lo efectuará desde una mirada descriptiva, pues, no existen estudios previos vigentes que permitan una perspectiva actual sobre la situación del Ecuador, desde una mirada técnico, jurídico y científica.

El objetivo principal del presente estudio es: Reconocer el comportamiento del Sistema Interamericano de derechos humanos en el contexto ecuatoriano, para salvaguardar los mecanismos de protección.

La pregunta a ser respondida señala ¿Cuál es la perspectiva del Ecuador, frente al Sistema Interamericano de derechos humanos?

Métodos

La investigación se ha desarrollado desde un enfoque cualitativo, toda vez que ha permitido reconocer los fenómenos jurídicos, los mecanismos y herramientas del Sistema Interamericano dentro del contexto ecuatoriano, al permitir tener una perspectiva clara, actualizada y regulatoria sobre sus componentes, funcionamiento y competencias.

El nivel es descriptivo toda vez que se han establecido las principales consecuencias, características y aspectos doctrinarios, normativos y procesales que se maneja entorno al Sistema Interamericano y del cual el Ecuador es parte.

En este sentido se ha utilizado un análisis bibliográfico a través de la técnica documental con la cual se pudo obtener datos estadísticos, abordar aspectos actuales y efectuar una recopilación de información que ha sido importante en el desarrollo y conocimiento, para ello el trabajo se apoyó de fichas bibliográficas y una búsqueda sistemática de la información.

Resultados y Discusión

Antecedentes de como ingresa el Ecuador al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Ecuador se ha sujetado a la convicción, defensa y apoyo de los derechos humanos, estableciendo avances, pero también ciertos retrocesos, debido a aspectos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales que abarca a la sociedad civil, de la cual el Estado debe ser su principal garante y protector si se refiere a los derechos humanos. En palabra de Antonio Cancado (1995), “el Sistema posee cuatro etapas fundamentales dentro de la historia a) La Declaración Americana de los Derechos Humanos del Hombre y el Ciudadano, b) la formación del sistema mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; c) la Convención Americana de Derechos Humanos y d) la jurisprudencia y reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y adopción de protocolos adicionales”.

La participación del Ecuador al ingresar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha visto marcado por una predisposición subsecuente desde su actuación en la Declaración Americana de Derechos Humanos del Hombre y el Ciudadano, en 1948 en la Novena Conferencia Internacional. En este sentido surge la necesidad de proponer a los Estados se regulen los derechos y deberes del ser humano en sus Constituciones y se promueva la democracia y garantías, en América Latina.

Dentro de los 21 países que desarrollaron la Declaración en las Américas o Carta Magna Internacional, se efectuaron varias reuniones en Bogotá, grupos de trabajo y apoyo de los presidentes y representantes de los diferentes Estados, llegando a tener una conceptualización de carácter Universal, ya que, dichos derechos son concebidos de tal manera en otras partes del mundo, pues, la declaración tuvo una vigencia y elaboración previa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, las dos establecieron un aporte a nivel del sistema interamericano y universal, basados en la protección de los derechos. Algunos de los países que no participaron fue debido a que aún se encontraban colonizados, existía inestabilidad política o no tenían reconocimiento de los continentes como país –el caso de Nicaragua– (Díaz, 2016).

La Declaración, se constituye uno de los primeros instrumentos normativos en beneficio de los seres humanos a nivel interamericano tras las barbaries de la segunda guerra mundial, conflictos de paz y guerras civiles, con la perspectiva de que se salvaguarden los derechos sociales, políticos, civiles, económicos, etc., que viabilicen la paz y seguridad. El Ecuador gozaba de estabilidad política y presidencial en el momento de la Declaración, lo que permitió sea uno de los pocos países en adoptar algunos de los postulados normativos dentro de su Constitución, siendo el camino para la protección de los derechos.

Sin embargo, la Declaración al no ser vinculante no generaba obligaciones y responsabilidades en los Estados, pues, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales” (Díaz, 2016). Los Estados, estaban en la facultad de cumplir con los postulados de la Declaración e integrar

dichas definiciones en sus ordenamientos para establecer obligatoriedad entre el Estado y los soberanos. Desde este enfoque, surge la necesidad de una Convención para la obligatoriedad de los Estados.

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece varias apreciaciones de la Declaración y la Carta de la Organización de Estados Americanos en su desarrollo, así mismo ha sido atribuida como preámbulo en diferentes legislaciones de los Estados suscriptores, al ser una norma de regulación a nivel internacional y nacional, de la cual se han permitido abordar diferentes protocolos, tratados y convenios en materia de derechos humanos. La Convención es un instrumento vinculante que establece obligaciones y responsabilidades para los Estados a nivel normativo, procedimental y el marco de competencias y funciones, para los países que han firmado, se han adherido y ratificado con o sin reservas de ley.

El sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra basado en la Carta de la Organización de Estados Americanos la cual obliga a los Estados que firmaron, se adhirieron y ratificaron su decisión de cumplir con los artículos de la Convención American de Derechos humanos también conocido como Pacto de San José, así también esta pretende que se prioricen los derechos fundamentales y a determinado normas de carácter obligatoria para los Estados, con la finalidad de adaptar el sistema internacional al interno y así evitar transgresiones a los derechos humanos, pues desde su vigencia, se ha centrado en los derechos civiles y políticos, pero además recoge los derechos económicos sociales o culturales, proveyendo a los estados parte de varios tratados que complementen y permiten el goce y ejercicio de todos los derechos y estableciendo incluso convenios que prohíben practicas relacionadas a la discriminación, tortura entre otras.

Así mismo, es importante señalar que la Convención Americana de Derechos Humanos, nace en 1969, en la reunión internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA), pero tuvo vigencia y promulgada al registro oficial desde 1978, San José de Costa Rica. Es importante aludir que previo a la Convención, se creó la Comisión en 1959 como mecanismo o sistema de protección, promoción y progresión de los derechos humanos, para ello se estableció la necesidad de atender la realidad de los Estados ante la conmoción política que existía, sobre todo en República Dominicana y el Caribe, por lo que, se convoca a la Quinta Conferencia de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en la cual mediante resolución se encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos el desarrollar el proyecto de la Convención y se originó –en el ínterin– la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un principio tenía la facultad de supervisión jurídica la cual resulto ambigua y limitada, ya que, no podía actuar en contra de los Estados. En 1960 en el mes de mayo se crea el Estatuto de la Comisión, en junio se establece los miembros de la misma y en octubre se instala el inicio de sus funciones y tuvo su sede en Washington D. C., donde radica hasta la actualidad (Faúndez, 2004; Cancado, 1993).

En 1965 se amplían las competencias de la Comisión, por lo que, empezó a recibir denuncias, realizar visitas in loco con previa aprobación del Estado, realizar informes, estudios, seminarios, observación, emitir recomendaciones sobre las vulneraciones de derechos que se daban. Se debe aclarar que, pese a ser funciones o esquemas que no estaban previstos en un principio, fueron necesarios ante las graves transgresiones a los derechos de las personas en los Estados, lo que demostró que la Comisión tenía un carácter de acción para la protección de los derechos (CorteIDH, 2017; Cancado, 1993). En este sentido, tras las reformas de la Carta de la OEA en una disposición transitoria, se señala que la Comisión sería uno de los dos órganos de control con funciones reconocidas por los Estados, desde que la Convención Americana

entrará en vigencia en 1978, y se aprobará en 1979 el nuevo Estatuto y en noviembre del 2009 en sesión 137, su propio reglamento el cual entro en vigencia desde 1 de agosto de 2013. Es necesario, aclarar que la Comisión independientemente de si los Estados son suscriptores o no de la Convención, pueden observar, y emitir informes de manera consultiva, así como recibir denuncias en base al Estatuto y Reglamento, ya que, desde que la Comisión inicio sus funciones tiene dentro de su competencia el visitar o sesionar en cualquier país del Sistema Interamericano, siempre que el país así lo faculte y tenga una mayoría de votos en razón de la Carta de la OEA (Faúndez, 2004, Cuéllar, 2003; Ventura, 2014).

Es imperante resaltar que si bien la Corte Interamericana de derechos humanos ha tenido gran incidencia tanto en tiempo como en decisiones tomadas, es otórgale cierto protagonismo a la primera corte internacional con carácter permanente y obligatorio, que se desarrolló con el mismo fin pero que no marco mayor incidencia, esta es Corte de justicia Centroamericana o denominada Corte de Cartago, surgió a través del tratado de paz y amistad de Washington el 20 de diciembre de 1907, Ricardo Monterisi (2009) menciona que los Estados que formaron parte de este tratado y se sometieron a la competencia de esta corte fueron “Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, teniendo como función principal la defensa de los derechos humanos y otorgar a los individuos la calidad de sujetos procesales” (p.238), a pesar de ser el antecedente base de la Corte Interamericana, tuvo una vida muy breve y las demandas individuales planteadas en la mismo no prosperaron, siendo el cese de sus funciones en 1918.

Ahora bien, el consejo de jurisconsultos desarrollo un proyecto de convención de derechos humanos otorgándoles a dos órganos la facultad de protección de los derechos humanos esto es a la Comisión y a la Corte Documento que para su revisión, se realizó a través “de la segunda conferencia interamericana extraordinaria, celebrada en rio de janeiro en 1965, y luego remitido al consejo de la OEA para que lo actualizara y completara” (Monterisi, 2009), es así que luego de que se remitieran los informes por parte de la comisión de derechos, se convocó a una conferencia especializada sobre derechos humanos en San José de Costa rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 en donde se adoptó la convención A americana de Derechos Humanos. La instauración de la Corte Interamericana se dio el 22 de mayo de 1979, la Asamblea General de la OEA, designo lo jueces de la corte quienes el 3 de septiembre del mismo año fueron posesionados, liderado por el Dr., Rodolfo Piza Escalante, enfatizando la culminación de una etapa de lucha incesante por la comunidad americana para el respeto de los derechos.

En relación con lo expuesto, el Ecuador participo en la reunión internación de los Estados de la OEA y fue parte de la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969, la cual fue efectuada sin ninguna reserva, solo la que queda a convicción de los gobiernos la oportunidad de volver a ratificarla, conforme lo establecido en el artículo 45 parágrafo 1 y 2, dando lugar a su ratificación y deposito el 21 de octubre de 1977 y la vigencia desde el 27 de octubre de 1977, así como al reconocimiento de las funciones, atribuciones y competencias de la Comisión, sin embargo, la competencia de la CortelDH, fue atribuible el 13 de agosto de 1984 (CortelDH, 2017 y Rodríguez, 2011).

Es importante recalcar que, el Ecuador ha firmado y ratificado diversos pactos y convenciones que son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos entre los cuales se encuentran el Pacto del Salvador, el Protocolo de San José de Costa Rica, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra

las personas con Discapacidad, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodríguez 2011; CortelIDH, 2017). Estos tratados establecen un alcance para la protección, goce y ejercicio de los derechos humanos, sin embargo, a lo largo de la historia se establece que el Ecuador no ha sido el mayor garante de derechos pese a ser el máximo deber del Estado, pues, aún existe un camino largo que recorrer y afianzar.

De esta manera, se establece que el fin primordial de la Convención Americana es poder dar una solución en caso de conflictos o vulneraciones entre Estados, o entre particulares y el Estado, para lo cual los dos órganos que regulan la convención entre los estados parte esto es la Comisión Americana de derechos humanos la cual se encarga de resolver consultas y preparar informes que permitan una solución sin necesidad de que conozca la Corte y la Corte Americana de Derechos Humanos la cual prevalece los Derechos y crea jurisprudencia a fin de limitar el abuso del poder cuando un Estado ha vulnerado todas las garantías judiciales y no ha reconocido dicha transgresión en sus órganos de control interno es responsabilidad de la Corte determinar dicha limitación de Derechos y así prevalecer y proteger los derechos humanos subjetivos y preservar incluso las violaciones a pueblos, colectivos, el medio ambiente, las culturas y tradiciones.

El Ecuador, a través de la Constitución de la República del Ecuador (2008), le ha dado a los Tratados de derechos humanos una perspectiva supranacional, ya que predomina su aplicación por encima de la Carta Magna, siempre que dicha aplicación sea PRO HOMINE, a favor del ser humano. Pues, el artículo 424 de la Constitución establece “los tratados de Derechos Humanos, ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. De esta manera el reconocimiento internacional se encuentra debidamente consagrado en la máxima norma.

El Funcionamiento Del Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

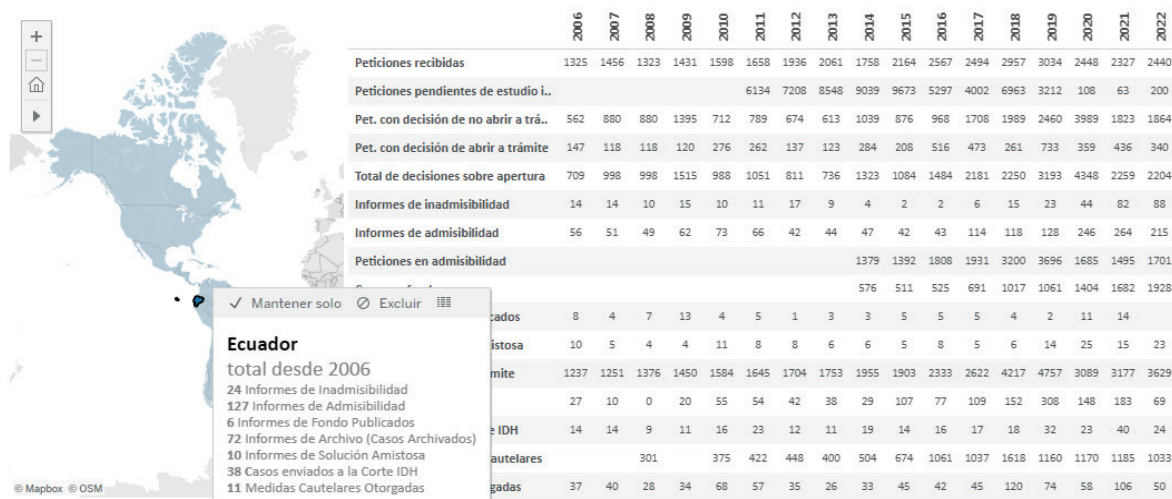
En el presente epígrafe se debe señalar que su reconocimiento, composición, atribuciones y el funcionamiento de la Comisión IDH, se encuentra contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Reglamento, todo ello en relación a la protección, defensa y mecanismos de prevención para la tutela adecuada de los derechos en pro del ser humano.

Al hacer alusión al presente acápite, se debe indicar que este organismo posee la facultad de sesionar en el mismo año cuantas veces se requiera dentro de 2 periodos ordinarios debidamente señaladas, y extraordinarias cuantas veces así lo requiera, sin embargo, sus recursos son limitados debido a que el financiamiento que le asigna la OEA al parecer no es suficiente,

se encuentra actualmente compuesta por 7 miembros de alta trayectoria, los cuales actúan en pro de los derechos humanos y poseen diferentes atribuciones, una vez son elegidos a través de ternas por el Consejo de la OEA, para el efecto se ha señalado que en ningún caso podrá ser dos nacionales pertenecientes al mismo país, su cargo es permanente por cuatro años con su debida relección y de los seleccionados se designa al presidente quien presidirá las sesiones y su vicepresidente por un plazo de 2 años (Padilla, 2016). La Comisión de conformidad al artículo 9 del Estatuto de la CIDH (1979), tiene como principales atribuciones el asistir a las reuniones sean ordinarias o extraordinarias dentro o fuera de la sede, realizar visitas u observaciones in loco al ser parte de las Comisiones Especiales, guarda reserva de los casos que así lo ameriten, tener un adecuado comportamiento moral, bajo la importancia de su cargo.

De esta manera de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021), señala que la CIDH, tiene como facultad principal el promover y garantizar la tutela y protección de los derechos humanos, efectuar visitas in loco, examinar las comunicaciones individuales o interestatales, formular recomendaciones en base a los preceptos normativos, estimular la conciencia de los derechos humanos, efectuar informes sobre la realidad de un Estado o una temática, solicitar informes sobre el cumplimiento de medidas o recomendaciones a determinado país, realizar consultas e interpretaciones, realizar el informe anual ante la Asamblea General, recibir peticiones individuales de cualquier persona, grupo de personas o entidades sobre denuncias o quejas, en algunos casos sobre la relación entre Estados, solicitar medidas provisionales a la CortelIDH, adoptar medidas cautelares.

Figura 1. Estadísticas de Ecuador desde el año 2006 hasta el 2022 sobre la participación e intervención de CIDH



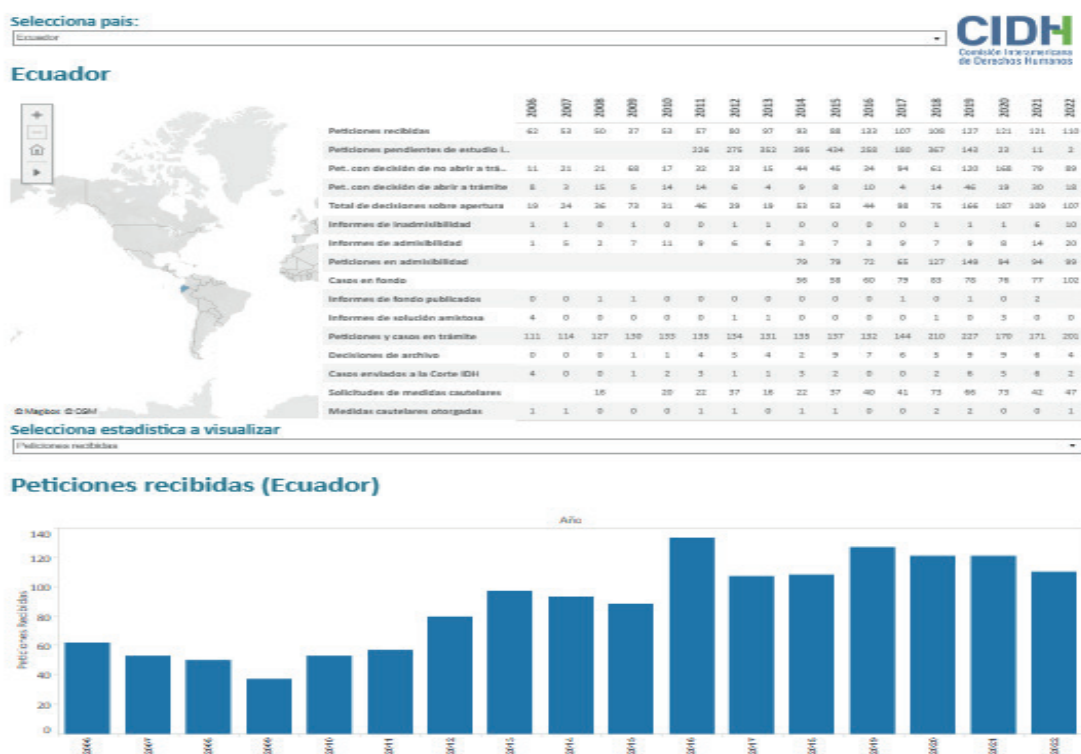
Fuente. Peticiones Recibidas. Fuente: Estadísticas CIDH (2022).

Admisibilidad de las peticiones

Es necesario indicar que las peticiones son denuncias o quejas efectuadas con la finalidad de exigir se tutele los derechos humanos de una persona ante graves vulneraciones por el Estado parte, siempre que dentro del país se agoten todos los recursos jurisdiccionales, esta se deberá poner en conocimiento en un plazo no mayor a seis meses desde la resolución o sentencia en firme, dicha petición deberá contener los referidos de ley y documentos adjuntos que amparen al admisibilidad y veracidad de la solicitud, es importante mencionar que

solo en ciertos casos se podrá presentar la petición sin que exista resolución en firme o se haya agotado los recursos. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1978, art. 46). Desde el 2006 hasta el 2022 el Ecuador ha recibido 1507 peticiones, de las cuales existen 24 informes de inadmisibilidad, 127 informes de admisibilidad, 6 informes de fondo publicados, 72 informes de archivo, 10 informes de solución amistosa, 38 casos enviados a la Corte y 47 medidas cautelares.

Figura 2. Peticiones estadísticas de Ecuador



Nota. Peticiones Recibidas. Fuente: Estadísticas CIDH (2022).

En este sentido, durante el 2022 la Comisión IDH, ha recibido 110 peticiones, las mismas que han sido contabilizadas en razón del cierre al año fiscal, de acuerdo al informe anual entregado por la CIDH, es importante señalar que la petición debe cumplir con cada uno de los requisitos señalados en el artículo 28 del Reglamento CIDH (2013), el nombre del denunciante (s), reserva de identidad por las razones establecidas en la Convención como menores de edad, dirección de correo electrónico con la finalidad de que exista un casillero donde entregar las decisiones de la CIDH, describir los hechos denunciados, nombre de la víctima, responsables directos e indirectos, fundamentación y especificación de los derechos humanos vulnerados, para ser investigados, estar dentro del tiempo, agotar recursos o el impedimento, sometimiento del caso en otra causa, las pruebas, todo detallado en 6 secciones. Los aspectos solicitados deberán ser llenados bajo el formulario establecido, al igual que la solicitud de medidas cautelares, la página web: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/formulario-presentar-peticion-cidh.pdf>.

Las peticiones admitidas a trámite requieren cierto tiempo prudencial, para lo cual según los artículos 30 al 36 del Reglamento de la Comisión (2013) y artículo 46 de la CAN (1978), se verifica que el formulario cumpla con cada uno de los parámetros solicitados en razón de los

requisitos de forma, fondo; se haya configurado la competencia respecto a la ratio personae, materiare, loci, temporis, las cuales deberán ser verificadas para que la ComisiónIDH pueda efectuar las actuaciones, correspondientes, para efectuar su estudio inicial, abrir a trámite, admitir a trámite y brindar el informe de admisibilidad de la petición misma que se notifica a la parte peticionaria y al Estado. Sin embargo, el artículo 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1978) y 28 del Reglamento CIDH (2013), establece que las razones de inadmisión son: falta de requisitos, hechos no relacionados con los DDHH, razones de comunicación infundadas, o peticiones ya examinadas por otro organismo. Las admisiones e inadmisiones debidamente fundamentados se muestran al final de cada año, respecto a las estadísticas.

Tabla 1. **Peticiones estadísticas de Ecuador**

2022	
Peticiones	110
Peticiones pendientes de estudio inicial	2
Pet. con decisión de no abrir a trámite	89
Pet. con decisión de abrir a trámite	18
Total, de decisiones sobre apertura	107
Informes de inadmisibilidad	10
Informes de admisibilidad	20
Peticiones de admisibilidad	99

Fuente. Situación de las Peticiones Recibidas. Fuente: Estadísticas CIDH (2022).

Procedimiento de las Peticiones Recibidas

Una vez realizada la admisibilidad, se notifica al accionante y al Estado denunciado para que este efectúe las correspondientes observaciones todo esto con la finalidad de que se establezca las justificaciones del caso si las hubiera en relación a la petición efectuada, las mismas que deben ser entregadas en el plazo concedido para cada caso por la Secretaría de la Comisión. La CIDH, empezó a presentar las peticiones de admisibilidad en el caso ecuatoriano y de la región americana, a partir del 2014, desde esta perspectiva no se han establecido datos de manera previa.

Las peticiones que poseen un informe favorable de admisibilidad, son sujetas a recibir ya un número de causa, para lo cual efectuará un análisis minucioso de la petición por parte de la Secretaría, así mismo puede solicitar información adicional o solicitar se amplíe la denuncia de ser pertinente para aclarar dudas y siempre que esté dentro de los términos establecidos, así mismo el hecho de que la Comisión haya conocido y admitido a trámite dichas causas no invalida su participación en el procedimiento el cual posee el mismo tratamiento tanto para los Estados que han sido parte de la Comisión como para aquellos que no, ante lo cual el Estado una vez responda podrá defenderse de las acusaciones en su contra, así mismo la Comisión puede solicitar información adicional cuando el Estado no sea claro, de ser pertinente se podría dar la inadmisibilidad de la petición, siempre y cuando la Comisión encuentre fundamentos idóneos para hacerlo. De no ser así se continúa con el proceso (Reglamento de la ComisiónIDH, 2013). En este sentido es importante establecer que el fin de la comisión es efectuar recomendaciones adecuadas, pero también puede solicitar el desglose de expedientes cuando se trata de casos similares aunque en distinto tiempo, y con personas diferentes,

la cual no es una práctica muy frecuente es una atribución de la Comisión, así también podrá tramitar diferentes expedientes de manera acumulativa cuando se trate de la misma persona y los mismos hechos, sin embargo, en la práctica se extraña de cierta flexibilidad.

Así mismo, si bien en los casos en que se solicite se tenga la identidad de una persona en anonimato o reserva se debe tramitar la causa de dicha manera, sin embargo, en cualquier momento dicha alusión podrá ser contemplada. La Comisión otorgará un plazo de dos meses cuando el peticionario o el Estado deseen presentar observaciones adicionales verbales o escritas, sin embargo, esto podría constituir una dilación al proceso. El Estado podrá así mismo someterse de ser el caso a una **conciliación o solución Amistosa**, con la finalidad de evitar ser juzgado y establecer soluciones propias debido a la vulneración de los derechos, sin embargo, ello no quiere decir que el Estado acepte su culpabilidad o sea netamente inocente, sino que por el bienestar de las partes se busca una solución que permita un beneficio común. En algunas ocasiones esto ha ocasionado dilación o no continuidad del proceso, lo cual ha atribuido indemnización por parte del Estado (Pizzolo, 2007; Reglamento de la Comisión, 2013, Faúndez, 2004).

Consecuentemente, el expediente ya elaborado se somete por medio de secretaria a la Comisión cuando no ha existido la correspondiente cooperación, solución amistosa o haya entregado las observaciones finales, dará inicio a la **etapa contenciosa** cuando subsistan los motivos que originaron la petición inicial, permitiendo establecer ya un análisis de fondo sobre el caso, para lo cual se convoca a las partes a una Audiencia de oficio o a petición de parte de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento de la Comisión, en donde se dará a conocer la situación de las partes, se establecerán los hechos, la carga de la prueba a cargo de la Comisión misma que recabara información y realizara visitas e investigaciones in loco, sin embargo, le corresponde al Estado prestar las facilidades del caso, pues, el Estado también posee una mayor carga de la prueba, sin embargo, se toma en cuenta, la adjuntada por las partes –Estado y peticionario– y la entregada por la Comisión, para lo cual se ha de fijar su procedencia, los medios de prueba son: documental, pericial, testimonial, presunciones y presunciones de la veracidad de los hechos (Reglamento de la ComisiónIDH, 2013, art.39). Es obligación de la Comisión realizar la ponderación de la prueba y emitir la decisión la cual será desarrollada mediante informe en el cual detallará los conocimientos obtenidos en la audiencia y en las vistas (Reglamento de la ComisiónIDH, 2013, art.42), en dicho informe además señalará la violación de los derechos humanos, los votos u opinión de los miembros y las recomendaciones, pues, la CIDH, tiene como papel característico el de proteger, precautelar y garantizar, los derechos, cuando la petición o comunicación revelé que el Estado ha infringido en sus responsabilidades.

Es necesario referir que el archivo de la petición puede efectuarse en cualquier momento si así lo considera la CIDH, o los motivos de la petición o comunicación desaparecen, de conformidad al artículo 48 núm. 1, literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 42 núm.1 del Reglamento de la CIDH. Se debe indicar es un tema de gran abordaje académico y requiere un apartado especial sobre el mismo.

Finalmente, se establece que para el caso de las Medidas Cautelares estas pueden ser solicitadas a petición de parte o de oficio, las mismas tienen un carácter preventivo, permite evitar daños irreparables o en su caso ayudar cesar la vulneración de los derechos humanos (Reglamento de la ComisiónIDH, 2013, art. 25, núm. 1),

Actualmente el Ecuador según la CIDH, posee las siguientes Estadísticas.

Tabla 2. Casos de Ecuador ante la CIDH

2022	
Casos de Fondo	102
Informes de fondo publicados	0
Informes de solución amistosa	0
Peticiones y casos en trámite	201
Decisiones de archivo	4
Casos enviados a la Corte IDH	2
Solicitudes de medidas cautelares	47
Medidas cautelares otorgadas	1

Fuente: Estadísticas CIDH (2022).

Corte Interamericana de Derecho Humanos

La envergadura de la Corte radica en su autonomía, contemplada dentro del estatuto de la corte en el Artículo 1 lo define como una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la materialización a través de la aplicación e interpretación del Pacto San José o la Convención Americana de Derechos Humanos,” Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023), algunos doctrinarios le han restringido parcialmente el termino de autónoma considerando que es parte del pacto san José de Costa Rica, es decir nace y está regulado por este instrumento sin embargo, la Corte es un órgano que constituye el sistema judicial interamericano, aunque no se encuentra entre los órganos individualizados en el artículo 53 de la carta de la OEA, la fundamental acción es la observancia y defensa de los derechos humanos.

Funciones

La corte como institución judicial autónoma desarrolla de conformidad al estatuto de la corte dos funciones, sin embargo, existe una discrepancia acerca de cuantas funciones realmente desarrolla de acuerdo a Monterisi (2009), tiene dos funciones, jurisdiccional o contenciosa y consultiva; Barrera (2017) sostiene que son tres funciones realizadas la corte tiene una función jurisdiccional, una consultiva y una función que le permite decretar medidas. Sin embargo, para García Ramírez (2006), alude que existen cuatro categorías de funciones contenciosa, consultiva, preventiva y ejecutiva, en las dos primeras funciones se puede mencionar que existe cierto criterio unificado en que la función contenciosa se encuentra regulada por el artículo 61 a 63 de la Convención, focalizada en resolver los casos en los cuales se le imputa a algún Estado la violación de un derecho ya sea, por acción u omisión propendiendo una aplicación e interpretación de la convención en torno al caso concreto, si se llega a comprobar dicha violación la Corte lo hará responder internacionalmente mediante un fallo definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento. Cabe destacar que de los 24 Estados que ratificaron la convención únicamente 21 reconocen la competencia de la Corte.

Respecto a la función consultiva, cabe señalar que se rige en torno a las disposiciones del artículo 64 de la convención, absuelve consultas realizadas por los Estados parte, en relación a la interpretación de la convención y de otros tratados cuya base sustancial son los derechos humanos, así mismo dentro de sus facultades puede emitir dictámenes respecto a la legalidad

y compatibilidad de los tratados y convenios de derechos humanos para con las leyes internas de un Estado, la corte actualmente se ha pronunciado en 30 opiniones consultivas de acuerdo a la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023), con énfasis pretoriano respecto a los derechos humanos que ha marcado ciertos hitos relevantes trascendentales e influyentes tanto a nivel interno, regional como a nivel Europeo.

Ahora bien, respecto a lo que atañe García Ramírez en el reconocimiento de dos funciones adicionales respecto a la función preventiva, es imperante mencionar que la considera con plena autonomía de la función contenciosa, pues aplica de manera preventiva y para precautelar bienes jurídicos protegidos importantes medidas provisionales, cautelares, las cuales pueden otorgarse previo a la introducción de la demanda a la corte, pues tiene como finalidad cesar, o disminuir el daño irreparable a la persona. En este mismo acápite es menester, dilucidar la función ejecutiva tiene la finalidad de vigilia y ejecutoria del fallo o medidas provisionales emitidas por la Corte, es decir supervisa el cumplimiento de las resoluciones del tribunal tal como lo establece el Art.65 de la convención en el cual se debe informar a la OEA el incumplimiento de un fallo por parte de un Estado parte. A pesar de aquellas alusiones muy acertadas por parte del autor, la categorización realizada para fines de comprensibilidad es la adecuada, sin embargo, estas dos últimas categorías representan en su máxima expresión la tutela jurisdiccional, derecho que tienen todos los ciudadanos respecto a que se respete su derecho a la tutela efectiva, por lo cual son parte de la función jurisdiccional, atañiendo dos exclusivas funciones esgrimidas anteriormente.

Etapas del Proceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Etapa Escrita

Como primer punto a abordar en la etapa escrita encontramos **la admisibilidad** que enfatiza en el cumplimiento de presupuestos que permitan la sustanciación del proceso, de acuerdo a lo que menciona Eduardo Couture, “aquellos cuya ausencia obsta al andamiento de una acción y al nacimiento de un proceso” (1969. p.105), la Corte ha enfatizado en el cumplimiento de los criterios de procedibilidad que le otorgan la competencia de ejercer su jurisdicción, por ello para ventilar y declarar admisible un proceso ante la corte se deben cumplir con dos requisitos básicos, uno de ellos de conformidad a lo que establece el Art.46 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a que se deben agotar las instancias internas para que el caso se lo presente ante la comisión interamericana de derechos humanos y segundo requisito respecto al procedimiento establecido en el art.48 a 50 la instancia ante la comisión debe haber llegado a la etapa final con la redacción del informe preliminar.

Subsecuentemente en esta etapa encontramos la **introducción de la demanda**, aceptado el ingreso del proceso ante la Corte, el primer efecto jurídico es la finalización respecto al conocimiento por parte de la comisión, a partir del Art. 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como primer requisito cabe señalar de forma clara las pretensiones, a las que se añadirá la reparación integral a las víctimas o víctima y conjuntamente las costas procesales; las partes que intervienen en el caso; la exposición de los hechos que como exigencia presenta un detalle de forma pormenorizada, que servirán de fundamento para el demandado oponiéndose al relato de estos hechos o aceptándolos ejercitando su derecho pleno a la defensa; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad emitidos por la comisión; las pruebas con sustento en que versaran o aportaran en el proceso; especificación y detalle de peritos y objeto de participación con respecto a sus declaraciones; fundamento de derecho y

conclusiones a las cuales el demandante ha llegado con el análisis del caso, nombres y dirección de demandado y víctimas de forma pormenorizada, en caso de que quien tengan la legitimación activa sea la comisión debe adjuntar el informe preliminar. (Monterisi, 2009).

Luego de que se hayan cumplido dichos presupuesto e introducida haya sido la demanda escrita, encontramos sustancialmente el **examen preliminar** de la demanda, en esta etapa sustancialmente se verifica el cumplimiento de los requisitos en caso de que se encuentren vacíos o ausencia de requisitos, el demandante tiene 20 días plazo para subsanar dicha ausencia, cabe recalcar que para evitar la mala práctica de que los accionantes presenten texto escueto y fuera del tiempo subsanen todas las falencias, este prórroga es excepcional en casos que realmente lo ameriten, por ello la comisión debe justificar de forma motiva la presentación incompleta de la demanda, para que de esta forma se considere racionalidad, excepcionalidad y necesidad. (Carbonelli, 2003).

En este mismo sentido, procede la **notificación de la demanda**, “el secretario procederá a notificar la demanda a) al Presidente y los magistrados de la corte; b) al Estado demandado; c) a la comisión si no es ella la demandante d) al denunciante original e) a la presunta víctima” (Monterisi, 2009), cabe resaltar que una vez se encuentren notificados deben enviar sus delegados en el plazo de 30 días mientras aquello sucede quien asume su representación de forma expresa es el Presidente de la República del Estado demandado.

Es menester precisar, la **contestación a la demanda** como en todo proceso jurisdiccional las partes cuentan con el derecho a la defensa, y en el ejercicio de la misma los Estados tienen cuatro meses improrrogables para presentar la contestación a la demanda, si bien es cierto la creación de la Corte va encaminada a la protección de los derechos, si un Estado no da contestación en el plazo señalado se lo considerará en rebeldía y no afectará la prosecución del proceso, sin embargo, afectará en esencia el espíritu y objeto de la convención.

Ahora bien, con fundamento en las **excepciones preliminares** de acuerdo a lo que menciona Andrés Gonzales menciona, “son un medio de defensa que poseen los Estados Parte de la Convención, para que el caso no llegue al análisis de vulneración o de derechos humanos” (2011), o en su mérito el cumplimiento de obligaciones, pretenden evitar el análisis de fondo del caso concreto, si estas son planteadas por un Estado estas deberán resolverse de proa previa a resolver el fondo.

B. Etapa Oral

Una vez, concluida esta etapa escrita con la resolución de las excepciones preliminares, corresponde fijar fechas para las audiencias orales que deben llevarse a cabo con el fin de escuchar a las partes respecto a los pronunciamientos realizados de forma escrita, para proceder al desahogo de la prueba que ha sido ofrecida en la demanda inicial, en los que están inmersos los dictámenes periciales y testimonios, y concluir con los alegatos finales de las partes.

En esta etapa encontramos las audiencias, cabe destacar que las audiencias se llevan a cabo en la CorteIDH, son públicas, las mismas que son presididas por el presidente de la corte, además es quien fija el orden de intervención de los agentes del Estado, delegados de la comisión y las presuntas víctimas sus familiares o representantes. Cabe señalar de conformidad al principio de inmediación contenido en el reglamento de la corte en el Art. 42.1 queda implícita la autorización para que los jueces puedan hacer preguntas y repreguntas a todos aquellos que

intervengan en la audiencia como peritos o testigos, el presidente velara por la admisibilidad de las preguntas, a menos que la corte lo decida de otra forma.

La actuación de la prueba, si bien es cierto la carga de la prueba le corresponde al demandante, sin embargo, al ser un proceso contra el Estado podría verse imposibilitado de obtener la misma en razón de una situación evidente de poder, por lo cual la corte ha aplicado la carga dinámica de la prueba “conocida como la posibilidad de trasladar la carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo” (García, 2019), dándole la posibilidad a los demandantes de que se ventilen las pruebas necesarias para esclarecer los hechos a tal punto de determinar la vulneración de derechos.

Luego de ventilada toda la prueba, y cuando las partes hayan emitido sus alegatos finales, de acuerdo a lo que menciona Monterisi (2009), la actividad probatoria finaliza, cuando el tribunal hace un análisis minucioso con la ponderación de las partes como de la incorporada de oficio por la corte. Cabe destacar que como una práctica normalizada la corte invita a las partes a dar sus alegatos finales de forma escrita, en el plazo que de forma discrecional establece el presidente, a los cuales se les considera como un resumen de las peticiones.

C. Etapa Decisoria

Haciendo hincapié en la conclusión del proceso, se puede dar la terminación anticipada del proceso, el desistimiento de la demanda, el allanamiento, solución amistosa y remisión, una vez superada la etapa probatoria la corte como todo cuerpo colegiado y cubierto de potestad debe emitir la sentencia, en relación a los hechos que ha conocido, de conformidad a lo que establece el art. 66.1 la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el cual deben exponer las razones que llevaron a tomar la decisión a la corte, además debe estar sustentado y sustentado por norma y derecho sustantivo interamericano, una característica sustancial del fallo es inapelable y de obligatorio cumplimiento, teniendo un tinte mixto, tanto declarativa como condenatoria. Caben únicamente dos posibilidades que el Estado demandado violó o no un derecho, se garantizara a la víctima el disfrute de los derechos violados y que se reparen los mismos y el pago de una justa indemnización.

Las medidas provisionales

Cabe recalcar que las medidas cautelares que puede solicitar de acuerdo al Art. 25 numeral 1 en la cual faculta a la corte las medidas provisionales que consideren pertinentes, en casos en los cuales se evidencie casos de extrema gravedad y urgencia, para evitar se produzcan daños irreparables en las personas, son de carácter excepcional y deben mantenerse siempre y cuando permanezcan los requisitos que las originaron, en la corte se emiten estas medidas siempre y cuando el daño que puede producirse caracterice una situación extrema, y que si no se llega a tomar acciones resulte daños irreparables.

La competencia consultiva

Como parte de las funciones prioritarias de la corte esta la función consultiva establecida en el Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para Monterisi (2009), es una capacidad que la corte presta a cada estado que forma parte del Sistema Interamericano con el fin de que cumplan con el compromiso de respeto a los derechos humanos, por lo cual ha

sido la primera función que desde sus atribuciones ha desarrollado la Corte, permitiéndole abarcar e interpretar principios y normativas generando interpretaciones que posibiliten un camino respetuoso al ser humano, además de limitar de alguna forma a los Estados en la creación o aplicación de normas que violan derechos, si bien es cierto esta función sirve de asesoría a los Estados, permite a través de la Carta de Naciones Unidas, que tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas la emisión de dictámenes de índole jurídica.

Tabla 3. Casos contenciosos ventilados en la CIDH

Nº	SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ECUADOR (44 CASOS)
44	Corte IDH. Caso Mina Cuero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2023. Serie C No. 501.
43	Corte IDH. Caso Núñez Naranjo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 492.
42	Corte IDH. Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C No. 483.
41	Corte IDH. Caso Aroca Palma y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de noviembre de 2022. Serie C No. 471.
40	Corte IDH. Caso Cortez Espinoza Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2022. Serie C No. 468.
39	Corte IDH. Caso Huacón Baidal y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 4 de octubre de 2022. Serie C No. 466.
38	Corte IDH. Caso Mina Cuero Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2022. Serie C No. 464.
37	Corte IDH. Caso Casierra Quiñonez y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2022. Serie C No. 450.
36	Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446.
35	Corte IDH. Caso Garzón Guzmán y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2021. Serie C No. 434.
34	Corte IDH. Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021. Serie C No. 430.
33	Corte IDH. Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426.
32	Corte IDH. Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.
31	Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.
30	Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399.
29	Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398.
28	Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.
27	Corte IDH. Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327.
26	Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
25	Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
24	Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.

23	Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
22	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Serie C No. 280.
21	Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.
20	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.
19	Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.
18	Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247.
17	Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
16	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2011. Serie C No. 230.
15	Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
14	Corte IDH. Caso Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.
13	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C No. 222.
12	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 189.
11	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 183.
10	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.
9	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.
8	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
7	Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
6	Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
5	Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
4	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51.
3	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.
2	Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.
1	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Elaborado por: María Isabel Tobar (2023), información obtenida Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tabla 5. Casos que se litigan actualmente en la Corte IDH

CASOS QUE SE LITIGAN ACTUALMENTE EN LA CORTE IDH ECUADOR (6 CASOS)	
1	Caso García Romero y otros Vs. Ecuador
2	Caso Hidalgo y otros Vs. Ecuador
3	Caso Aguas Acosta y otros Vs. Ecuador
4	Caso Meza Vs. Ecuador
5	Caso Núñez Naranjo y otros Vs. Ecuador Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador
6	Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador

Elaborado por: María Isabel Tobar (2023), información obtenida Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tabla 6. Casos en etapa de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia

LISTA DE CASOS EN ETAPA DE SUPERVISIÓN, EXCLUYENDO AQUELLOS EN QUE SE HA APLICADO EL ARTÍCULO 65 DE LA CONVENCION (ECUADOR) 23 CASOS				
N°	Nombre del caso	Fecha de sentencia que determina reparaciones	Resoluciones emitidas por la Corte	Reparaciones.- La información presentada en este apartado se basa en lo declarado en resoluciones emitidas por la Corte. Por tanto, en los expedientes puede haber información aportada por las partes que aún no haya sido evaluada por el Tribunal
84	Benavides Cevallos	19 de junio de 1998	28 de noviembre de 2018 27 de noviembre de 2003	Declaradas cumplidas
			9 de septiembre de 2003 27 de noviembre de 2002	Pendientes de cumplimiento
85	Suárez Rosero	20 de enero de 1999	17 de abril de 2015 20 de marzo de 2009 10 de julio de 2007	Declaradas cumplidas
			27 de noviembre de 2003 4 de diciembre de 2001	Pendientes de cumplimiento
86	Tibi	7 de septiembre de 2004	21 de marzo de 2023 22 de noviembre de 2016	Declaradas cumplidas
			3 de marzo de 2011 1 de julio de 2009 22 de septiembre de 2006	Pendientes de cumplimiento
87	Zambrano Vélez y otros	4 de julio de 2007	1 de septiembre de 2016 23 de noviembre de 2010	Declaradas cumplidas
			21 de septiembre de 2009 22 de mayo de 200	Pendientes de cumplimiento
88	Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez	21 de noviembre de 2007	23 de junio de 2016 27 de enero de 2015 22 de febrero de 2011	Declaradas cumplidas
			19 de mayo de 2010 29 de abril de 2009	Pendientes de cumplimiento

89	Vera y otra	19 de mayo de 2011	23 de octubre de 2012	Declaradas cumplidas
			27 de febrero de 2012	Pendientes de cumplimiento
90	Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku	27 de junio de 2012	22 de junio de 2016 14 de mayo de 2013	Declaradas cumplidas
91	Gonzáles Lluy y otros	1 de septiembre de 2015	5 de febrero de 2018	Declaradas cumplidas
92	Herrera Espinoza y otros	28 de octubre de 2016	4 de marzo de 2019	Declaradas cumplidas
93	Vásquez Durand y otros	15 de febrero de 2017	1 de septiembre de 2021	Declaradas cumplidas
94	Montesinos Mejía	27 de enero de 2020		Declaradas cumplidas
95	Guzmán Abarracín y otros	24 de junio de 2020	23 de septiembre de 2021	Declaradas cumplidas
96	Guachalá Chimbó y otros	26 de marzo de 2021		Declaradas cumplidas
97	Grijalva Bueno	3 de junio de 2021	07 de febrero de 2023	Declaradas cumplidas
98	Villarreal Merino y otros	24 de agosto de 2021		Pendientes de cumplimiento
99	Garzón Guzmán y otros	1 de septiembre de 2021	26 de junio de 2023	Pendientes de cumplimiento
100	Palacio Urrutia y otros	24 de noviembre de 2021	21 de octubre de 2023	Pendientes de cumplimiento
101	Casierra Quiñonez y otros	11 de mayo de 2022		Pendientes de cumplimiento
102	Mina Cuero	7 de septiembre de 2022		Pendientes de cumplimiento
103	Huacón Baidal y otros	4 de octubre de 2022		Pendientes de cumplimiento
104	Aroca Palma y otros	8 de noviembre de 2022		Pendientes de cumplimiento
105	Aguinaga Aillón	30 de enero de 2023		Pendientes de cumplimiento

Elaborado por: María Isabel Tobar (2023), información obtenida Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LISTA DE CASOS EN ETAPA DE SUPERVISIÓN ARCHIVADOS POR CUMPLIMIENTO (ECUADOR) 11 CASOS				
N°	Nombre del caso	Fecha de sentencia que determina reparaciones	Resoluciones emitidas por la Corte	Reparaciones
1	Acosta Calderón Vs. Ecuador	24 de junio de 2005	7 de febrero de 2008	
2	Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador	22 de noviembre de 2007	28 de agosto de 2015 5 de febrero de 2013 27 de agosto de 2010 6 de julio de 2009	
3	Salvador Chiriboga Vs. Ecuador	3 de marzo de 2011	3 de mayo de 2016 23 de junio de 2015 20 de noviembre de 2014 22 de agosto de 2013 24 de octubre de 2012	
4	Mejía Idrovo Vs. Ecuador	5 de julio de 2011	4 de septiembre de 2012 26 de junio de 2012	

5	Suárez Peralta Vs. Ecuador	21 de mayo de 2013	28 de agosto de 2015 26 de enero de 2015	
6	Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador	23 de agosto de 2013	30 de enero de 2019 20 de octubre de 2016 21 de agosto de 2014	
7	Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador	28 de agosto de 2013	23 de junio de 2016	
8	García Ibarra y otros Vs. Ecuador	17 de noviembre de 2015	14 de noviembre de 2017	
9	Flor Freire Vs. Ecuador	31 de agosto de 2016	18 de octubre de 2023 5 de abril de 2022 7 de octubre de 2019	Declaradas cumplidas
10	Valencia Hinojosa y otra	29 de noviembre de 2016	14 de marzo de 2018	
11	Cortez Espinoza	18 de octubre de 2022	30 de agosto de 2023	

Elaborado por: María Isabel Tobar (2023), información obtenida Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lista de Casos en Etapa de Supervisión Archivados por Cumplimiento

Conclusiones

Se establece que el Ecuador ha tenido gran relevancia jurídica en el Contexto Internacional sobre el tema de derechos humanos, pues, a través de la historia se establece su participación en cada una de las sesiones o cumbres desarrolladas para hablar de derechos humanos, se establece que es uno de los países que ha efectuado mayor suscripción de tratados, convenios y protocolos, ya que, posee una constitución garantista de derechos. El Ecuador fue parte de las diferentes etapas que conllevo la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al efectuarse la Declaración, Convención, reconocer la competencia de la Comisión y la Corte, lo que significó un avance, aunque así también se han establecido ciertos momentos y causas que han establecido un retroceso a la progresión y defensa de los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, debido a las diferentes violaciones y conmociones políticas que se han desarrollado a través de los tiempos, sin embargo, su participación a permitido que existe un catálogo amplio que afianza la defensa de los derechos.

Así, también se puede establecer que la Convención Americana de Derechos Humanos es el corazón del sistema de la OEA, pues, en ella se han desarrollado diferentes derechos, competencias, funciones, atribuciones y límites, con gran injerencia normativa, los cuales han permitido delegar a sus dos organismos de Control la Comisión IDH, y la Corte IDH facultades, para efectuar supervisión, control, recomendaciones y sanciones según el caso lo amerite para de esta manera efectivizar el adecuado goce y ejercicio de los derechos humanos en el sistema de protección del cual es parte el Ecuador, el mismo que solo en el año 2022 posee alrededor de 110 peticiones ante la Comisión y a lo largo de la historia la Corte IDH se ha permitido resolver alrededor de 43 casos.

De esta manera se debe mencionar, que el presente abordaje doctrinario ha permitido dilucidar y establecer pautas centrales sobre la realidad histórica y actual del SIDH, sin embargo, es un tema con gran abordaje que requiere ser concentrado su estudio en cada uno de los acápites que se han presentado en el desarrollo del presente estudio.

Referencias bibliográficas

- Barrera, L.(2017). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. *Ratio Juris*, 12(25), pp. 69-87. <https://www.redalyc.org/journal/5857/585761564004/585761564004.pdf>
- Carbonelli, J. (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Ed. Instituto Europeo de Derecho. Barcelona.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Folleto informativo*. Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte IDH, 2017). *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. San José Costa Rica. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentosbasicos2017.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). Casos en etapa de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm?lang=es
- Couture, E.(1969).Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. 3era Ed. Buenos aires.
- Díaz, A. P. (2016). La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista SCIELO* (47), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000200012
- Duque, C. (2010). El Ecuador ante el Sistema Interamericano. *Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador*. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH; *Abya Yala*. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/955>
- Faúndez, H. (2004). *Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*. 3ra ed. San José de Costa Rica: Editorial ASDI.
- García, S. (2008). Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Culturas y sistemas Jurídicos Comparados, Tomo I, UNAM, México.
- García, A. (2019). Debates sobre la prueba en el litigio ante la Corte Interamericana. *Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM*.19, pp. <https://www.redalyc.org/journal/4027/402771737010/html/>
- Monterisi, R.(2009). Actuación y procedimiento ante la comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Librería editora platense La Plata.
- Piza, R. (1985). La jurisdicción contenciosa del tribunal Interamericano de Derechos Humanos, en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, IIDH, San José.
- Pizzolo, C. (2007). *Sistema interamericano La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*. Buenos Aires: Ar: Ediar.
- Ponce, A. (2005). *El Ecuador y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una mirada crítica a la conducta estatal*. USFQ Biblioteca. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiclio/article/view/623/694>
- Padilla, D. (2016). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos: Archivos Jurídicos de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1835/20.pdf>
- Ventura, M. (2014). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Consejo Editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34041.pdf>

SECCIÓN II

DERECHO DE FAMILIA

Capítulo 6

ELEMENTOS FORMALES Y MATERIALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL TEMA DE PENSIONES ALIMENTICIAS PARA UN MENOR DE EDAD: NECESIDAD DE UN MANUAL PARA LOS INTERVINIENTES EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mdcuastumal@pucesi.edu.ec

María Isabel Tobar Subia Contento

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mitobar@pucesi.edu.ec

Resumen

Esta investigación se enfoca en establecer, si existen directrices, normativas, técnicas, herramientas, requisitos y elementos formales y materiales claros, a la hora de someter un conflicto de carácter familiar a un método alternativo de solución de conflictos como lo es la mediación familiar específicamente la fijación de pensión alimenticia de un niño, niña y adolescente, para que exista pleno conocimiento por parte de los intervinientes en este proceso y exista una participación activa propendiendo que el mediador aplique técnicas y métodos especializados de acuerdo a la materia que se trate, al no existir ni siquiera el procedimiento en un solo manual o cuerpo normativo, no existe claridad en el proceso de mediación. El método aplicado en la investigación es Cualitativa, descriptiva y documental, a través de un análisis documental que permita extraer la información más relevante. Concluyendo que actualmente en el Ecuador no existe un manual o cuerpo normativo a través del cual exista un procedimiento específico para la mediación como sucede en las diferentes materias, jurídicas, penales, administrativas, civiles, en la mediación se han ido incorporando ciertas directrices a través de resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura, dejando muchas normas, y directrices oscuras para el entendimiento tanto de los profesionales, ni se diga de los ciudadanos que hacen uso de este método, además se ha determinado la necesidad de que se cree un manual que regule todos los procedimientos, técnicas y requisitos por cada especialidad, en el cual se encuentren contenidos los elementos formales: sujeto, procedimiento y forma; y elementos esenciales o materiales: el motivo, contenido y fin, que sea de fácil comprensión para los intervinientes.

Palabras clave: Mediación familiar, pensión alimenticia, elementos formales, elementos materiales, manual, directrices, técnicas, herramientas.

Abstract

This research focuses on establishing whether there are clear guidelines, regulations, techniques, tools, requirements and formal and material elements, when submitting a family conflict to an

alternative method of conflict resolution such as family mediation specifically. the establishment of alimony, so that there is full knowledge on the part of those involved in this process and there is active participation, encouraging the mediator to apply specialized techniques and methods according to the matter in question, as there is not even the procedure in a single manual or regulatory body, there is no clarity in the mediation process. The method applied in the research is Qualitative, descriptive and documentary, through a documentary analysis that allows the most relevant information to be extracted. Concluding that currently in Ecuador there is no manual or regulatory body through which there is a specific procedure for mediation as happens in different matters, legal, criminal, administrative, civil, in mediation certain guidelines have been incorporated through of resolutions of the Plenary Session of the Judiciary Council, leaving many rules and obscure guidelines for the understanding of both professionals, not to mention citizens who use this method, in addition, the need to create a manual has been determined that regulates all the procedures, techniques and requirements for each specialty, in which the formal elements are contained: subject, procedure and form; and essential or material elements: the reason, content and purpose, which is easy to understand for those involved.

Keywords: Family mediation, alimony, formal elements, material elements, manual, guidelines, techniques, tools.

Introducción

En cada esfera social, pueden surgir conflictos que demanden de la intervención oportuna y eficaz del Estado a través de sus instituciones, siendo imperante la celeridad con la que actúen los funcionarios para evitar vulnerar derechos, pero sobre todo la seguridad que exista en cuanto aplicación legal de procedimientos y requisitos, es así, que en cuanto a una alternativa Constitucional en relación a la solución de conflictos se encuentra la mediación, que tiene un papel fundamental en las materias transigibles, como lo es, el derecho de familia. La mediación familiar para Dupla y Marí (2013), es un método “(...) autocompositivo de gestión y resolución de conflictos familiares”, el cual es elegido de forma voluntaria por las partes, sin embargo pese a aquella importancia, a lo largo de los años en el Ecuador se le ha restado interés pues, no existen lineamientos directrices, que aseguren una participación activa informada y consiente de los intervinientes dentro del proceso de mediación, por lo cual se ha sopesado, la ley de mediación y arbitraje estableciendo que, esta, no ha sido desarrollada, ya que, hasta la actualidad mantiene su generalidad, soslayando la existencia de voluntariedad, clara y precisa respecto a los elementos, fases, proceso y requisitos, que deben discernir los intervinientes.

Si bien es cierto, la mediación se presenta como un procedimiento voluntario, al cual las partes someten el conflicto en cuestión, como la fijación de una pensión alimenticia, siendo imperante, el conocimiento de las partes sobre las implicaciones que tiene esta metodología, que permita encaminar el conflicto a una solución respecto al derecho de alimentos, que para Basurto y Barragán (2023) es aquel derecho de niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y todos aquellos que por ministerio de la ley son incapaces de solventar sus necesidades básicas que les permitan sobrevivir, para lo cual recurren al apoyo directo de familiares en razón del principio Constitucional de corresponsabilidad.

La envergadura que presenta la mediación familiar respecto al derecho de alimentos no solo permite que exista un acercamiento familiar de primera mano, sino también, “permitirá resolver conflictos futuros de forma autónoma y eficaz, Constituyéndose en un proceso creador de soluciones originales” (Romero, 2002), soluciones que vienen dadas de la eficacia del proceso

de mediación respecto a la participación de los intervinientes. Pues, de acuerdo a Bolaños (2008), en el ámbito familiar la situación es muy conflictiva por lo cual, es responsabilidad del mediador ofrecer la mediación como una alternativa para lograr la comunicación a través de sus propias capacidades.

La motivación principal para desarrollar esta investigación se basa sustancialmente en que la mediación a tomado fuerza y ha pasado a ser tan importante como cualquier materia del Derecho en general, al poder actuar únicamente en materias transigibles existen limitaciones, limitaciones que de acuerdo a la ley, no son plenamente claras, pues no se ha dotado a esta materia de aquella estructura organizativa, doctrinaria que permita sustentar sus actos, sino más bien, actualmente tanto los procedimientos, requisitos y demás elementos que constituyen la mediación familiar vienen dados únicamente por algunas resoluciones del pleno del Consejo de la Judicatura, una ley general y por así decirlo de la costumbre de los centros de mediación que se basan en la experiencia y bases legales no compiladas para la aplicación de este método constitucional.

En este contexto, es necesario establecer los resultados a los cuales han llegado investigaciones previas, por ello cabe destacar lo que atañe Cobas (2014), quien realiza un análisis de las cuestiones metodológicas de la normativa vigente en España y Europa, estableciendo que para que exista una adecuada mediación en el ámbito familiar se deben considerar algunos factores tales como la formación adecuada del mediador, la aplicación de principios básicos que rigen la misma, pero sobre todo la conciencia de los intervinientes, respecto a que no todos los conflictos son transigibles, ni todos podemos mediar, puntos básicos para el éxito de la mediación familiar. Castellanos y Pérez (2021), en el ámbito regional específicamente en México Nuevo León, respecto a la mediación familiar en torno al interés superior del niño, existe deficiencias en el ámbito normativo que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales, además de la insuficiente aplicación de técnicas como la coomediación. En el Ecuador Martínez y Barona (2023), establecen que, al ser la mediación de familia, un pilar del sistema de justicia, desde el 2014 el uso de la mediación en casos de familia ha aumentado en un 53,03% hasta el año 2020, siendo un método de descongestión del sistema judicial. Así mismo, Basurto y Barragán (2023), hacen un análisis en torno a la eficiencia y eficacia de la mediación familiar en el derecho de alimentos desde un enfoque normativo, estableciendo que, el acuerdo al que lleguen las partes en este ámbito puede ser mucho más beneficiosos atendiendo las necesidades de los intervinientes, pero más aún del beneficiario que es el niño o niña.

En torno a aquellas investigaciones cabe destacar, que si bien es cierto existe un análisis en torno a la mediación familiar, no se ha abordado de manera integral el proceso de mediación al cual se deben someter las partes en la fijación de una pensión alimenticia, pues si se hace un análisis normativo en torno a la eficacia y eficiencia de la mediación no se ha abordado como tal los requisitos formales y materiales que tanto la mediación familiar como las actas deben cumplir en la legislación ecuatoriana para tener plena validez, además, no se aborda la mediación familiar desde la comprensión que debe existir respecto al proceso por parte de los intervinientes, ni mucho menos los factores que influyen directamente en la eficacia de la mediación familiar.

El objetivo principal de la investigación es determinar la necesidad de implementar directrices que guíen el proceso de mediación y faciliten la comprensión de este método y su proceso a los intervinientes, para que se logre establecer de forma precisa los elementos formales y materiales que deben estar inmersos dentro del método de la mediación, lo que permitirá concluir si existe un proceso eficiente, pero sobre todo informado en relación a la mediación en el derecho de alimentos.

Métodos

La presente investigación es Cualitativa, descriptiva, delimitado por Hernández Sampieri et al. (1997), como la investigación que busca “especificar las propiedades importantes de personas, grupos, -comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis”. La población o universo es la doctrina, documentos de relevancia científica que permiten analizar los requisitos de la mediación. A través de estos documentos se realizó un análisis documental extrayendo información que permita determinar los elementos formales y materiales que se deben considerar en la mediación, a través del método cualitativo, en dónde se hace un análisis crítico de la doctrina. Permitiendo establecer los elementos, requisitos procedimientos que deben ser parte primordial de los procesos de mediación.

Resultados y Discusión

Resultados de análisis documental

La mediación familiar en el del tema de alimentos

La presencia de los métodos alternativos a la solución de conflictos, como lo es la mediación tuvo cabida en el Ecuador el 04 de septiembre de 1997 con la entrada en vigor de la Ley de Mediación y Arbitraje, posteriormente dicha iniciativa es regulada en la Constitución Política de 1998 teniendo dentro de sus postulados normativos los Métodos alternativos a la Solución de Conflictos como lo es la mediación para efectuar soluciones extrajudiciales a la justicia ordinaria, la misma que dentro de las disposiciones transitorias señaló la importancia de codificar la nueva Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación la cual fue promulgada en el 2005 y entro en vigencia en el registro oficial en 2006, lo cual origino la apertura de varios Centros de Mediación, Cursos para mediadores y su consolidación en el país como un medio para resolver problemas jurídicos, aspectos que se ratificaron con la Carta Magna del 2008 (Zurita, 2012).

Es importante señalar que no existe un momento histórico que establezca el desarrollo de la medición familiar, sin embargo, ha sido apreciada como una materia transigible en la que existen asuntos que son susceptibles a una solución pacífica entre las partes de manera alternativa a la justicia ordinaria, con la finalidad de velar por los derechos y garantías de la familia al ser un postulado constitucional que permite asegurar la dignidad del ser humano y el adecuado funcionamiento de la sociedad y el Estado, pues, en el caso de temas relacionados a los niños, niñas y adolescentes se debe priorizar su interés superior y requerir del cuidado, alimentación, bienestar, salud, educación, vivienda y demás derechos que promuevan su desarrollo social, cognitivo y evolutivo para cada uno de los integrantes de la familia, como lo es el pago de pensiones alimenticias en donde se establece el valor, los beneficios de ley, se regula las visitas y la tenencia, o en sus incidentes de aumento o rebaja.

La mediación es un mecanismo legalmente reconocido en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) en concordancia con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) el cual establece que “la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. En fin, autoriza al mediador debidamente registrado y autorizado por el Consejo de la Judicatura, a efectuar un diálogo sin el auxilio del sector justicia, con la

perspectiva de una solución pacífica que provoque un beneficio común, brinde celeridad, economía procesal y tutela de los derechos.

De esta manera la mediación por su naturaleza puede adoptarse en materias que sean transigibles y se puedan resolver mediante acuerdos o métodos que tienen como característica ser “métodos autocompositivos, los cuales se caracterizan porque las partes son las que encuentran y adoptan la solución, entre ellos está la mediación” (Borja, 2019. p.), es decir es un proceso en el que se hace visible la voluntad de las partes, siendo la mediación un procedimiento no adversarial.

Así mismo, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 44, 45 y 46 establece la adecuada promoción y desarrollo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera prioritaria, para lo que se han de garantizar políticas públicas que efectivicen la promoción de los demás derechos, los que permitan el cuidado y protección desde la concepción, por ello el derecho de recibir alimentos por parte de sus progenitores debe asegurar el cumplimiento de los mismos en un ambiente sano y saludable desde la responsabilidad familiar, de esta manera efectuarlo mediante la mediación posibilita una mayor comunicación y asegura el bienestar de los hijos de no someterse a procesos judiciales que podrían alterar su estabilidad emocional. Es importante mencionar que el derecho de alimentos se encuentra debidamente estipulado en su normativa especial el Código de la Niñez y Adolescencia en el Título V el cual señala la titularidad de este grupo prioritario de recibir una cantidad de dinero para asegurar sus necesidades (pensión alimenticia), en relación a los ingresos del alimentante, mismos que pueden ser cuantificables o establecidos de manera voluntaria siempre que no sean menores a lo indicado en la Tabla del Ministerio de Inclusión, Económica y Social.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.
2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.
6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La familia por su parte es el núcleo fundamental dentro de la sociedad por ello se debe asegurar el bienestar y el desarrollo adecuado de sus miembros, toda vez que existen lazos sanguíneos y emocionales por los que se encuentran vinculados y son parte fundamental del Estado y la Sociedad por ello se debe asegurar la convivencia pacífica, el cuidado y la protección para la correcta promoción de los derechos y el desempeño adecuado de los mismos, de esta manera el asegurar un ambiente social, emocional, educativo, saludable y afectivo hace que el niño se desenvuelva adecuadamente independientemente si se encuentra en una familia nuclear, monoparental, compuesta, etc., siempre que no se afecte su bienestar.

Art. 9.- Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de los derechos.

Art. 22.- “Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2019).

En esta perspectiva se debe garantizar los derechos de los niños niñas y adolescentes respetar los derechos y principios que aseguran el bienestar de la familia y sus intervinientes como lo son los menores de edad, la familia y sus vínculos parento filiales los cuales deben ser garantizados para el adecuado desarrollo, integridad, bienestar y desempeño de los intervinientes de la familia, en este marco la mediación familiar permite asegurar que exista una adecuada convivencia y que no se afecte intereses de los involucrados.

De esta manera la mediación familiar constituye una de las formas alternativas para resolver conflictos, en ella se fijan acuerdos entre las partes, e interviene una tercera persona que media de manera imparcial para promover el dialogo y facilitar una solución entre los intervinientes en relación a sus necesidades e intereses, siempre que ello sea permitido por la ley y genere una política de paz dentro de los conflictos que se puedan suscitar en el núcleo familiar poniendo en prevalencia el bienestar y la solución pacífica de los intervinientes y los niños niñas y adolescentes, para el caso de pensiones alimenticias o sus incidentes. Pues para Muñoz (2017), “La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, ... en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley.” (p.21).

Para, la Defensoría Pública del Ecuador (2021) “Es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (p.1). Es decir, la mediación en materia de alimentos se ha configurado como una solución que no es impuesta por un tercero, sino un acuerdo entre las partes en la que el mediador busca un entendimiento, minimizar los intereses subyacentes, y una decisión consensuada en temas transigibles como lo es el derecho de familia al fijar pensiones alimenticias o establecer un incidente de aumento o rebaja respecto a este método alternativo a la solución de conflictos, el cual es promovido para asegurar el interés del niño y la buena comunicación entre los progenitores.

En consecuencia, Ortiz (2021) y Rivera y Tamez (s/f), señalan que la mediación posee la capacidad de resolver diferentes asuntos multidisciplinarios, que ayudan a reducir la carga procesal de los juzgados, y se convierte en una vía rápida y generalizada de acceso oportuno

a una forma de justicia en la que se tutela y garantiza los derechos. La mediación familiar es una materia transigible sobre todo en el caso de las pensiones alimenticias, debido a que en la práctica se establece una mayor demanda y permite la satisfacción de este derecho de manera efectiva, ayuda a que los intervinientes restablezcan su comunicación, exista garantías en el vínculo familiar, se llegue a la firma del acta de mediación la cual equivale a resolución y se priorice el interés superior del niño (Basurto y Barragán, 2022).

De esta manera se establece que la mediación es el camino en temas de familia para asegurar y garantizar el cumplimiento de los derechos y el vínculo familiar, partiendo de la idea que la mediación familiar, coadyuba a que la fijación de una pensión alimenticia ayude a solucionar los intereses subyacentes de las partes, no expone al menor de edad aún conflicto ante el juez generando inestabilidad en su desarrollo cognitivo, conductual y emocional y sobre todo se logre manejar una comunicación adecuada en la que los progenitores en su mayoría son quienes establecen la pensión alimenticia bajo las reglas legales y el auxilio del mediador, pues, si bien es cierto se han establecido conceptualizaciones referentes a la mediación esta se ha ido relacionando con la materia de familia y los asuntos de pensiones alimenticias, debido a que la mediación familiar no ha sido conceptualizada sino tratada como un tema en el que se puede transar o llegar a acuerdos, lo que permite dar una perspectiva clara al lector sin generar confusión.

Principios que rigen la mediación familiar dentro del tema de alimentos

El uso de la mediación se encuentra vinculado al respeto y reconocimiento de los principios como la Voluntariedad, Imparcialidad, Confidencialidad, Neutralidad, los cuales han permitido se abarque los conflictos con mayor enfoque, experiencia y conciencia, de lo que conlleva esta alternativa extra judicial en las diversas problemáticas jurídico-sociales, a continuación, se detallará y describirá cada uno de los principios al ser parte de la mediación familiar dentro del tema de pensiones alimenticias, pues, sin ellos no sería posible el desarrollo de este método alternativo a la solución de conflictos.

Según Piedra y Polo (2022), el principio de voluntariedad asegura a los intervinientes desde el inicio de la mediación otorgar su consenso de manera libre, sin ningún tipo de vicio o coerción, hasta el final del proceso y firma de acta o acuerdo siendo esté viable, verosímil y factible de forma expresa. Es decir, otorga la posibilidad de que los progenitores dentro de la fijación de alimentos o sus incidentes puedan solicitar de manera consensuada, voluntaria y sin la imposición de un juez, el acuerdo y buscar el dialogo para así generar una práctica en la que la mediación familiar se convierta en un trámite habitual y se fortalezca el vínculo familiar.

Así mismo, Mongón y Carrillo (2023), establecen que este principio permite fijar la voluntad de las partes para participar y acogerse al proceso de mediación, sin que exista la imposición de un tercero, es importante señalar que a pesar de que esta pueda ser cuestionada, quien da fe o legalidad de la voluntariedad es el mediador, es por ello que se vuelve un supervisor que vigila que los acuerdos se encuentren estrictamente apegados a la Ley, por ello partiendo de la idea que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y en ella se recogen prácticas de convivencia, la voluntariedad dentro de la mediación familiar debe asegurar que exista el interés de las partes por intervenir de manera consensuada y no por intereses que no benefician al menor o vician el consentimiento voluntario, lo que claramente queda a vigilia del mediador.

El principio de imparcialidad se encuentra ligado directamente a la conducta del mediador, teniendo en consideración que la justicia no debe tener preferencias a ninguna de las partes en

el procedimiento sino mantenerse imparcial de principio a fin, “que la toma de decisiones es responsabilidad de las partes sometidas al proceso de mediación y no la labor de la figura del mediador” (Loreto, 2019, p.22), es decir el mediador solo se presenta como una guía para dentro del proceso, que toma las riendas del mismo para que las partes lleguen a sus conclusiones y por ende creen acuerdos libres y voluntarios a los cuales se obliguen y responsabilicen.

Así mismo se presenta, el principio de imparcialidad en “una tercera persona neutral, cuya intervención es activa, a través de sugerencias y recomendaciones dirigidas hacia el acuerdo, careciendo de autoridad y responsabilidad en la toma de decisiones, hacia la resolución del conflicto” (Loreto, 2019, p.22), en este sentido el tercero imparcial es el mediador que trata de quitarle la carga emocional aislando los problemas con el fin primordial de que las partes resuelvan sus conflictos.

Desde esta perspectiva, la imparcialidad centrada en el mediador como tercero imparcial sin interés ni protagonismo dentro de la mediación “posee una filosofía centrada en la imparcialidad, el propósito de ayuda a personas en conflicto, que interviene sin autoridad y sin pretender sustituir el protagonismo de las personas en sus problemas y conflictos a través de una función directiva de sus vidas” (Vinyamata, 2003. p.13), en este sentido en caso de que la imparcialidad se vea afectada, el mediador debe abstenerse de presenciar y mediar el caso.

En caso de que se pierda la imparcialidad en una cusa o procedimiento de mediación, “puede ser interpretada extensivamente al resto de los principios de la mediación. Si estos peligraran, por una actitud personal del mediador o de alguno de los participantes, este o estos pueden y deben retirarse del proceso” (Tarud, 2013, p.118), los principios que rigen la mediación tienen que encontrarse presentes en cada una de las actividades, pues, en caso de que uno de los principios rectores faltaran, se pondría en riesgo el proceso de mediación y por ende la audiencia debe suspenderse y concluir, pues, si se ve afectada la imparcialidad esta se hace extensiva hacia los demás principios.

De esta manera, la mediación familiar en temas de pensiones alimenticias debe gozar de este principio de imparcialidad toda vez que el mediador es quien maneja la audiencia, hace respetar el espacio de dialogo y se ajusta a las necesidades de las partes permitiendo esclarecer dudas o generar un ambiente de paz, pues, no es un juez para imponer una decisión o guiar la decisión de cualquiera de los intervinientes, sino que se asegura que el acuerdo sea legal, cumpla con los requisitos normativos y que este sea en beneficio común de la familia, pues, de lo contrario la parte que se sienta afectada podrá solicitar la presencia de otro mediador o dar por terminado el proceso.

El principio de confidencialidad permite la protección de datos, el cual permite que las causas de mediación sean llevadas a través de una audiencia privada a la cual solo pueden concurrir el solicitado, solicitante sus abogados de ser el caso y el mediador, con la finalidad de poder generar confianza y seguridad en los intervinientes, al poder tratar diferentes perspectivas, aspectos que son parte de la intimidad, integridad y reserva del vínculo familiar, pues, es importante generar este espacio de confianza donde la persona pueda debatir sus planteamientos, ya que, genera un entorno adecuado que asegura el diálogo y con ello el proceso de mediación, la convivencia pacífica y el bienestar común.

Pues de acuerdo con Cotino (2018), “La finalidad esencial de la confidencialidad es la eficacia y éxito de la mediación. Se pretende evitar el temor o condicionamiento, porque las comunicaciones y la información generada en la mediación pudiera utilizarse luego en contra de una

de las partes, en un procedimiento posterior de resolución de controversias” (p.4). Es decir que mediante la confidencialidad se plantea que los diferentes filtros, por los que pasa el proceso de mediación deben otorgar seguridad en las partes, deben permitir ventilar emociones, percepciones y diferentes planteamientos o puntos de vista en una audiencia cerrada, la cual ayude a que las partes puedan buscar el problema y la posible solución de forma pacífica, por ello se ha prohibido que las audiencias de mediación sean grabadas o públicas, ya que, involucra el diálogo entre las partes, la intimidad e integridad de los involucrados y con ello la posibilidad de que no sea una prueba lo hablado de manera reservada en el caso de ejecutar el acta de mediación.

Por su parte, Demestre (2010), refiere a que la confidencialidad también se refiere al secreto profesional del mediador de no referir comentarios fuera de la audiencia a terceras personas, pues es obligación del mediador referir a las partes al comienzo de la audiencia dicho principio y establecerlo dentro del acta de mediación con la finalidad de que se genere confianza entre los intervinientes de que la mediación será un proceso seguro, en el cual podrán emitir comentarios de manera respetuosa y sincera sobre el tema transigible del que se ocupa la misma y mantener en reserva los hechos conocidos y el procedimiento efectuado, para que no sea revelado o divulgado, pues, ello podría poner en riesgo la continuidad de las audiencias de mediación o el cumplimiento del acta, cuando se ha llegado aún acuerdo, sin embargo, ello no quiere decir que en el caso de no existir acuerdo se puede ventilar por el mediador, lo que se habló en la audiencia, pues este principio rigiere, se efectuó o no se efectuó el acta de mediación. Es por ello que contravenir este principio podría conllevar sanciones administrativas, civiles o penales.

Así también, a través de la confidencialidad se establece un lineamiento base que refiere a que el mediador que desarrolle la audiencia no podrá ir a referir comentarios o su punto de vista en el caso de que se llegue a juicio. Es importante indicar que como toda regla la confidencialidad posee una excepción, la cual radica en que las partes pueden renunciar a este principio por acuerdo mutuo de las partes cuando deseen esta sea pública, por cuestiones académicas y por ser un tema de interés general, sin embargo, para ello se requiere que tanto el solicitado como el solicitante firmen dicho acuerdo, el mismo que deberá constar en el proceso de mediación, para la publicidad de la audiencia, información y documentos (CIADI, 2022).

De igual forma, Cotino (2018), “La finalidad de la confidencialidad determina su régimen jurídico, en cuanto al contenido, documentos, ámbito, sujetos, duración, garantías o consecuencias de su incumplimiento” lo que permite comprender que este principio debe encontrarse inmerso antes, durante y después del proceso de la mediación, pues la confidencialidad es una garantía que poseen las partes y el mediador de no emitir comentarios en ninguna situación o por alguna circunstancia legal.

En consecuencia, la mediación familiar goza del principio de confidencialidad, pues, en el asunto de pensiones alimenticias se establecen diferentes parámetros, debido a que lo que se está considerando es el satisfacer los intereses del menor de edad de quién se hablará y se establecerá los criterios que fortalezcan la promoción de los demás derechos, por ello, bajo estas premisas se prohíbe la grabación, difusión o presencia de terceros no involucrados, pues, no es un proceso judicial en el cual se deben probar las cosas, sino, donde establecer la comunicación por una sana convivencia es la finalidad principal, por ello este método alternativo a la solución de conflictos se ha convertido en una idea clara de poner fin a conflictos judiciales y emocionales.

El principio de neutralidad por su parte va enmarcado hacia el mediador y su participación en el proceso, el cual le permite dirigir la mediación sin necesidad de imponer una solución o sentencia, sino que a través de este proceso se evalúa las opiniones, sentimientos, emociones y directrices que plantean cada una de las partes, para así parafrasear dichas ideas, sin perder el interés central y perseguir una finalidad en los que se requiere atender las necesidades de las partes, y no únicamente de una de ellas. La principal función es el establecer una determinación recíproca, logrando de esta manera bajar la tensión que se pudiese generar entre el solicitado y solicitante o los inadecuados planteamientos que pudiesen manifestarse, a fin de que perseveré el respeto, confianza, seguridad y sobre todo se busque el entendimiento entre las partes, debido a que el mediador no puede imponer un criterio parcializado, pero si está en sus funciones el guiar a los participantes en sus posicionamientos, para que, de esta manera el mensaje pueda llegar de manera correcta y no bajo una premisa inadecuada, pues, es claro no todas las personas podemos expresar los pensamientos de forma adecuada o técnica.

Pues la neutralidad según Brandoni (2015) radica en que:

El mediador no someterá a su propio juicio moral la conducta ni las pretensiones de los disputantes, así como tampoco las propuestas de solución que se den. Dará lugar al sistema valorativo y cognitivo de los disputantes. Se abstendrá de poner en juego sus afectos, simpatías y antipatías, que lo comprometan en el enfrentamiento. Pondrá en suspenso su universo valorativo y afectivo (p.1).

Es necesario que dicha neutralidad se vea plasmada en el acta de mediación o en la constancia de imposibilidad de acuerdo, la cual es redactada por el mediador, pues, no podrá vulnerar derechos humanos en beneficio de ninguno de los intervinientes o aceptar acuerdos que contravengan la normativa jurídica, es por ello que su rol debe garantizar una igualdad de condiciones y un diálogo en donde se puedan visualizar e interpretar dichos planteamientos, que en algunos casos no pueden ser considerados por el juez en la vía judicial, ya que este solo se remite a las pruebas.

A través de la neutralidad, se requiere que las partes cumplan con el sistema autocompositivo que persigue la mediación en razón de la capacidad y voluntad que reflejan los interesados para solucionar el conflicto, en el que el mediador es un tercero neutral, que ayuda a la comunicación de las partes, para lograr poner todos los asuntos a tratar dentro de la audiencia y al escuchar a las partes debidamente y en tiempos oportunos, de manera clara y precisa, para que sean las partes por sí mismas quienes lleguen a un acuerdo (García, 2010).

Se debe mencionar que al igual que los demás principios, la neutralidad está comprometida con la mediación familiar al fijar el tema de pensiones alimenticias, establecer los incidentes o tratar temas relacionados, pues, versan diferentes perspectivas, perjuicios, ideas mal fundadas que ocasionan que las partes se encuentren en conflicto de manera secuencial e incluso acudan constantemente al sector justicia, pero cuando la mediación familiar se convierte en el camino, tener a una persona neutral que escuche, plante y guíe la conversación de manera adecuada posibilita que el vínculo familiar se fortalezca, se entiendan las necesidades de las dos partes y se escuche a los intervinientes en igualdad de tiempos y condiciones, logrando que existe un acuerdo, sin embargo, cuando este no es posible se debe dejar constancia de los motivos que influyeron, en cualquier caso es importante que la neutralidad del mediador se vea reflejada en el acta o constancia, para evitar futuras alegaciones o sanciones.

Otros de los principios que se deben considerar en la mediación familiar al tratar sobre las pensiones alimenticias son la corresponsabilidad, el interés superior del niño que permiten el cumplimiento y promoción de los demás derechos.

De esta manera el Código de la Niñez y Adolescencia (2019), en su artículo 100.- “Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. Es importante apreciar este principio dentro de la mediación familiar, pues, no se trata de buscar un solo responsable dentro del proceso de alimentos sino de equipar las responsabilidades y de establecer un sustento económico que le permita al menor desenvolverse adecuadamente, poniendo en evidencia la importancia de suministrar la pensión alimenticia y las obligaciones que posee el progenitor que ostenta la tenencia para con el menor, además en relación al artículo 101 ibidem se establece que los derechos y deberes son recíprocos, ya que, no solo consiste en el apoyo económico para el menor sino, en brindar amor, socorrer, respetar y respaldar al menor creando lazos afectivos y otorgando herramientas para enfrentarse a las divergencias de la familia y la sociedad, pues, la mediación familiar pone en evidencia todos estos aspectos que coadyuvan a la convivencia pacífica y acuerdos venideros para el niño, niña o adolescente.

En este mismo sentido dentro de toda mediación familiar donde se vean involucrados los derechos de los menores de edad, se establece la importancia de priorizar el interés superior del niño el cual engloba la promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una vida digna, educación, vivienda, salud, un ambiente adecuado para su adecuado desarrollo al ser un presupuesto Constitucional, de Derechos Humanos y normativo dentro del artículo 11, 26, 27, 32 y dentro del título V, artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia (2019). De allí la importancia de tratar estos principios como parte de toda mediación familiar, toda vez, que mediante ellos se permite el efectivo goce y ejercicio de los derechos de este grupo vulnerable.

Etapas, procedimientos y requisitos para la mediación familiar dentro del proceso de alimentos

Si bien es cierto toda mediación debe tener sus requisitos, elementos, procedimientos y etapas que se deben cumplir en gran medida, más aún cuando la materia transigible es un derecho de un grupo de atención prioritaria y especializada como son los niños en el derecho de alimentos, así menciona Espino (2013), que en toda mediación deben existir tres elementos fundamentales, “las personas participantes, la situación conflictiva que las afecta y el proceso de comunicación que se establece entre ellas”, elementos que si bien es cierto son esenciales en el proceso de mediación, mantienen su característica de independencia.

Para que se lleve a cabo un proceso de mediación, la voluntariedad es esencial por ello de acuerdo a lo que menciona Tarud (2013), “La esencia de la mediación pasa por la voluntariedad, es decir, por la decisión libre de realizar una negociación asistida por un profesional mediador” (p.119), profesional que de acuerdo al procedimiento puede designarse de diferentes formas, a través de la derivación directa de un proceso por parte del Juez competente en la causa, o por, elección privada de la o las partes, el solicitante o las partes cuando es voluntad de los mismos deben asegurarse, que, el centro de mediación escogido cuente con todas las certificaciones y acreditaciones otorgadas por el Consejo de la judicatura.

Una vez verificada la transigibilidad de la materia respecto al derecho de alimentos, en caso de solicitud directa, se adjuntan documentos habilitantes “dichos documentos son de obligatorio cumplimiento, ya que conforman los criterios objetivos que ayudarán a la resolución del conflicto” (Portal Único de tramites Ciudadanos, 2020), si bien es cierto dentro de la legislación nacional no se estipulan claramente los requisitos que se deben adjuntar para que se pueda iniciar la solicitud, estos vienen dados por cada centro de mediación entorno al análisis que engloba la decisión.

La mediación respecto al derecho de alimentos, viene arraigada a la capacidad legal de las partes intervinientes, entorno a los demás requisitos, la Defensoría Pública en su página oficial (2021), establece como requisito el formulario de solicitud de mediación que por lo general tiene una estructura de acuerdo a las necesidades de cada centro de mediación, documentos de identificación de las partes, como parte sustancial encontramos “Los 3 últimos roles de pago, aportaciones al IESS, certificado de cesantía o declaraciones de impuesto a la renta del obligado”, todo aquello con el fin de no cometer arbitrariedades y fijar montos exactos y reales en relación a los ingresos del alimentante o en su defecto, llegar acuerdos mucho más beneficiosos para el beneficiario que en este caso es la niña, niño o adolescente.

Es imperante establecer no solo la capacidad económica del alimentante sino también las características del alimentado, pues de acuerdo al Artículo 4 del Código de la Niñez y la adolescencia los titulares del derecho son los niños, niñas y adolescentes, y para lograr acreditar su identidad y por ende su edad es necesaria la partida de nacimiento emitida por el Registro Civil; en caso de los adultos de 21 años que estén estudiando y que aquello les impida para realizar una actividad económica, se debe adjuntar un certificado de estudios que acredite dicha alegación, y por ultimo las personas con discapacidad a las cuales sus condiciones físicas o mentales les impidan realizar una actividad económica para su subsistencia, es decir se debe adjuntar el certificado del Ministerio de Salud Pública en el cual se les categoriza en función del tipo de discapacidad y el porcentaje de acuerdo a los problemas que presentan, todo aquello con el fin de garantizar el respeto al interés superior del niño y a los derechos constitucionales.

Cabe destacar que cuando un proceso de alimentos llega a través de derivación judicial, este proceso viene de forma integrada, “el secretario remitirá al correo electrónico de la oficina de mediación que corresponda, el oficio de derivación y el código de tarjeta creado en el Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA)” (Portal Único de tramites Ciudadanos, 2020), al ser un proceso voluntario dependerá de las partes la derivación del mismo, pues a través de providencia se les concede el término de tres días para aceptar o negar la derivación, es así, que se hace presente el principio de voluntariedad al aceptar o no el proceso de mediación.

Si bien es cierto, el consejo de la judicatura no ha emitido lineamientos específicos y delimitados respecto a los requerimientos que debe cumplir la solicitud, sin embargo, a través de su página oficial existen ejemplos de solicitudes de mediación que de acuerdo a la ley de arbitraje y mediación establece únicamente en su artículo 45 “se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto” sin embargo, existen datos que deberían estar contenidos de forma mucho más minuciosa, datos como la existencia previa de un proceso judicial, además en el caso del derecho de alimentos especificar datos del alimentante que conlleven a requerir ciertos documentos para poder comprobar y corroborar la capacidad económica del mismo.

Como parte integral de la mediación, existe un Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y Ejecución de Actas de Mediación (2016), en el cual establece que se debe realizar un análisis previo en relación a la admisibilidad de un caso que ha llegado por derivación judicial, de acuerdo a lo que señala el artículo 48, para la aceptación de un caso se debe considerar “(...) a) Que la materia sea transigible; y, b) Que el expediente contenga los datos de las partes, necesarios para realizar la invitación y confirmación de asistencia a la audiencia” sin embargo, no existe un cuerpo legal integral, que desglose a detalle las materias transigibles y los límites de cada una, que sirva de guía no solo para los mediadores, sino también para que los sujetos intervinientes, conozcan a detalle el proceso, requisitos para que proceda una mediación en materia de alimentos.

Consecuentemente, una vez que el proceso vaya a ser tramitado por un centro de mediación se prosigue a la apertura del expediente y agendamiento de audiencia, “la fecha de audiencia de mediación se fijará dentro del término máximo de 15 días contados desde la presentación de la solicitud” (Portal Único de tramites Ciudadanos, 2020), cada centro de mediación debe tener un archivo y a cada expediente asigna un número secuencial, señalada la fecha se realiza la invitación, datos que han sido obtenidos específicamente de páginas oficiales, sin embargo no están recogidos en un cuerpo integrado, por ello estos términos quedan a criterio de los centros de mediación.

La notificación de la audiencia, se la realiza “en forma personal o por otro medio fehaciente con al menos tres días hábiles antes de la fecha fijada” (Poveda, 2006), llegado el día de la audiencia de mediación, las partes deben acudir con sus identificaciones, es decir, cédula de identidad o pasaporte, posterior a ello se debe requerir un registro de asistencia, en este tipo de audiencia en el que verse sobre el derecho de alimentos no es necesaria la presencia de los niños, sin embargo, en otros casos de familia transigibles, de ser necesaria la presencia de un menor se estará a lo que establece el Art. 60 del Código de la Niñez y Adolescencia. Si bien es cierto la mediación familiar tiene como base la voluntad de las partes, los criterios para que se cumpla formalmente con la notificación no se encuentran especificados.

Una vez verificada la presencia de las partes, el mediador debe iniciar la audiencia de mediación en el cual se evidenciará la forma en como aborda el conflicto y las herramientas aplicar en cada caso concreto, “la actuación del mediador dirigida a “obtener acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos” (García, 2007 p.90), es necesario que el mediador tome todas las precauciones para no cometer arbitrariedades es decir que cuente con respaldos en base a los cuales se fijara la pensión alimenticia además se cumpla con lo que establece el artículo quince del código de la Niñez y adolescencia, si bien es cierto la atribución es directa hacia el juzgador, es una disposición que por procurar el cumplimiento del interés superior del niño se debe cumplir por parte del mediador, es decir en ningún caso se puede fijar una pensión alimenticia menor a lo que determina, a tabal de pensiones alimenticias mínimas, sin embargo en este caso se puede fijar una pensión alimenticia mayor en relación a la voluntad de las partes.

Es imperante reconocer que dentro de esta audiencia de ser voluntad de las partes no solo se puede hablar de la fijación de la pensiones alimenticias sino también de la tenencia, quien ostentará la misma y así mismo la fijación de un régimen de visitas, precautelando el interés superior del niño, siempre y cuando exista esta voluntariedad de las partes por expandir los temas a tratar en la audiencia de mediación, de acuerdo a lo que establece el artículo 146 inciso quinto, el juez en materia de niñez y adolescencia fijará una pensión alimenticia provisional y el régimen de visitas, esta estipulación no es obligatoria para las mediaciones, a menos que exista una derivación judicial en la que previamente se encuentren establecidos los puntos de debate que serían tanto la fijación de la pensión alimenticia y el régimen de vistas, el legislador a previsto que como parte de la protección a la interés superior del niños se debe fijar provisionalmente por el juzgador aquello, sin embargo al no existir un manual en el cual los mediadores regirse quedaría a voluntad plena de las partes.

La audiencia concluirá con la lectura del acuerdo arribado entre las partes, sea este acuerdo total o parcial, para lo cual se firmará un acta o a su vez, el acta de imposibilidad de acuerdo, la cual sea plica en relaciona a lo que atañe Chenás (2021), por ausencia de una de las partes o porque a pesar de la presencia de los intervinientes estos no llegaron a un acuerdo, en este

mismo sentido la imposibilidad de acta de mediación, se la realiza por la falta injustificada a dos o más de las invitaciones realizadas respecto al proceso de alimentos.

Enfatizando en los criterios expuestos, es necesario, mencionar que si bien es cierto tanto los requisitos como etapas y procedimientos que deben ejecutarse en la mediación familiar respecto al derecho de alimentos, están dadas por algunos centros de mediación o páginas oficiales del Estado estas son simples aseveraciones que no se encuentran fundadas en ningún cuerpo legal o algún manual que rijan estos procesos, no existe una compilación, que sirva de guía, base para adecuar el procedimiento a las mediaciones en materias transigibles, no existen claramente detallados los requisitos con los cuales se puede acceder a la misma, es evidente, que existe mínima información respecto a la mediación como tal y ni hablar de la mediación en ámbitos específicos como lo es la mediación familiar, esto en algún punto podría llegar a vulnerar derechos pues no existen parámetros claros en los cuales deben basarse en el caso de derechos de alimentos, al no establecer elementos o pruebas a través de los cuales se fijará la pensión alimenticia, generando inclusive vulneración a la seguridad jurídica, al no existir certeza respecto a cómo y de qué forma deben actuar los mediadores.

El acuerdo de la mediación familiar (Total, Parcial, Improcedencia e Imposibilidad de acuerdo)

Se debe considerar que existen reglas comunes para todo proceso de mediación, sin embargo, estas requieren de un tratamiento específico para temas transigibles como lo es la mediación familiar en pensiones alimenticias, ya que, ello ayuda a centrar las ideas del lector, y a establecer una idea clara dentro de la justicia, al poseer una ley que establece parámetros generales, de esta manera es necesario el establecer que la mediación o el proceso de mediación puede concluir o darse por finalizado cuando existe acuerdo total, parcial, acta de imposibilidad de acuerdo y constancia de imposibilidad de mediación.

Acuerdo Total

Al hablar de un acuerdo total dentro de la mediación familiar para temas relacionados en las pensiones alimenticias, este presupone que se ha concluido de manera favorable con la mediación, debido a que se ha podido atender todos los requerimientos y planteamientos de las partes, logrando una solución armoniosa y beneficiosa de forma conjunta por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, quienes requieren se les asegure la promoción de sus derechos y una adecuada convivencia, por ello una solución factible hace que no se vean en medio de una discusión familiar donde su bienestar emocional se podría ver afectado.

El acuerdo total se encuentra debidamente establecido en el artículo 15 y 47 de la Ley de arbitraje y mediación (2006), el cual determina la viabilidad de un acuerdo total en la audiencia de mediación, como un mecanismo eficaz y oportuno al que llegan las partes de manera extrajudicial, pero con valor de resolución ejecutoriada, debido a que en el caso de alimentos no se puede establecer sentencia definitiva al estar sujeta a modificaciones después de la fijación de alimentos o sus incidentes, además se establece que la importancia de este acuerdo se basa en que el juez no lo impone sino que las partes son las que llegan al mismo en respeto a cada uno de los postulados, para lo que, ha de contener una descripción de los hechos

y obligaciones, los nombres, las firmas o huellas de las partes y la firma del mediador que se encuentra debidamente autorizado. Pues de acuerdo a la Universidad Espíritu Santo (2023) “Produce acuerdos creativos: Una de las cualidades más importantes del mediador es la creatividad, y este aspecto es esencial para promover que las partes lleguen a acuerdos creativos que les permita solucionar el conflicto y precaver sus relaciones futuras”. En este caso es un logro final para el Centro, el Mediador, las Partes y los menores de edad.

Por su parte la Real Academia Española (2021), lo señala como “la acción y efecto de acordar, la cual es tomada por las sociedades, comunidades u otros órganos” y en este caso el acuerdo total en mediación refiere un éxito contemplado para las partes y el mediador, pues, pone fin a la situación contractual en cuanto a las obligaciones de hacer, no hacer y dar, permitiendo de esta manera que las partes no deban acudir ante los órganos judiciales donde se genera un gasto adicional, carga procesal y aceptación de lo impuesto por el juez.

El acuerdo total de mediación familiar ayuda a que exista una resolución en beneficio de las dos partes donde se soluciona todas las problemáticas jurídicas de manera oportuna y voluntaria el cual para ser factible debe ser escrito, firmado y reconocido por el mediador y las partes.

Acuerdo Parcial

La mediación permite establecer acuerdos parciales entre las partes, los mismos que pueden tener una solución solo en determinados asuntos del conflicto jurídico, como por ejemplo dentro de las pensiones alimenticias se puede resolver régimen de visitas o tenencia –que por regla general la ostenta quien demanda alimentos en representación del menor de edad de acuerdo al artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos o solicita la mediación–, sin embargo, en la mediación se puede resolver alimentos, fijar la pensión alimenticia y tenencia pero no regular el régimen de visitas, en este caso se podrá establecer el acuerdo al que llegaron las partes de manera parcial y el resto establecer el mecanismo para que el juzgador imponga su decisión o resolución una vez se practique la prueba.

Inciso cinco, Artículo 47.- Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. (Ley de arbitraje y mediación, 2006)

En este sentido se puede afirmar que en la mediación familiar también existen acuerdos parciales los cuales también pueden ser convenidos en una parte y en otra no, sin embargo, con la finalidad de no recurrir a la justicia para tratar o ventilar todos los temas, se puede firmar el acta de mediación en lo que se ha convenido y en lo que no para que de esta manera el juzgador pueda resolver en dicho sentido dentro del juicio, al generarse una controversia en ciertos temas que involucran el derecho de familia, siempre que se actúe bajo la ley.

Imposibilidad de acuerdo

En el caso de imposibilidad de acuerdo dentro de la mediación de manera general y de forma específica para la materia familiar en el tema de pensiones alimenticias se debe firmar el acta de imposibilidad de acuerdo con la finalidad de que la etapa de conciliación o aplicación de un método alternativo a la solución de conflictos en el juicio, esta no sea contemplada en relación a las reglas de las audiencias y se continúe con la audiencia única o de juicio sin la necesidad de que el juzgador llame a las partes a una solución pacífica entre las partes, ya que, el acta

describe las razones que imposibilitaron el acuerdo en dicho momento y en el futuro. La firma del acta no tiene ninguna relación con el inicio del proceso judicial o con su continuación.

Inciso cinco, Artículo 47.- En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

Dentro de las actas de imposibilidad de acuerdo se debe establecer el encabezado, el número, autorización y reconocimiento del Centro de Mediación, el número de oficio, el número de acta, el lugar, la fecha, el nombre del solicitante y el solicitado, antecedentes, base legal, consideraciones respecto a la imposibilidad de acuerdos y compromisos, documentos habilitantes, anuncio de buena fe, y la validez del acta y competencia, los principales hechos y la materia que ocupaba dicha problemática, debidamente firmada por las partes y el mediador (García, 2011).

En este sentido el inicio o continuación del proceso de mediación familiar en las pensiones alimenticia, seguirá su tramitación con la salvedad de que las partes, han ratificado en el acta que no desean acudir a ninguna forma de conciliación o solución extrajudicial que ponga fin a la controversia de manera presente en el caso de alimentos, donde lo principal es garantizar el bienestar del menor de edad y la promulgación de los derechos para una vida digna.

Constancia de Imposibilidad de mediación

Al referirse a la imposibilidad de acuerdo se puede establecer como aquel que no ha podido ser efectuado debido a que una de las partes no asistió a la audiencia de mediación, sin embargo, se establece una segunda oportunidad para que las partes puedan concurrir a la misma, pero en el caso de que volviese a generar una inexistencia, el mediador está en la obligación de emitir la constancia de imposibilidad de acuerdo en razón del artículo 51 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuando la materia es transigible respecto con su naturaleza jurídica, la cual implica una prueba y documento mediante el cual se da a conocer al juez, que una de las partes no permitió alcanzar un mecanismo alternativo a la solución de conflictos y llegar a acuerdos factibles, sin dejar de lado el principio de voluntariedad que tienen las partes de acudir a la mediación o no (Chenás, 2021).

Es importante mencionar que la imposibilidad de mediación “es reconocida como una de las formas de darle fin al procedimiento de mediación en el ordenamiento ecuatoriano, ante la negativa de asistencia a mediar de una o más partes” (Espinel, 2020. p.1). Es decir, que pese a ser informadas y solicitadas de manera directa o mediante derivación o remisión, las partes más allá si es actor o demandado no ha tenido la voluntad de asistir ante el Centro de mediación y efectuar un diálogo para la convenir sobre la pensión de alimentos o llegar aún acuerdo en dichos temas de familia, hace que no exista la posibilidad de una futura conciliación, más aún cuando el llamado a las audiencias es reiterado, sin embargo, no se deja de lado la voluntariedad de someterse a la mediación en eventos posteriores. Es requirente mencionar que cuando existe constancia de imposibilidad de mediación y fue por derivación o remisión del proceso en pensión de alimentos no se archiva como generalmente ocurre en otros procesos, sino, que se prosigue con la tramitación de la causa.

Toda constancia de imposibilidad de mediación y en relación a la materia de la mediación familiar debe contener los siguientes elementos: el número de expediente, las respectivas cláusulas, en la primera los antecedentes, el nombre de la persona solicitante, el número de cédula, además de plantear una breve reseña respecto al día en el que se planteó la solicitud, el tipo de trámite o materia de cual versaba la solicitud de mediación, la parte que se presentó a la audiencia de mediación en la hora señalada y cuál es la parte que no se ha presentado. En la segunda cláusula se establece la constancia de imposibilidad de mediación, las fechas en las que se efectuaron las invitaciones y las fechas que se señaló las audiencias y a las que no hubo comparecencia de alguna de las partes o de las dos y por último, la firma del responsable o en este caso de la mediadora legalmente acreditada y la parte que ha comparecido a las audiencias.

Efectos jurídicos de la mediación en el Ecuador dentro del proceso de pensiones alimenticias

En el Ecuador de acuerdo al artículo 47 de la ley de arbitraje y mediación establece que el principal efecto que persigue la mediación es el acuerdo de las partes, el cual equivale a sentencia ejecutoria y cosa juzgada, permitiendo que a través del acta de mediación se agoten todas las instancias tanto de los recursos horizontales (ampliación, aclaración, reforma y revocatoria) como verticales (apelación, casación y de hecho) la cual contempla la posibilidad de que los intervinientes, en caso de incumplimiento efectúen su ejecución, al inobservar las obligaciones de hacer, no hacer y dar, de manera directa, así como la pertinencia de aplicar medidas cautelares o personales de ser el caso en materia de alimentos (Andrade, 2018).

Pues, dicho efecto de sentencia en firme, permite que a través de este mecanismo extrajudicial, se proteja los derechos de las partes, para que el acuerdo normativo y constitucional al que llegaron sea plenamente eficaz, al no ser impuesto por un tercero denominado juzgador, sin embargo, es obligación de éste, hacer cumplir los mismos en caso de que se haya inobservado, considerando la situación jurídica o la materia sobre la que versa, al encontrarse dicha acta de mediación reconocida por el mediador y el centro de mediación en razón de las facultades que la ley le otorga.

Técnicas y herramientas de la mediación familiar (estrategias)

El rol del mediador está dotado de complejidad y debe tener para sí, un cumulo de habilidades que le permitan conducir la mediación de forma eficiente, pues de acuerdo a Soleto y Otero (2007), el mediador va a ofrecer a las partes nuevas formas de entendimiento con el fin de que ellas mismas resuelvan su disputa”, en este sentido el mediador debe contar con las herramientas comunicativas adecuadas para que, con su guía, las partes lleguen a un acuerdo idóneo.

Por ello, si bien es cierto existen distintas teorías que abarcan la intervención del mediador, denotando las técnicas y herramientas que están orientadas a que, el mediador cumpla su función de “(...) ayudar a evitar los obstáculos que impiden a una familia comunicarse, negociar y decidir los temas que forman parte de su propia vida familiar” (Bolaños, 2008. p.11), sin embargo a ello, es impredecible el beneplácito para someterse al proceso de mediación con un desarrollo que conlleve a una comunicación asertiva, para llegar a un acuerdo.

La acción prioritaria del mediador está dada en otorgar a los intervinientes miembros de una familia, padres de familia, una visión en la cual el poder y responsabilidad está dada a ellos en la toma de decisiones, al ser protagonistas de su intervención.

A. Facilitación de la comunicación.

Es imprescindible establecer herramientas que permitan una buena comunicación, para que esta sea lo más eficaz posible, el mediador como agente imparcial de la comunicación debe manejar la comunicación de forma idónea “Para ello se apoya en ciertas pautas que no deben imponerse tajantemente sino más bien ir utilizándose en la medida en que son necesarias” (p.10), es así como se establecen ciertas reglas en la comunicación, la recomendación de que existen turnos para tomar la palabra, siendo la mediación a base de respeto.

Otra herramienta o técnica que potencializa el respeto entre las partes es “comunicación en uve”, esta técnica consiste en que cada una de las partes orienta su comunicación únicamente al mediador con el fin de eliminar tensiones y cada uno exponga su punto de vista.

Así mismo, es necesario “balancear la comunicación. Cuando un participante habla demasiado suele ocurrir que el otro deje de escuchar y se dedique a pensar en cómo le contestará” (Bolaños, 2008), en este tipo de técnica se ven las habilidades del mediador en acción pues, este debe tomar la palabra y usar un parafraseo para clarificar a través del punto de vista de la otra persona.

La escucha activa es fundamental, pues el mediador facilita la comunicación, pero sobre todo le otorga al interviniente la seguridad de que realmente ha sido escuchado; permitiendo el desahogo emocional, además de promover las actitudes de perdón que facilitan la comunicación.

Cabe destacar que si la reunión se sale de control esta puede ser suspendida en cualquier momento, además de que si esto sucede es mejor escuchar a la parte de forma separada, todo aquello en relación a “Los encuentros privados (caucus) con cada una de las partes están especialmente indicados en este tipo de situaciones. Sirven para tranquilizar y refrigerar las emociones” (Bolaños, 2008), herramientas que son aplicadas de forma progresiva, en medida que estas se vayan necesitando.

En temas de familia, existen confrontamientos y emociones que ponen a los participantes muchas veces en situaciones que realmente les impide expresarse con claridad o a su vez no logran manejar sus emociones, por lo cual, el pleno conocimiento de estas técnicas por parte del mediador, son la base para que se lleve a cabo la mediación de forma idónea, lograr que tanto el alimentante como el representante del beneficiario expresen su punto de vista respecto a la fijación de la pensión alimenticia más allá de que se evidencie la capacidad económica del alimentante debe estar direccionada a satisfacer las necesidades básicas del beneficiario, en relación a su edad lograr que exista un consenso entre los intervinientes poniendo como prioridad la situación del menor más allá de los conflictos que pueden tener entre ellos mismo.

B. Facilitación de la negociación.

Método de influencia hacia el acuerdo, en relación a este método se pretende canalizar la situación, el proceso, a fin de que el mismo se dirija hacia el acuerdo. “Método de los avances paulatinos hacia el acuerdo” (Bolaños, 2008), método a través del cual se divide los temas en subtemas para que exista un abordaje íntegro del conflicto.

Es imperante establecer mecanismos a través de la guía del mediador que en primer momento tiene que acoger las acusaciones y quejas de las partes y convertirlas en peticiones, tratar prioritariamente en los temas que no ocasionen demasiada disputa y se pueda llegar a soluciones, en el caso de la fijación de alimentos las peticiones deben ir orientadas específicamente a satisfacer las necesidades del menor en torno a la situación económica del alimentante.

C. Facilitación de la toma de decisiones.

La etapa trascendental de la mediación son las decisiones, especialmente cuando el proceso ha sido duro y con varias aristas buenas y malas, para lo cual Taylor (1988), en (Bolaños, 2008) alude, que el mediador debe actuar de tal forma que permita a los participantes tomar decisiones reales y objetivas a través del equilibrio que debe desarrollarse entre las partes. Tomar decisiones cuando existe una implicación emocional de por medio vuelve un conflicto mucho más complicado por lo cual tratar de equilibrar las posiciones es una técnica que conlleve a las partes a tomar una decisión en torno a las condiciones y necesidades las parte, pero sobre todo en beneficio del niño, niña o adolescente.

D. Facilitación del equilibrio de poder.

Esta herramienta técnica, catalogada como obligatoria por el mediador es de suma importancia en virtud del principio de imparcialidad, pues “Equilibrar el poder entre las partes a la hora de tomar las decisiones es garantizar unos acuerdos probablemente más justos” (Bolaños, 2008), la comunicación, la negociación pueden verse afectadas si no se llega a un acuerdo, pero sobre todo si el mediador acoge una postura, pues no puede verse comprometida la imparcialidad, rescatando que se pretende manejar la relación de las partes mientras dure el proceso, para que estos sean lo más equitativos posibles.

Del conocimiento que tenga el mediador y que lo ponga en práctica durante el desarrollo del proceso, depende que la misma sea eficaz y se fundamente en la solución de conflictos, para que las partes construyan los acuerdos a los cuales desean llegar a través del mediador se gestiona y procesa la información de forma no agresiva ni lesiva para las partes, es decir existe una comunicación asertiva en la cual se disminuye la carga emocional para que se consoliden acuerdos a favor del menor.

Mediación familiar física o telemática

Si bien es cierto el proceso de mediación ha requerido a lo largo de los años, la presencia física de las partes, con el avance de la tecnología los profesionales en resolución de conflictos tienen varios criterios acerca las ventajas y desventajas de las mediaciones telemáticas en el ámbito familiar a través del ciberespacio, esto tiene que ver específicamente, “con la asunción de que los procesos de resolución de conflictos están pensados para la interacción presencial, cara a cara, y sólo en estas circunstancias es posible obtener sus beneficios” (Raines, 2005), pues consideran que la ausencia de una comunicación directa, pues la no presencialidad hace mucho más difícil el trabajo del mediador respecto a que los imposibilita para manejar las emociones, pues únicamente permitiría tener un resultado momentáneo y no transformar las relaciones a largo plazo que es la esencia de la solución alternativa de conflictos, en el ámbito de la mediación familiar en las cuáles las emociones son mucho más evidentes, es complicado manejar las posiciones de forma no presencial sin embargo se las puede llevar a cabo con una muy buena técnica de mediación.

Sin embargo en muchos países, se aceptado la aplicación de la resolución de conflictos como la mediación a través de medios tecnológicos, siendo, la Resolución de Disputas en Línea RDL, “(...) la resolución de disputas tradicional que usa las ventajas de Internet, que es un recurso que amplía lo que podemos hacer, dónde lo podemos hacer y cuándo lo podemos hacer” (Sáez de Heredia, 2021), algunos profesionales sostienen que puede ser usado únicamente entre personas que no tienen ningún tipo de familiaridad, pues en conflictos personales o intrapersonales esto no sería posible por la carga emocional que este tipo de mediaciones conllevan. En el derecho de alimentos si bien es cierto se discute en base a las necesidades del beneficiario y la capacidad económica del alimentante, este conflicto representa una carga emocional bastante evidente por la situación que la ha generado por ello lo más aconsejable es que se lleve a cabo una mediación de forma presencial.

En el Ecuador, en plena pandemia del Covid 19, el Consejo de la Judicatura con el fin de salvaguardar y precautelar la salud de los intervinientes, ha emitido directrices de audiencias de mediación y arbitraje por medios telemáticos a través de la resolución 039-2020, siendo estas resoluciones las aplicables a nivel nacional, a pesar de que en la actualidad se ha superado la emergencia sanitaria, estas directrices emitidas por el órgano rector han servido para evidenciar lineamientos que se deben cumplir si se llega a generar una audiencia de mediación por medios telemáticos, encaminándose los procesos de mediación al uso de medios online para llevar a cabo estas audiencias.

Estos cambios ilustran, el uso de los medios tecnológicos, es así que luego de revisar varias plataformas digitales, de algunas universidades que tienen como parte de sus servicios un Centro de mediación legalmente constituido, se ha hecho evidente que existe la oferta de que la mediación se la realice de forma presencial o virtual, es así, que tanto en la Universidad Internacional SEK (UISEK), como en la Universidad Espíritu santo (UESS), ofertan los servicios de mediación “Las audiencias de mediación podrán ser de manera presencial o telemática, en cualquier parte del territorio nacional e internacional” (UESS, 2023), es decir ofertan de acuerdo a las particularidades del caso la posibilidad de que se lleven a cabo la mediaciones telemáticas.

Sin embargo, respecto a las directrices entregadas por el Consejo de la Judicatura a cumplirse por parte de los intervinientes mediadores y los mismos centros de mediación, es que al ser una audiencia telemática los medios de constatación deben ser electrónicas en caso de que se dé un acuerdo total o parcial o se genere una imposibilidad de acuerdo, tanto los intervinientes como el mediador deben firmar a través del uso de firma electrónica, para otorgarle la autenticidad del documento, de acuerdo al artículo 14 de la Ley de Comercio electrónico tanto la firma manuscrita como la electrónica tienen la misma validez.

Necesidad de un manual o guía de mediación familiar para los intervinientes que efectúan el trámite, audiencia, acuerdo o acta de mediación.

Si bien es cierto a la mediación se le ha dotado de una caracterización singular respecto a que propone ser un método satisfactorio, rápido, eficiente y en algunos casos armonioso para los intervinientes, “La mediación es un proceso social complejo. Aprender sus detalles y matices resulta difícil tanto para los usuarios como para los aspirantes o profesionales” (Kolb et al., 1996), por lo cual es imperante que existan herramientas, técnicas, requisitos y procesos claros que sean de fácil comprensión tanto para los usuarios como para los mediadores.

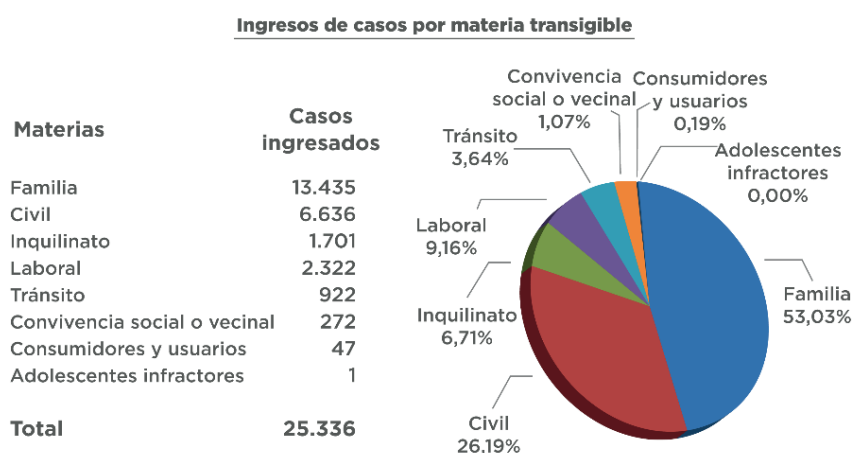
Elementos formales y materiales de la mediación familiar en el tema de pensiones alimenticias para un menor de edad: necesidad de un manual para los intervinientes en el contexto ecuatoriano

De acuerdo a lo que menciona France Butler respecto a la complejidad de la mediación en el ámbito familiar “la mayoría de las personas que tienen conflictos en relación con sus hijos son totalmente incapaces de explicarnos su situación de un modo racional, juntas en la misma sala, en una primera reunión” (Kolb et al., 1996), por ello la claridad en el procedimiento, un proceso exitoso, con etapas y herramientas idóneas es la base para un acuerdo de voluntades en el cual quienes ganan son los hijos o menores.

En este contexto Romero (2002), menciona que a través la mediación familiar es posible generar lasos, puentes para crear un consenso, tomar decisiones en las que estén involucrados los miembros de una familia, sean estos de índole legal o no. Cabe destacar que los temas familiares por su complejidad deben ser resueltos de tal forma que se evidencia el trabajo de los progenitores por llegar a acuerdos más allá de sus caprichos, velando por el bienestar de los hijos y el suyo propio. La mediación familiar ha adoptado un papel protagonista en la legislación como un método para optimizar recursos en la solución de conflictos, sin embargo, a pesar de aquel protagonismo no se han generado las herramientas normativas necesarias para darle claridad a la mediación, respecto a las directrices que guíen el proceso de mediación, estableciendo de forma precisa los elementos formales y materiales que estos deben contener, logrando con ella comprensión del proceso por parte de los intervinientes.

Al hablar de aquel protagonismo es menester hacer referencia a las estadísticas publicadas en la página del concejo de la judicatura, específicamente en el Centro nacional de Mediación de la función judicial en el cual los procesos en el ámbito de familia en septiembre del año 2020 abarcan el 53,03 % de los procesos ingresados a los centros de mediación a nivel nacional, es decir 13.435 casos ingresados, si bien es cierto el tema de familia puede incurrir tanto en fijación de pensión alimenticia, tenencia, régimen de visitas, también puede ser en torno al incidente de aumento de la pensión alimenticia, incidente de rebaja de la pensión alimenticia o en su defecto en caso de que así lo deseen las parte acuerdos de pago de las pensiones alimenticias, acuerdos de pago directo, es necesaria la fijación de requisitos, directrices a través de las cuales cubrir esta necesidad social cumpliendo las expectativas de los intervinientes, así como con pleno conocimiento y consentimiento de los mismos.

Figura 1. Estadísticas de ingreso de casos en materias transigibles



Nota: Representación gráfica estadística de los casos ingresados a mediación por materia en el mes de septiembre del año 2020. Último registro estadístico de mediación. (Centro de Mediación Nacional de la Función Judicial, 2020)

Por consiguiente, la mediación familiar tiene una peculiaridad respecto a su naturaleza multidimensional, pues abarca dimensiones o disciplinas distintas y en conjunto, jurídicas, psicológicas, sociales, culturales y procedimentales, si bien es cierto los conflictos en este ámbito son regulados por la ley, la gestión del conflicto demanda de un adecuado proceso de mediación, proceso que debe estar instituido en un estatuto, manual, normativa que permita su correcta comprensión y aplicación, indiscutiblemente debe abarcar la multidisciplinariedad enfocada en el respeto de elementos materiales y formales constitutivos de la mediación, elementos que vienen dados inclusive por el tipo de mediación como lo es, la mediación familiar.

En razón de estas afirmaciones precedentes se plantea que el profesional, quien es, el tercero imparcial, comprometido en abordar de forma idónea el conflicto debe tener una preparación específica, especializada en torno a la mediación familiar, centrándose dicha preparación en once áreas temáticas, de acuerdo a Rondón y Funes (2011), en primer lugar el abordaje de la conflictología, a través de la cual se revisará concepciones básicas del conflicto, al mismo tiempo se profundizará los métodos de resolución de conflictos, técnicas y negociación. Así mismo, enfatizando la Mediación familiar, se debe abordar los métodos, directrices y etapas del proceso de mediación.

Métodos y técnicas aplicados a la resolución de conflictos, en relación a la fundamentación teórica y sistémica respecto a la mediación familiar; sociología de la familia, enfatizando un análisis psicosocial del grupo familiar; Derecho, enfocados en el derecho de familia y protección, derechos del menor, legislación internacional; Psicología, arraigado en técnicas para la comunicación; Investigación científica aplicada a la mediación familiar, procedimiento aplicado a la mediación familiar; el mediador como profesional, la ética como profesional; El prácticum en la formación en mediación familiar, la mediación y coomediación familiar; intercesión de la mediación con otros ámbitos, mediación familiar en grupos de familias especiales, no convencionales.

Indiscutiblemente, la formación con la cual debe respaldarse el mediador es la base para que maneje un conflicto con herramientas técnicas y no solo de forma empírica, sin embargo, el proceso a llevarse a cabo a pesar de no estar descrito explícitamente y de forma detallada se lo ha venido realizando por mera costumbre o intuición, en razón de aquello France Butler, alude, respecto al proyecto de mediación del condado de Essex, las parejas o familias que son sometidas o aceptan la mediación como un método de solución de los conflictos, con antelación a la primera sesión de mediación tienen un taller de pre-mediación en el cual básicamente se les proporciona información sobre los procedimientos y objetivos de la mediación (Kolb et al., 1996), proceso que ha llamado la atención necesario, que las partes con antelación a someterse al proceso conozcan claramente el procedimiento, los objetivos, como un mecanismo de preparación, estas directrices asimiladas y aplicadas en otros países como Estados Unidos, que ha desarrollado la mediación familiar con gran ímpetu, deben ser desarrolladas, creadas y aplicadas por el órgano rector en mediación dentro de la legislación ecuatoriana.

Dentro del proceso de mediación como constancia de que se arribado a un acuerdo encontramos el acta de acuerdo total y parcial en el cual deben incluirse todos aquellos requisitos materiales o esenciales y formales que permitan la constitución del acta para que de ser necesaria su ejecución, esta sea viable, y más aún en un acta de mediación que tienen carácter de sentencia ejecutoriada, para lograr la ejecución de la misma esta debe contar con todos y cada uno de los requisitos, que en el caso de mediación servirá para efectivizar el pago de las pensiones en caso de que luego de firmado el acuerdo estas sean incumplidas.

Cabe destacar que los elementos formales son aquellos “elementos que deben estar previo a la emisión del acto y a la manera en que dicho acto debe manifestarse o materializarse”

(Centro de Información Jurídica en Línea, 2008), es decir en relación a los sujetos, están basados en legalidad y capacidad de los intervinientes, respecto a los intervinientes en relación a su capacidad para contraer obligaciones y si se encuentran en representación de un tercero estar legalmente habilitado; en el caso del mediador tener la formación necesaria y especializada para asumir el cargo y llevar a cabo la mediación pero sobre todo estar acreditado por el Consejo de la Judicatura, en los términos que establece actualmente la resolución 026-2018 expedida por el pleno del Consejo de la judicatura.

De acuerdo a lo que establece el título V del Código de la Niñez y Adolescencia, de acuerdo al artículo 6 con esta capacidad para solicitar la mediación esta la madre o padre bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo o hija, a falta de cualesquiera de ellos podrá hacerlo la persona bajo el cuidado este el beneficiario o los adolescentes mayores de 15 años; ahora bien, esto en torno a la legitimación para solicitar audiencia de mediación, a quien se le puede solicitar el derecho de alimentos de acuerdo a lo que establece el artículo 5 del mismo código, los padres son los principales obligados a prestar una pensión alimenticia, sin embargo a falta de estos, o si en su defecto por cualquier circunstancia no le es posible suministrar una pensión alimenticia, existen los obligados subsidiarios que se encuentran en este orden primero los abuelos, segundo los hermanos mayores de 21 años, y en tercer lugar los tíos, es decir estos pueden llegar a tener la calidad de intervinientes en el derecho de alimentos en la audiencia de mediación.

El procedimiento, “es el modo en el cual se lleva a cabo un acto” (Centro de Información Jurídica en Línea, 2008), el procedimiento de mediación en la legislación ecuatoriana está contenido en la ley de mediación y arbitraje, a breves rasgos en el artículo 45, 46 y 47, en el cual se explica el procedimiento en el cual se plasma el inicio de la mediación a través de la solicitud por escrito, que deberá contener la designación de las partes datos básicos como dirección teléfonos y una breve determinación de la naturaleza del conflicto, en el artículo 46 se establece la procedencia de la mediación que se da, siempre y cuando exista voluntariedad de las partes, ante la solicitud de las partes, a través de derivación judicial, o remisión por parte de Fiscalía y por último el artículo 47, enfatiza la conclusión de la mediación a través de la firma de un acta de acuerdo total, parcial, imposibilidad de acuerdo.

Como parte de los elementos formales encontramos la forma, que si bien es cierto es parte del procedimiento, dentro de las directrices nacionales no existe un procedimiento y la forma en la cual la mediación debe llevarse a cabo, directrices que ayuden al mediador, a las partes a entender el contexto de este método alternativo a la solución del conflictos, si bien es cierto, a lo largo de la aplicación de la mediación se han emitido resoluciones por el Pleno del Consejo de la Judicatura para orientar y llenar estos vacíos que contiene la ley escrita, no basta pues queda mucho por clarificar, establecer, detallar para que todos los procesos de mediación lleven la misma estructura, y características sustanciales en el ámbito de la mediación familiar.

Ahora bien, respecto a los elementos esenciales o materiales encontramos aquellos elementos que son la base o sustancia del acto que va a llevarse a cabo “Los elementos que concurren a su formación y determinan su validez. Estos elementos se denominan motivo, contenido y fin” (Centro de Información Jurídica en Línea, 2008).

Es imperante resaltar que dentro de toda mediación deben existir elementos materiales, como lo es “El motivo es aquel presupuesto factual que la norma jurídica propone, que le da fundamento a la emisión y aplicación del acto” (Centro de Información Jurídica en Línea, 2008), Si bien es cierto con la práctica de la mediación se han ido definiendo la legalidad de los asuntos

que pueden ser o no transigibles a través del proceso de mediación que están contenidos, en el Art. 190 de la Constitución de la república del Ecuador y 43 de la Ley de arbitraje y mediación aunque solo habla en general de materias transigibles, cabe destacar que de acuerdo a los derechos que se estén mediando son los requisitos que la partes y los intervinientes deben cumplir, en materia de familia, específicamente alimentos existe la posibilidad de aplicar métodos alternativos a la solución de conflictos.

En consecuencia, todos los requisitos para poder establecer una pensión alimenticia acorde a la realidad económica del alimentante, y a las necesidades del menor, no son claros o ni siquiera están normados, no están recogidos en un manual que exprese la necesidad y la diferencia de las mediaciones por especialidad, pues no es lo mismo realizar una mediación comercial que una laboral, ni siquiera en las mismas materias, no es lo mismo realizar una mediación de alimentos que una de tenencia y es por ello que es sustancial un manual que limite y otorgue directrices a los profesionales e intervinientes.

Ahora bien, consecuentemente tenemos el contenido, como un elemento material, “se refiere a lo que dispone el acto” (Centro de Información Jurídica en Línea, 2008), si bien es cierto, el contenido del acta esta otorgado en directrices generales a través del artículo 47 de la Ley de mediación y arbitraje, en la que se establece que el acta debe contener una relación de los hechos del conflicto, las obligaciones y acuerdos entre las partes y las firmas o huellas. A pesar de que son requisitos básicos, también deben expresarse los fundamentos legales normativa en la cual se amparan los acuerdos, deben expresarse claramente los acuerdos a los que lleguen las partes y también los compromisos que pueden adquirir, los documentos habilitantes que se adjuntan, pueden ser escrituras, mecanizados del IESS, Copia del RUC, búsqueda de bienes, movimientos bancarios, etc, cláusulas de incumplimiento de conformidad al Art. 50 de la Ley de arbitraje y mediación, acuerdo de buena fe, validez del acta y competencia, aspectos sustanciales que deben estar contenidos para garantizar la constitución del acta de mediación y de ser necesaria su ejecución.

Como último elemento material encontramos el fin, si bien es cierto, en mediación el fin es encontrar un acuerdo entre las partes, en mediación familiar el fin concreto es que se creen acuerdos que beneficien a los progenitores pero siempre en pro de los derechos de los hijos o menores de edad, en el caso de la fijación de una pensión alimenticia, está el hecho de fijar una pensión como tal, pero que esta pensión, sea de acuerdo a los ingresos del progenitor, pero también lograr acuerdos que satisfagan las necesidades de los menores, intrínsecamente el fin de la mediación es mejorar las relaciones que se ven afectadas por problemas mucho más profundos.

Ahora bien, expuestos elementos, directrices que deben ser consideradas dentro de la normativa, recopiladas en un solo manual o cuerpo normativo es evidente que para lograr una concreción, conocimiento y aplicación de la mediación en el ámbito familiar es necesaria que existan las bases, directrices técnicas métodos requisitos, lineamientos en un solo manual que permita a los intervinientes y usuarios conocer que es la mediación como tal, como se va a llevar a cabo en este mismo contexto a los profesionales darles claridad sobre aspectos que son ambiguos, quizá insertar herramientas que sirvan de ayuda para que su formación sea permanente y especializada, pues cada ámbito y materia tiene su tratamiento, sus requisitos, sus límites de aplicación.

Conclusiones

En conclusión, desde el año 2008 los métodos alternativos a la solución de conflictos han ido empuñando su valor dentro de la sociedad, sin embargo a pesar de ser necesarios para liberar al propio sistema ordinario de justicia colapsado por demandas en el ámbito familiar, no se ha trazado con vigor los lineamientos, directrices, requisitos o el procedimiento que la mediación debe tener, ni mucho menos se ha ido estableciendo parámetros de especialización, pues únicamente regulando este método encontramos a la Ley de arbitraje y mediación, que con escasez presenta artículos en relación al tema, que no dan claridad de aplicación de elementos formales y materiales, a los profesionales, mucho menos esclarece dicha aplicación a los intervinientes, es necesario que como un método alternativo cuente con una compilación procedimental, técnica, de herramientas y requisitos, como gozan todas las materias del sistema jurídico, materia civil, penal, niñez, familia.

Se ha evidenciado que a lo largo de los años para poder sobrellevar los procesos de mediación el pleno de consejo de la judicatura ha asumido su rol, respecto a determinar procedimientos y bases para la mediación sin embargo, estas no son de conocimiento general pues quienes han recibido una educación profesional completa ponen en evidencia dichas directrices y las aplican a cabalidad, mientras que otros profesionales a pesar de que comprenden que son resoluciones con disposiciones a cumplir las analizan a criterio propio, muchas veces hasta distorsionándolas, por ello es necesario agrupar en un solo cuerpo todo lo necesario y esencial para llevar a cabo una mediación, cualquiera que sea el ámbito de aplicación directrices que permitan dilucidar no solo a los mediadores sino también a los usuarios que materias pueden transigir, los requisitos, cuáles son los límites para convenir de los casos en concreto.

Es necesario tener presentes todos y cada uno de los requisitos que aunque no se encuentren detallados en la norma, son esenciales para la validez del acta de mediación como la fijación de alimentos acorde a las características tanto del beneficiario, pues puede ser una persona con discapacidad u otra condición o las capacidades económicas del alimentante, que debe estar sustentada en documentos físicos, y que si bien es cierto, deja abierta la puerta a una solución amistosa y voluntaria en la cual se debe fijar una pensión de acuerdo a la capacidad económica pero esta no puede ser menor a la tabla de pensiones mínima emitidas por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, esta si puede ser mayor en concordancia con la voluntad de las partes para satisfacer las necesidades del menor.

Se ha determinado la necesidad de que se cree un manual, que regule todos los procedimientos, técnicas y requisitos por cada especialidad, en el cual se encuentren contenidos los elementos formales: sujeto, procedimiento y forma; y elementos esenciales o materiales: el motivo, contenido y fin, con el fin de que la creación de los acuerdos en actas posteriormente ejecutables contengan los requisitos esenciales para su plena validez, además determinará claramente el proceso, procedimiento, efectos requisitos que sea de fácil acceso y comprensión para los intervinientes y el profesional, considerando que si bien, en la formación como mediadores se les otorga conocimiento base de leyes, normativa y reglamentos, no todos los profesionales tienen conocimiento extenso o formación en Derecho, por ello mientras más claro sea el manual, más efectivas y satisfactorias serán los procesos de mediación para los usuarios, permitiendo una descongestión de la justicia en el ámbito familiar y llegando a acuerdos mucho más satisfactorios que por la vía judicial.

Referencias bibliográficas

- Agnelli, A. y Matos, I. (2020). Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo. *Revista CES Derecho* 11, (1), 104-116. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/download/5376/3166/27315>
- Andrade, E. (2018). *Proceso de Mediación y Ejecución del Acta de Mediación* (tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador, Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17523/1/T-UCE-0013-JUR-142.pdf>
- Basurto, K y Barragán, J. (2023) La mediación respecto del derecho de alimentos en el Ecuador: Una forma ágil y efectiva de solucionar estos conflictos. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, Asunción, Paraguay.(6)2. p.1029. <https://latam.redilat.org/index.php/lt/article/download/667/867>
- Brandoni, F. (2015). Apuntes sobre los conflictos y la mediación. *Revista Interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/735/apuntes-conflictos.pdf?sequence=1>
- Bolaños, I. (2008). *Hijos alineados y padres alienados. Mediación Familiar en rupturas conflictivas*. Madrid. Ed. Reus. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Mediacionfresponsabilidadpoder.pdf>
- Borja, G. (2019). La mediación en la sociedad de República Popular China: Comparativa con el modelo de México en el siglo XXI. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (44). <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n44/1405-9193-cconst-44-133.pdf>
- Castellanos, C y Pérez, G. (2021). Mediación familiar en beneficio del interés superior de la niñez: situación de Nuevo León. *Asociación Eirene, Estudios de Paz y Conflictos A.C.*(4)6. p.p. 207-228. <https://www.redalyc.org/journal/6759/675972239013/html/>
- Centro de Mediación Nacional de la Función Judicial (2020). *Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#ingreso-de-causas-por-tipo-2020>
- Centro de Información Jurídica en Línea. (2008). *Elementos del acto administrativo*. Universidad de Costa Rica. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTI1MQ==>
- Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas e inversiones, CIADI. (2022). *Confidencialidad. Confidencialidad y uso de información - Mediación del CIADI*. <https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/mediacion/confidencialidad-y-uso-de-informacion/2022>
- Cobas, M. (2014). *Mediación Familiar. Algunas Reflexiones Sobre El Tema*. *Revista Boliviana de Derecho* (17). pp. 32-51. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539932003.pdf>
- Consejo de la Judicatura. (2016). *Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación y ejecución de actas de mediación*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/INSTRUCTIVO-PARA-LA-DERIVACION-CAUSAS-JUDICIALES.pdf>
- Cotino, L. (2018). *Confidencialidad y protección de datos en la mediación en la Unión Europea*. *Revista Scielo* 12, (41). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100311
- Chenás, M. (2021). *Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. (Tesis de Maestría en Derecho Procesal). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>

- Demestre, I. (2010). La confidencialidad en el procedimiento de mediación. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, (11). <https://openaccess.uoc.edu/handle/10609/8694>
- Defensoría Pública (2021). ¿Cuales son los requisitos para iniciar una mediación?. https://www.defensoria.gob.ec/?epkb_post_type_1=cuales-son-los-requisitos-para-iniciar-una-mediacion
- Dupla, T y Marí, E. (2013). *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Editorial: Dykinson. <https://www.dykinson.com/libros/mediacion-familiar-aspectos-teoricos-juridicos-y-psicosociales/9788490317327/>
- Espino, B. (2013). Los modelos de mediación. *Revista Ex - Lege electrónica*. https://www.lasallebajio.edu.mx/delasalle/contenidos/revistas/derecho2013/numero_17/losmodelos.php
- García Villaluenga, L. (2007). La mediación familiar: una aproximación normativa IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, (20), pp. 78-96. <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932005.pdf>
- García, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>
- García, L. (2011). *Mediación: perspectivas desde la psicología Jurídica*. Bogotá: Manual Moderno. <https://www.redalyc.org/pdf/805/80526356013.pdf>
- Hernández Sampieri, R; Fernández Collado, C; Baptista Lucio, P. (1997). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill. <https://josetavarez.net/Compendio-Metodologia-de-la-Investigacion.pdf>
- Kolb, D.; Atkinson, J.; Bellman, H.; Butler, F.; Carter, J.; Colburn, L.; Davis, A.; Davis, P.; Elder, J.; Green, E.; Hobgood, W. Phear, P. Susskind L. (1996). *Mediación. Cuando Hablar da resultado: perfiles de mediadores*, 1era ed. Buenos Aires - Barcelona; Mexico: Editorial, Paidós.
- Loreto, R. (2019). La imparcialidad del mediador. (Tesis de pregrado) Universidad De Segovia, España. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/36856/TFM-N.91.pdf?sequence=1>
- Martínez, A y Barona, P. (2023). La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en temas de familia. *LEX, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas*. (6) 19. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/622/6224374003/>
- Mongón, M. y Carrillo, A. (2023). El principio de Voluntariedad de la mediación en los actos Notariales. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*. 6(3). <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/709>
- Ortiz, N. (2021). La mediación y el acceso a la justicia en el ámbito de la discapacidad. *Revista de Mediación*, 14 (1). <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2021/07/Revista27-2.pdf>
- Pleno del Consejo de la Judicatura. (2020). Resolución 039-2020. Emitir Directrices Para La Atención De Audiencias De Mediación Y Arbitraje A Través De Medios Telemáticos. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2020/039-2020.pdf>
- Piedra, M. y Polo, E. (2022). El principio de voluntariedad y la tenencia en mediación. *Revista Polo del Conocimiento*, 7 (9). DOI: 10.23857/pc.v7i8
- Portal Único de tramites Ciudadanos. (2020). Solicitud de audiencia de mediación. Ministerio de Telecomunicaciones y de la sociedad de la información. https://www.gob.ec/tramites/buscar?search_api_fulltext=mediaci%C3%B3n

- Poveda, G. (2006). Medios Alternativos De Solución De Conflictos En Ecuador: La Mediación. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/824/1/T458-MDE-Poveda-Medios%20alternativos%20de%20soluci%C3%B3n%20de%20conflictos%20en%20Ecuador.pdf>
- Raines, S. (2005). "Can on line mediation be transformative?: Tales from the front". *Conflict Resolution Quarterly*, (22), 437-452. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/crq.114/pdf>
- Real Academia Española (2021). Acuerdo. Asociación de Academias de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/acuerdo>
- Rivera, P., y Tamez, G. (2019). La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en las relaciones internacionales. México: Rehtikal.
- Romero, F. (2002). La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador. *Revista Del Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociales*.(40). https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/2225_d_LA_MEDIACION_FAMILIAR.pdf
- Rondón, L. y Funes, E. (2011). I congreso Internacional en Mediación y conflictología; Cambios Sociales y perspectivas de la mediación para el siglo XXI. Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía.
- Sáez de Heredia, R. (2021). Mediación en Línea. *Revista de Mediación: ADR, Análisis y resolución de Conflictos*.(1). <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-01-02.pdf>
- Soletto, H. y Otero, M. (2007). Mediación y solución de conflictos. habilidades para una necesidad emergente. *Revista Dialnet Unirioja*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=274263#:~:text=En%20la%20mediaci%C3%B3n%20el%20mediador,trabajo%20intenta%20aproximar%20al%20lector>.
- Tarud, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile *Opinión Jurídica*, 12(23), pp. 115-132. <https://www.redalyc.org/pdf/945/94528404008.pdf>
- Universidad Espíritu Santo. (2023). CAMUEES.Mediación. <https://uees.edu.ec/camuees/mediacion/>
- Vinyamata, E. (2003). Aprender mediacion. Ecuador - Paldos.

FUENTES LEGALES.

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2006). Ley de Arbitraje y Mediación y sus reformas. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 43.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2012). Ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos. Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2012. Artículo 14.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003.
- Consejo de la Judicatura. Resolución 039-2020 de 22 de abril de 2020.

Capítulo 7

LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO COMO PRUEBA SUPLETORIA PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL ECUADOR

Henry Francis Franco Franco

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

hfranco@pucesi.edu.ec

Resumen

El presente capítulo trata sobre la posesión notoria del estado de hijo como prueba supletoria para el ejercicio de derechos y obligaciones en el Ecuador, se analiza lo que es el derecho a la identidad, como aquel derecho garantiza a las personas a ser reconocidos, a tener una existencia legal y social, que se encuentra protegido dentro de las declaraciones, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convenciones internacionales, pues bien, estos instrumentos reconocen que todas las personas tienen derecho a ser legalmente reconocidas ante la ley, en donde se les otorgan derechos y obligaciones, la finalidad de reconocer estos derechos es poder garantizar la dignidad y derechos de todas las personas sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, etc. El Estado Civil, es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. El estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo normalmente se prueba con las respectivas copias de las actas de Registro Civil. La edad de una persona y la muerte de aquella se prueba por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo y defunción. La prueba supletoria mediante la posesión notoria del estado de hijo, que consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres. El trabajo, por consecuencia tiene como objetivo, demostrar que dentro de todo proceso judicial o administrativo, para legitimar la intervención, en dichos procesos, no solamente se lo puede hacer con los documentos que acrediten su identidad y filiación, o con la intervención de testigos, sino que a falta y como prueba supletoria de la identidad y filiación, dentro de un proceso judicial o administrativo se puede recurrir a la posesión notoria del estado civil y específicamente a la posesión notoria del Estado de hijo. En método de investigación utilizado en el presente trabajo fue el análisis normativo; es decir partiendo de lo que establecen los tratados internacionales, la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil y la ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, el Código de la Niñez y Adolescencia, se determinó y dedujo que es y cómo se convierte en una prueba supletoria la posesión del estado de hijo.

Palabras clave: Derecho a la identidad; De la Prueba del Estado Civil; La filiación; Presunción de autenticidad y pureza de los certificados; La prueba supletoria con otros documentos auténticos;

Summary

This work, which deals with the notorious possession of the status of a child as supplementary evidence for the exercise of rights and obligations in Ecuador, analyzes what the right to identity is, how that right guarantees people to be recognized, to have a legal and social existence, which is protected within the declarations, International Covenant on Civil and Political Rights, international conventions, well, these instruments recognize that all people have the right to be legally recognized before the law, where they are granted rights and obligations, the purpose of recognizing these rights is to be able to guarantee the dignity and rights of all people without distinction of race, sex, nationality, etc.

Civil Status is the quality of an individual, as it enables or disables him to exercise certain rights or contract certain civil obligations. The marital status of married, divorced, widowed, de facto union, parent and child is normally proven with the respective copies of the Civil Registry records. The age of a person and the death of that person is proven by the respective birth or baptism and death certificates. The supplementary proof through notarial possession of the status of a child, which consists of his parents having treated him as such, providing for his education and establishment in a competent manner, and presenting him with that character to his relatives and friends; and in that these and the neighborhood of his domicile in general, have reputed and known him as the son of such parents.

The work, therefore, aims to demonstrate that within any judicial or administrative process, to legitimize the intervention, in said processes, it can not only be done with the documents that prove your identity and affiliation, or with the intervention of witnesses, but in the absence and as a supplementary proof of identity and filiation, within a judicial or administrative process, the well-known possession of the civil status and specifically the well-known possession of the State of a child can be resorted to.

The research method used in this work was normative analysis; That is to say, based on what is established by international treaties, the Constitution of the Republic of Ecuador, the Civil Code and the Organic Law of Management of Identity and Civil Data, the Code of Children and Adolescents, it was determined and deduced that it is and how the possession of the status of a child becomes a supplementary test.

Keywords: Right to identity; Proof of Marital Status; The affiliation; Presumption of authenticity and purity of certificates; The supplementary evidence with other authentic documents

Introducción

1. *El derecho a la identidad*

El derecho a la identidad es un derecho reconocido de manera internacional el cual garantiza a las personas el derecho a ser reconocidos, a tener una existencia legal y social, se encuentra protegido dentro de las declaraciones, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenciones internacionales, pues bien, estos instrumentos reconocen que todas las personas tienen derecho a ser legalmente reconocidas ante la ley, en donde se les otorgan derechos y obligaciones, la finalidad de reconocer estos derechos es poder garantizar la dignidad y derechos de todas las personas sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, etc.

Este derecho a la identidad se encuentra legalmente reconocido dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 6 menciona que todas las personas sin importar en donde se encuentren tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley, esto trae consigo la capacidad de poder ejercer sus derechos y obligaciones como ciudadanos. (Naciones Unidas, 2006)

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) ampara el derecho de identidad personal, que incluye tener nombres y apellidos debidamente inscritos y libremente escogidos, además, garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 18 estableció que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”. De allí que los Estados tienen la obligación, no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar su registro. Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 18)

El artículo 66 numeral 28 de la Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la identidad en los siguientes términos:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 66)

La Corte Constitucional del Ecuador sobre el derecho a la identidad ha establecido:

“Así, el texto constitucional reconoce que el derecho a la identidad incluye el derecho a la conservación, desarrollo y fortalecimiento de las características que permiten que las personas se individualicen como seres únicos, diferentes e identificables dentro del seno de la comunidad con base en sus diferentes esferas de libertad que les permiten autodeterminarse. De forma que estos atributos que conforman la identidad, por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son flexibles y constantemente se transforman de acuerdo con las experiencias, decisiones y el proyecto de vida de cada persona.

Para el efecto, el constituyente ha listado de forma ejemplificativa en el artículo 66 numeral 28 que el nombre; la nacionalidad; la procedencia familiar; las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales son parte de esta serie de características materiales e inmateriales que forman parte del derecho a la identidad y que, como tales, merecen el respeto y reconocimiento por parte del Estado y la sociedad.

Del mismo modo, en decisiones anteriores, esta Corte ha reconocido que los atributos y características determinados ejemplificativamente en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución¹¹ como la nacionalidad, origen familiar y étnico, nombres, adscripción ideológica, edad, sexo, religión, ideología, entre otros también constituyen elementos integrantes de la identidad de las personas que deben ser garantizados.

Para efectos de alcanzar una sociedad que conviva pacíficamente en la diversidad, la protección del derecho a la identidad cobra especial relevancia, pues asegura la coexistencia, igualdad e inclusión social de las distintas individualidades existentes en el Estado. De forma que junto a la tutela de la identidad se desarrollan otros valores como la diversidad y el enriquecimiento deliberativo en las sociedades democráticas.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pese a que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Americana"), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH") ha desarrollado su contenido y alcance a lo largo de su jurisprudencia, al considerar que este es un derecho inherente al ser humano que se desprende de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, vida privada, nombre y reconocimiento de la personalidad jurídica.

En cuanto al contenido del derecho a la identidad, la Corte IDH ha establecido que este derecho: "puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (...)

Del mismo modo, la Corte IDH ha establecido: "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social".

En efecto, la conservación de la identidad constituye un interés jurídicamente protegido que no disminuye con la edad. De ahí que la identidad de las personas se encuentra en constante construcción y sus rasgos descansan en la autodeterminación. (Corte Constitucional del Ecuador, 2017)

La Constitución en su artículo 45 estableció que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su identidad, nombre y ciudadanía, en concordancia con el contenido de artículo 66 numeral 28, que destaca el derecho a poseer nombre y apellido, a estar debidamente registrado con la libertad de elegir, conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales inmersas en la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículos 45 y 66)

El Código de la Niñez y Adolescencia estableció que los niños y niñas tienen derecho a la identidad, así como el nombre, la nacionalidad y relaciones de familia, cuya obligación recae sobre el Estado el precautelar este derecho de forma efectiva. Esta regulación tiene su fundamento tanto en el marco constitucional, como en el contexto de los Acuerdos Internacionales celebrados y ratificados por la República del Ecuador. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2023, artículo 33).

Según, Paredes Raúl (2004) Citado por Pilco (2019)., la legislación nacional define la Identidad como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad es precisamente lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es pues el derecho a ser uno mismo y no otro.

La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (artículo 1) también garantiza el derecho a la identidad; es decir, tener un nombre y un apellido, un estado civil, etc. En el mismo sentido, su artículo 3 estableció que el objeto es proteger los derechos y hacer exigibles las obligaciones de las personas, por lo que el derecho a la identidad independientemente de cualquier hecho es intransmisible, imprescriptible e inalienable. (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 2016, artículos 1 y 3)

En virtud de lo antes expuesto, toda persona tiene derecho a una identidad oficial: nombre, apellido y nacionalidad, que le permita ejercer derechos y contraer obligaciones. El

Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia tiene como eje principal garantizar el goce efectivo de los derechos de todas las personas. Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014).

2. El Estado Civil

Conforme lo establece el Art. 331 del Código Civil.- El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. El estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo normalmente se prueba con las respectivas copias de las actas de Registro Civil. La edad de una persona y la muerte de aquella se prueba por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo y defunción. (Código Civil, 2005, artículo 331)

La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles en el Art. 10, establece que los hechos y actos relativos al estado civil de las personas se solemnizarán, autorizarán, inscribirán y registrará, en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, mismos que entre otros, constan los siguientes hechos y actos relativos al estado civil de las personas y sus modificaciones: 1. Los nacimientos; 2. Los cambios, adiciones y supresión de nombres; 3. Los cambios y posesiones notorias de apellido; 4. Los cambios de género y nombre; 5. Las adopciones; 6. El reconocimiento de hijos e hijas; 7. El reconocimiento de hijo o hija post mortem; 8. Los matrimonios; 9. Los matrimonios en caso de muerte inminente (in extremis); 10. El divorcio; 11. La administración y disolución de la sociedad conyugal; 12. Las capitulaciones matrimoniales; 13. La unión de hecho; 14. La terminación de la unión de hecho; 15. Las defunciones; 16. Las defunciones fetales; 17. La condición de discapacidad de las personas; 18. La manifestación de la voluntad respecto de la donación de órganos y tejidos; 19. Las naturalizaciones y la calidad migratoria de los extranjeros de conformidad con la ley de la materia; 20. Los reconocimientos de nacionalidad; 21. La pérdida y recuperación de la nacionalidad adquirida; 22. La pérdida o suspensión de los derechos de participación política; 23. La interdicción de las personas y su rehabilitación; 24. Las nulidades de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas; 25. Las sentencias judiciales ejecutoriadas que afecten la información registral; 26. Los hechos y actos relativos al estado civil de las personas realizados ante autoridad extranjera; 27. Los demás hechos o actos relativos al estado civil de las personas que determine la Constitución de la República y la ley. La inscripción o registro de los hechos y actos relativos al estado civil e identificación de las personas tienen el carácter de obligatorio en el territorio ecuatoriano. Ecuador. Asamblea Nacional. (2016). Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Artículo 10.

3. De la Prueba del Estado Civil

Artículo 14 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establece que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación es la entidad autorizada para emitir certificados que sirven como prueba irrefutable del estado civil de las personas, sin perjuicio de otros instrumentos legales. (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 2016, artículo 14)

Además, se ha establecido la posibilidad de reconstruir inscripciones y registros marginales cuando los archivos físicos o electrónicos de una inscripción o un registro marginal estén mutilados, destruidos, desaparecidos o ilegibles total o parcialmente. En tales casos, la autoridad competente de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, ya sea a petición de parte o de oficio, ordenará la reconstrucción.

Los requisitos para la reconstrucción, según el Artículo 6 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, son:

Un documento de respuesta de los archivos técnicos que informe sobre la mutilación, destrucción, pérdida o ilegibilidad total o parcial del documento a reconstruir.

Un documento que pruebe la existencia física de la inscripción, registro o nota marginal a reconstruir, emitido por la institución en cualquier momento (inscripción o registro, expediente, índice del libro, tarjeta dactilar, tarjeta índice o libro fotográfico). Estos requisitos respaldarán la reconstrucción de inscripciones o registros cuando no exista el duplicado de las inscripciones o registros en los archivos correspondientes.

En los casos en que uno de los duplicados no contenga la firma del compareciente, se declarará su nulidad administrativa y se procederá a su reconstrucción basándose en el documento duplicado que esté completo. Se seguirá el mismo procedimiento cuando uno de los duplicados solo contenga las firmas de los comparecientes. La solicitud de reconstrucción se presentará ante la institución responsable del registro civil, identificación y cedulação. La reconstrucción de inscripciones, registros o notas marginales se llevará a cabo en el archivo objeto de la reconstrucción. (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 2016, artículo 6)

La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos. En caso de fallecimiento de la madre en el momento del parto, la filiación materna en la inscripción de nacimiento de su hija o hijo se probará mediante la presentación del Certificado Estadístico de Nacido Vivo y la historia clínica o su epicrisis debidamente legalizada.

4. Presunción de autenticidad y pureza de los certificados

La ley ha previsto una presunción legal sobre la autenticidad y pureza de los certificados que emite la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulação, si estuvieren en la forma debida. Se los pueden rechazar los antedichos documentos, aun cuando consten su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar.

La autenticidad de esta afirmación no se garantiza en ninguna de sus partes. Por lo tanto, es posible cuestionar la validez de los documentos, señalando que la afirmación fue incorrecta en el aspecto en cuestión. Los documentos mencionados anteriormente, según lo estipulado por el Código Civil, certifican la declaración realizada por las partes contrayentes del matrimonio, los padres, los padrinos u otras personas, según corresponda en cada caso. Sin embargo, es importante tener en cuenta.

5. La prueba supletoria con otros documentos auténticos

La falta de los referidos documentos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil. Con todo, al hijo que demandare alimentos o una herencia, o que alegue algún derecho, fundado en su calidad, no se le admitirá demanda, si no se presentare la prueba de su estado civil, según el Código Orgánico General de Procesos.

6. La prueba supletoria con la posesión notoria del estado civil y del estado de hijo

Las normas legales, constantes en el Código Civil, ha dejado establecido que la posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer, en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida, con ese carácter, por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general. Por otro lado, el Art. 339 del Código Anteriormente referido, establece que la posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres. (Código Civil, 2005, artículo 339)

De lo dicho surge la posibilidad de que el estado civil de una persona sea esta mayor de edad o menor de edad en su calidad de un individuo, que le habilite o no para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles, cuando no pueda justificar su estado civil o su estado de hijo de una determinada persona con las copias de las actas de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, al no tener dichas actas por cualquier motivo, razón o circunstancia legal, y que las mismas no puedan ser reconstruidas, se pueden suplir, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posesión del estado de hijo. (Tobar, V. 2016)

La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres.

Los requisitos para que exista la posesión notoria del estado de hijo y esta se reciba como prueba de tal estado, deberá haber durado diez años continuos y se probarán por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera hallarse.

El fallo judicial que declara verdadera o falsa la calidad de hijo no solo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos. La misma regla deberá aplicarse al fallo que declare ser verdadera o falsa la maternidad impugnada. Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente surtan los efectos que en él se designan, es necesario:

1. Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada;
2. Que se hayan pronunciado con legítimo contradictor; y,
3. Que no haya habido colusión en el juicio.

En cuestiones de paternidad, el legítimo contradictor es el padre en contra del hijo, o el hijo en contra del padre; y en cuestiones de maternidad, es el hijo en contra de la madre, o la madre en contra del hijo. Estos individuos pueden ser sustituidos por sus herederos.

El debate sobre la posesión notoria del estado de hijo, como prueba adicional, radica en si es necesario demostrar previamente la pérdida o inexistencia del certificado emitido por la autoridad competente, en este caso, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Además, se debe considerar que la actual Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles permite la reconstrucción de inscripciones.

En el caso de la pérdida de un certificado, debido a un evento fortuito o de fuerza mayor, como un terremoto, un incendio, un tsunami, entre otros, no sería necesaria la prueba, ya que este hecho se consideraría público y notorio, tal como lo establece el Artículo 163, Numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos.

Por otro lado, si se trata de la inexistencia del certificado, porque no se realizó, nos encontramos en la prueba de hechos negativos, que razonablemente no se puede exigir que se pruebe. (Código Orgánico General de Procesos, 2018, artículo 163)

La falta de partidas y certificados conferidos por la autoridad correspondiente, con la que de forma directa se deba probar ciertos hechos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, tales como otras partidas indirectas o escrituras públicas en donde se deja indicado el estado civil de las personas y otros datos importantes que dicen relación a los otorgantes del acto o contrato. En el caso de que no se pueda probar con esos otros documentos se puede recurrir a las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado de hijo.

7. Ejercicio de derecho y obligaciones en el Ecuador

Es ampliamente reconocido que para que una persona natural pueda ejercer derechos y asumir obligaciones, entre otras cosas, necesita ser legalmente capaz. Esto implica que cualquier acto o declaración de voluntad no debe estar viciado, debe recaer sobre un objeto lícito y debe tener una causa lícita. En este sentido, ser legalmente capaz, según el Artículo 1461, inciso final del Código Civil, significa que una persona puede obligarse por sí misma sin la intervención o autorización de otra. Todas las personas son legalmente capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces. (Código Civil, 2005, artículo 1461)

El derecho a la tutela judicial efectiva está consagrado en el Artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, de la siguiente manera:

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 la indefensión. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 75)

El Código Orgánico General de Procesos en el Art. 31, establece que toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. (Código Orgánico General de Procesos, 2018, artículo 31)

Por otro lado, el Art. 143 de la norma legal anteriormente indicada, establece que a las demandas se deben acompañar cuando corresponda, los documentos habilitantes que acrediten la representación del actor, si se trata de una persona incapaz; la copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes; la prueba de la calidad

de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con la que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia; los demás documentos exigidos por la ley en cada caso. (Código Orgánico General de Procesos, 2018, artículo 143)

Es decir que para el ejercicio de los derechos y hacer efectiva la tutela judicial efectiva, es necesario, justificar la identidad de la persona que ejerce esos derechos, sea que lo haga por sus propios y personales derechos o lo haga a través de un representante legal o mandatario general o especial. Por tanto en la práctica, al presentar una demanda, se debe acreditar en que calidad se lo hace y para ello es importante adjuntar la copia de su cédula de identidad, las partidas de defunción y de nacimiento con las cuales se acreditara la calidad de heredero, las partidas de nacimiento con las cuales se acredita la filiación, las partidas de matrimonio con las cuales se acredita que son cónyuges, las marginaciones de los divorcios en las correspondientes partidas de matrimonio, entre otros.

Los documentos anteriormente referidos son importantes para justificar la calidad en la que se comparece. Pero existen ciertos casos en que, por alguna circunstancia de la vida, que puede estar dentro de un caso fortuito o de fuerza mayor, que no se pueda obtener la información personal con la cual se justifique la identidad de la persona, ni su filiación respecto de los progenitores. Puede ocurrir también que nunca se haya realizado una inscripción en el Registro de datos Civiles, ni tampoco existan documentos o testigos que puedan justificar la identidad de la persona, en este caso es que toma preponderancia jurídica la posesión notoria del Estado de hijo, con respecto al ejercicio de los derechos y la posibilidad de ejercitar la garantía básica de la tutela judicial efectiva.

Normalmente, quien es hijo biológico de sus padres es inscrito en el Registro de datos Civiles, como hijo de sus progenitores. Cada ser humano, expulsado o extraído completamente del cuerpo de la madre, independientemente de la duración del embarazo, de un producto de la concepción, que, después de dicha separación, respire o dé cualquier otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tantos si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendido de la placenta, se considera nacido vivo.

El hecho del nacimiento, para que sea inscrito, se probará con el informe estadístico de nacido vivo o su equivalente, sea físico o electrónico, y legalizado por el profesional de la salud del establecimiento médico que atendió el parto. Excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo.

El profesional de la salud que no llene ni legalice debidamente el certificado estadístico de nacido vivo estará sujeto a las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico pertinente.

Para los demás casos, el estadístico de nacido vivo o su equivalente físico o electrónico se llenará con la declaración de dos testigos, cuyos requisitos y procedimiento estarán contemplados en el Reglamento de esta Ley.

La falsedad de los datos consignados en el informe estadístico de nacido vivo estará sujeta a las sanciones de la presente Ley, sin perjuicio de la acción penal que tenga lugar.

Al nacido vivo se le asignará un Número Único de Identificación (NUI) relacionado con un elemento biométrico de la persona, de tal manera que permita individualizar a la persona desde su

nacimiento garantizando la identidad única, por lo que es obligación del Estado a través del órgano público encargado de la salud, establecimientos de salud públicos y privados, y de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, realizar las inscripciones de nacimientos de forma inmediata dentro del establecimiento de salud y sin que medie la solicitud del interesado.

Existe también las ciertas presunciones legales que dicen relación al estado de hijo de una persona en relación a sus progenitores, que admiten prueba en contrario; pero esta serie de presunciones hacen que un hijo este en posesión de su estado, mientras su padre o madre o cualquier otra persona no se oponga a tal situación legal o biológica. Por otro lado, pueden existir ciertos casos en que la persona no este actualmente en posesión del estado de hijo y pretenda que lo es.

Método

En esta investigación sobre la POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO DEL HIJO como prueba supletoria para el ejercicio de derechos y obligaciones en Ecuador, se utilizó el método de análisis normativo. Mediante esta metodología, se examinaron diversas fuentes legales, incluyendo: Tratados internacionales: Se consideraron los acuerdos y convenios internacionales ratificados por Ecuador, que influyen en la legislación nacional; Constitución de la República del Ecuador (CRE): Se analizaron sus disposiciones relevantes para comprender los derechos, deberes y principios relacionados con el tema de investigación; Código Civil: Este cuerpo legal regula áreas como la filiación y los derechos de las personas. Se examinaron las disposiciones pertinentes sobre identidad y datos civiles; Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles: Esta ley aborda cuestiones de identificación y gestión de datos. Se estudiaron sus contenidos y su impacto en el tema investigado; Código de la Niñez y Adolescencia: Este código se enfoca en los derechos y protección de los niños y adolescentes. Su análisis permitió considerar aspectos relevantes para el ejercicio de derechos en el contexto de la filiación. En resumen, el análisis normativo proporcionó una base para abordar la posesión notoria del estado del estado de hijo como prueba supletoria en Ecuador.

Resultados y Discusión

La posesión notoria del estado de hijo como prueba supletoria para el ejercicio de derechos y obligaciones en el Ecuador, toma trascendental importancia cuando, para el ejercicio de derechos, que promueva la tutela judicial efectiva, no exista otro medio para justificar la filiación.

La posesión notoria del estado de hijo es un concepto legal que se utiliza en Ecuador para determinar la filiación de una persona cuando no existe un vínculo biológico o legalmente reconocido por sus padres. Este concepto se basa en el principio de que la realidad social y efectiva prevalece sobre la formalidad legal y busca proteger los derechos y el bienestar de los niños.

La posesión notoria del estado de hijo se refiere a la situación en que una persona ha sido criada y reconocida como hijo por otra persona, a pesar de no tener vínculo biológico o legalmente reconocida. Esta situación puede surgir en casos de adopción de facto, crianza por parte de familiares u otras circunstancias en las que la relación de parentesco se ha establecido y mantenido a lo largo del tiempo.

En Ecuador, la ley, específicamente el Código Civil, protege la posesión notoria del estado de hijo y la considera como un medio de prueba para establecer la filiación. Según el Código

Civil, la posesión notoria del estado de hijo se da cuando los padres han tratado a una persona como su hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos. Además, el vecindario de su domicilio en general, debe haberle reputado y conocido como hijo de tales padres. Este reconocimiento y trato deben ser públicos, constantes, pacíficos y de buena fe.

La posesión notoria tiene importantes implicaciones legales. Cuando una persona ha sido criada y reconocida como hijo por otra persona durante el periodo de diez años continuos, se presume que existe un vínculo de filiación entre ellos. Esto significa que la persona que ha criado y reconocido al niño como hijo adquiere derechos y obligaciones con relación a dicha persona, y en el caso de que se trate de un niño, el derecho a la custodia, el derecho a alimentos, el derecho a heredar entre otros impotentes derechos y la obligación de brindarle apoyo económico.

Es importante destacar que la posesión notoria del estado de hijo no es un mecanismo para eludir los procedimientos legales para determinar la filiación. Siempre que sea posible, se debe buscar establecer un vínculo biológico o legalmente reconocido entre los padres y el niño. Sin embargo, la posesión notoria del estado de hijo brinda una protección legal en aquellos casos en que no sea posible establecer dicho vínculo, pero existe una relación de parentesco sólida y duradera.

En resumen, la posesión notoria del estado de hijo es un mecanismo legal vital en Ecuador que protege los derechos y el bienestar de las personas, especialmente de los niños.

Conclusión

En conclusión, la posesión notoria es un concepto importante en el Ecuador que busca proteger los derechos y el bienestar de las personas en especial de los niños. Esta figura legal reconoce y protege las relaciones de parentesco establecidos a través de la crianza y el reconocimiento público y constante de una persona como hijo. Si bien no reemplaza de establecer el vínculo biológico o legalmente reconocido, la posesión notoria del estado de hijo brinda una protección legal a aquellos casos en los que no es posible establecer dicho vínculo, pero existe una relación de parentesco sólida y duradera.

La posesión notoria es un concepto jurídico de gran relevancia en Ecuador, y su propósito principal es salvaguardar los derechos y el bienestar de las personas, especialmente de los niños. Este mecanismo legal reconoce y protege las relaciones de parentesco que se han establecido a través de la crianza y el reconocimiento público y constante de una persona como hijo.

La posesión notoria del estado de hijo no tiene como objetivo reemplazar la necesidad de establecer un vínculo biológico o legalmente reconocido. En cambio, proporciona una capa adicional de protección legal en situaciones donde no es posible establecer dicho vínculo, pero existe una relación de parentesco sólida y duradera.

Este concepto es particularmente importante en situaciones donde los lazos emocionales y de crianza son fuertes, pero los lazos biológicos o legales pueden ser difíciles de demostrar. En estos casos, la posesión notoria del estado de hijo puede proporcionar una forma de reconocimiento y protección legal para estas relaciones familiares.

Además, la posesión notoria del estado de hijo puede tener un impacto significativo en la vida de un niño, ya que puede influir en aspectos como la custodia, la manutención de los hijos y la

herencia. Por lo tanto, este concepto juega un papel crucial en la protección de los derechos de los niños y en la promoción de su bienestar.

Se diría que, la posesión notoria del estado de hijo es un mecanismo legal vital en Ecuador que reconoce y protege las relaciones de parentesco establecidas a través de la crianza y el reconocimiento público y constante de una persona como hijo. Aunque no reemplaza la necesidad de establecer un vínculo biológico o legalmente reconocido, proporciona una protección legal esencial en aquellos casos en los que no es posible establecer dicho vínculo, pero existe una relación de parentesco sólida y duradera. Su objetivo principal es proteger los derechos y el bienestar de las personas, especialmente de los niños.

Referencias bibliográficas

- Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. Cuaderno No. 5*. http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Monte Cristi. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2018). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015. Quito, Ecuador Recuperado de: <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/COGEP.pdf>
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Publicado en el Reglamento Oficial, Suplemento N° 684. Quito, Ecuador. Recuperado de https://www.registrocivil.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2016/03/LEY_ORGANICA_RC_2016.pdf
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2023). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro 51 Oficial 737 de 1 de junio de 2023. Recuperado de: [https:// Código de la Niñez y Adolescencia | Descargar PDF Código de la Niñez y Adolescencia | Actualizado 2023](https://Codigo.de.la.Ninez.y.Adolescencia|Descargar.PDF.Código.de.la.Ninez.y.Adolescencia|Actualizado.2023) (lexis.com.ec)
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2005). *Código Civil*. Publicado en el Reglamento Oficial, Suplemento N° 46. Quito, Ecuador. Recuperado de: <http://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20Civil.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2017). Sentencia N° 341-17-SEP-C. Recuperado de: http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/341-17-SEPCC/REL_SENTENCIA_341-17-SEP-CC.pdf
- Dirección General de Registro Civil Identificación. *Posesión notoria de apellidos*. Recuperado el 18 de noviembre de: <https://www.registrocivil.gob.ec/solicitud-deposesion-notoria-de-apellidos/>
- Naciones Unidas. (2006). *Los Principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos*. Recuperado de: coretreaties.org/pdf (ohchr.org)
- Tobar, V. (2016). *Posesión notoria de estado civil de hijo: tratamiento en el derecho chileno y comparado*. Universidad de Chile. Santiago, Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141256/Posesi%C3%B3nnotoria-de-estado-civil-de-hijo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pilco, P. (2019). El derecho a elegir el apellido y el derecho a la Identidad. Ecuador. Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstre>

SECCIÓN III

DERECHO PENAL

Capítulo 8

LITERATURA Y DERECHO PENAL. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO DESDE LA OBRA DE CRIMEN Y CASTIGO DE FIODOR DOSTOYEVSKI

Hugo Bayardo Santacruz C.

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

hbsantacruz@pucesi.edu.ec

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

mmhermoza@pucesi.edu.ec

Resumen

El texto subraya la importancia de integrar la literatura en la enseñanza del derecho, específicamente del derecho penal, más allá de la mera discusión de normativas jurídicas. Se argumenta que la literatura puede servir como una herramienta pedagógica efectiva para ilustrar las categorías dogmáticas de la teoría del delito en entornos académicos universitarios. Se destaca que muchas obras literarias ofrecen situaciones que pueden relacionarse con las conductas tipificadas como delitos en la legislación penal actual. Además, se postula que la relación entre la literatura y el derecho es recíproca, ya que las obras literarias pueden narrar hechos con implicaciones jurídicas, mientras que el derecho puede interpretarse como un ejercicio literario para normar hechos. Se resalta que las obras literarias pueden configurar escenarios con repercusiones legales y que la literatura y el derecho están intrínsecamente entrelazados en la sociedad contemporánea. Se plantea la intención de vincular la novela "Crimen y Castigo" de Fiódor Dostoievski con las categorías dogmáticas del derecho penal actual. Se propone un análisis del asesinato de las dos mujeres en la novela desde una perspectiva dogmática del derecho penal, dividiendo el trabajo en seis partes, que incluyen la descripción del hecho, las teorías dogmáticas de la conducta, la tipificación del delito, la antijuridicidad, la culpabilidad y las conclusiones. En conclusión, el texto enfatiza la utilidad de la literatura como recurso pedagógico para enseñar derecho penal, utilizando la obra de Dostoievski como un ejemplo para ilustrar las categorías fundamentales de la teoría del delito.

Palabras clave: Literatura, Derecho penal, Teoría del delito, Crimen y castigo, Dogmática jurídica.

Abstract

The text underscores the importance of integrating literature into legal education, specifically within criminal law, beyond mere discussion of legal norms. It argues that literature can serve as an effective pedagogical tool to illustrate the dogmatic categories of criminal theory in university academic settings. It emphasizes that many literary works offer situations that can be related to behaviors classified as crimes in current penal legislation. Moreover, it posits that the relationship between literature and law is reciprocal, as literary works can narrate events with

legal implications, while law can be interpreted as a literary exercise to regulate facts. It highlights that literary works can configure scenarios with legal ramifications and that literature and law are inherently intertwined in contemporary society. The intention to link Fyodor Dostoevsky's novel "Crime and Punishment" with contemporary legal dogmatic categories is presented. It proposes an analysis of the murder of the two women in the novel from a dogmatic perspective of criminal law, dividing the work into six parts, including the description of the fact, dogmatic theories of conduct, the classification of the crime, unlawfulness, culpability, and conclusions. In conclusion, the text emphasizes the usefulness of literature as a pedagogical resource for teaching criminal law, using Dostoevsky's work as an example to illustrate the fundamental categories of criminal theory.

Keywords: Literature, Criminal law, Theory of crime, Crime and Punishment, Legal dogmatics

Introducción

La enseñanza del Derecho, en general, y del Derecho penal, en particular, es mucho más que sus normas. En las aulas universitarias, si bien es cierto que es necesario analizar las normas jurídicas, no es menos cierto que para lograr llegar a los estudiantes, es necesario utilizar herramientas educativas que faciliten su comprensión. Uno de estos instrumentos es la vinculación de la literatura con las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Son numerosas las obras literarias que, de una forma u otra, permiten al docente ilustrar las categorías dogmáticas, con los acontecimientos que se describen en las obras. Establecer la subsunción de un acontecimiento literario, dentro de una conducta fijada en la legislación penal actual, y luego discutir si es una conducta típica, antijurídica y culpable, permite darle un nuevo enfoque a la obra literaria y, por qué no, al derecho penal, pues como muchos sostienen que: el derecho debe ser leído como si se estuviera leyendo literatura. En definitiva, el dirigir la mirada hacia la literatura, puede contribuir a la comprensión de las expresiones jurídicas que los estudiosos de la dogmática penal emplean para desentrañar los elementos que deben concurrir para que una conducta pueda considerarse como delito.

En los tiempos que corren la conexión existente entre la literatura y el derecho resulta evidente. No es ajeno apreciar que las obras literarias narran una serie de acontecimientos que encierran al lector en una trama que toma giros inesperados y rompe la monotonía del mundo real. Sin embargo, los fenómenos de la naturaleza o las formas de comportamiento humano que son narrados en las obras literarias, vistos desde un enfoque jurídico, pueden configurarse como hechos jurídicos que a la luz del derecho contemporáneo pueden serle atribuible determinadas consecuencias jurídicas. Por ello, no es de extrañar que se considere que la relación de la literatura con el derecho sea mutua, en el sentido de que la literatura puede narrar hechos jurídicos mientras que el derecho no es más que un ejercicio literario que trata de subsumir en la norma hechos que tienen una incidencia jurídica.

Y es que las obras literarias, sin pretenderlo en algunas ocasiones, consiguen configurar escenarios que pueden ser llevados a la esfera del Derecho. Pues como bien lo manifestaba Carlos Santiago Nino, el derecho es como el aire, se encuentra en todos lados y por ello resulta claro que los escenarios en los que se desarrollan los diversos géneros literarios tendrán una mayor o menor conexión con la esfera del Derecho.

En las líneas que siguen la reflexión entre Derecho y literatura estará enfocada en relatar los distintos acontecimientos que se presentan en la obra de *Crimen y Castigo* de Fiódor Dostoievski

y relacionarlo de forma muy general con las categorías dogmáticas del Derecho Penal contemporáneo. Resaltándose el hecho de que esta actividad es posible debido a que la teoría del delito permite plantear las características comunes que debe tener cualquier conducta para ser considerada como delito, y aunque el delito es una construcción social, convendremos es decir que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable (Muñoz y García, 2010).

Para realizar esta labor, este trabajo se ha dividido en seis partes que van de la siguiente manera. En primer lugar, se procedió a singularizar el hecho que va a ser analizado dogmáticamente y que para el presente caso es exclusivamente el asesinato de las dos mujeres. Para ello se creyó oportuno hacer en breve relato de los acontecimientos que van de alguna manera marcando las fases de *iter criminis*. En segundo lugar, se plantea las teorías dogmáticas de la conducta y de las exclusiones de la misma ya que en la novela en algunos pasajes se deja entrever que existe una fuerza que lleva a Raskolniko a cometer el crimen y por lo tanto es adecuado establecer si hay o no conducta penalmente relevante o si puede considerarse que existe una ausencia de conducta. En tercer lugar, se definirá la conducta típica realizada por Raskolniko subsumiéndola dentro de los tipos penales que contempla el Código Orgánico Integral Penal (COIP) ya que es imposible concebir al delito al margen del Derecho penal positivo. Aquí se distinguirá los elementos subjetivos y objetivos del tipo. En cuarto lugar, se considera la antijuridicidad de la conducta realizada, entendiéndose esta como una contradicción con el ordenamiento jurídico. En quinto lugar, se plantea la culpabilidad de la conducta realizada y estableciendo los casos en los cuales la legislación establece que se excluye la culpabilidad como juicio de reproche al autor del hecho típicamente antijurídico. Y por último se hacen algunas conclusiones que intentan vincular la importancia de relacionar la literatura con el derecho penal en particular para la enseñanza universitaria de la teoría del delito.

Métodos

La metodología empleada en la elaboración del artículo se enmarca principalmente en una investigación de tipo descriptiva, con elementos de análisis de casos y aplicación teórica. Esta investigación se llevó a cabo en varias etapas. En primer lugar, se realizó una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre la integración de la literatura en la enseñanza del derecho penal y sobre la relación entre obras literarias y conceptos jurídicos, con un enfoque particular en la teoría del delito. Esta revisión bibliográfica se llevó a cabo con el fin de comprender el estado actual del conocimiento en este campo y de identificar las tendencias y enfoques más relevantes.

Una vez completada la revisión de la literatura, se procedió a la selección de la novela "Crimen y Castigo" de Fiódor Dostoievski como objeto de estudio. Esta elección se basó en su importancia literaria y en la riqueza de sus temas relacionados con el derecho penal, lo que la convierte en un caso de estudio relevante para explorar la relación entre la literatura y el derecho. A continuación, se llevó a cabo un análisis detallado de la novela, centrándose en identificar los eventos relevantes, las conductas de los personajes principales y las situaciones que podrían relacionarse con las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Este análisis se basó en un enfoque cualitativo, que permitió una comprensión profunda de la obra y de sus implicaciones jurídicas.

Con base en este análisis cualitativo, se identificaron las categorías dogmáticas del derecho penal que serían aplicables al estudio de la novela, tales como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta etapa del proceso de investigación implicó una aplicación

teórica de los conceptos jurídicos a los eventos narrados en la novela, con el fin de analizar si las acciones de los personajes podrían considerarse como delitos según el marco legal contemporáneo.

El artículo mantiene una estructura lógica que incluye la introducción del tema, el contexto teórico sobre la relación entre literatura y derecho, la presentación del análisis de “Crimen y Castigo” y las conclusiones derivadas del estudio.

Resultados y Discusión

En la presente sección se exponen los resultados del análisis llevado a cabo sobre la novela “Crimen y Castigo” de Fiódor Dostoyevski en relación con las categorías dogmáticas del derecho penal contemporáneo. Se ha examinado detalladamente la trama narrativa, identificando los eventos relevantes y las conductas de los personajes principales en el contexto de la teoría del delito. A través de este análisis, se ha buscado comprender cómo los elementos literarios se entrelazan con los conceptos jurídicos fundamentales, como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, para examinar si las acciones de los personajes podrían constituir delitos según el marco legal actual. Los hallazgos obtenidos permiten una reflexión profunda sobre la complejidad de la obra y su relevancia para la comprensión y enseñanza del derecho penal, así como para el debate sobre la naturaleza del delito y la justicia en la sociedad contemporánea.

Es necesario señalar que el escritor ruso Fiódor Dostoyevski, como ya venía haciendo con gran magistralidad en su producción literaria⁸, publica en el año de 1866 la novela titulada: *Crimen y Castigo*, en la cual deslumbra por la narración de los hechos que se suceden en San Petersburgo dentro de lugares que no fueron del todo imaginados.

A principios de julio, en una época extraordinariamente calurosa, al anochecer un joven salió de su cuartucho (...) en la travesía ‘S-i’ a la calle y lentamente, como si dudara, se dirigió al puente ‘K-n’... (Dostoyevski, 2007, p. 5)

Efectivamente, la novela se desenvuelve en distintos lugares de San Petersburgo, pero curiosamente no fue hasta su muerte que se logró descifrar cuáles fueron los lugares donde Dostoyevski desarrolló su obra. De hecho, no fue nada más ni nada menos que su propia esposa, Anna Grigórievna, quien lograría identificar aquellos lugares signados con apenas dos letras⁹ por los cuales pasaría uno de los personajes más polémicos de la novela: Rodia Raskolnikov.

El Iter Criminis o Camino del Delito

La comisión de un delito no es un evento que surge de manera repentina y espontánea, sino que implica un proceso gradual y planificado que se extiende desde la concepción inicial del acto criminal hasta su ejecución y consumación. Este proceso, conocido como *iter criminis*, abarca diversas etapas que el individuo atraviesa en su camino hacia la perpetración del delito (Gómez, Martínez y Núñez, 2010, p. 317).

⁸ Las novelas previas a la publicación de *Crimen y castigo* fueron: *Pobres gentes* (1846); *El doble* (1846); *La patrona* (1847); *Niétotchka Nezvánova* (1849); *El sueño del tío* (1859); *Stepánchikovo y sus habitantes* (1859); *Humillados y ofendidos* (1861); *Recuerdos de la casa de los muertos* (1861-1862); *Memorias del subsuelo* (1864).

⁹ La a travesía ‘S-i’ se convirtió en Stoliarny, el puente ‘K-n’ en Kokushkin.

Inicialmente, el sujeto contempla la posibilidad de cometer un crimen, ya sea debido a motivaciones personales, presiones externas o situaciones específicas. Este momento de ideación marca el inicio del *iter criminis*, donde el individuo comienza a planificar y elaborar los detalles de su acción delictiva.

A medida que avanza el proceso, el individuo lleva a cabo una serie de acciones preparatorias para facilitar la ejecución del delito. Estas acciones pueden incluir la adquisición de herramientas o armas, el estudio del entorno o la identificación de posibles obstáculos y riesgos.

Una vez que el sujeto ha completado la fase de preparación, procede a la ejecución del delito, poniendo en práctica el plan previamente elaborado. Esta etapa puede implicar enfrentarse a situaciones imprevistas, tomar decisiones rápidas y adaptarse a cambios en el entorno.

Finalmente, el delito se consuma cuando el individuo logra llevar a cabo su acción criminal de manera exitosa. Sin embargo, el *iter criminis* no concluye aquí, ya que pueden surgir consecuencias adicionales, como la huida del lugar del crimen, la ocultación de pruebas o la evasión de la justicia, como de hecho ocurre en la novela.

El *iter criminis* del protagonista, Rodia (o Raskólnikov), se desarrolla en varias etapas significativas que culminan en el cometimiento del crimen y sus consecuencias. Inicialmente, se observa una serie de acontecimientos que desencadenan en la gestación del plan criminal.

La fase interna se aprecia cuando la situación económica precaria de Rodia, combinada con una percepción de injusticia social, lo lleva a contemplar la idea de cometer un crimen contra la usurera Alena Ivanovna. El protagonista, se ve inmerso en una intensa lucha interna, caracterizada por una compleja interacción de pensamientos, emociones y motivaciones que guían las acciones de Raskólnikov.

En primer lugar, se observa un conflicto moral dentro de la mente del protagonista. Raskólnikov se debate entre su creencia en su propia superioridad intelectual y moral, que lo lleva a considerarse por encima de las leyes y normas sociales, y su conciencia, que le advierte sobre las consecuencias éticas y legales de sus acciones. Esta dualidad interna genera una tensión constante en Raskólnikov, quien se ve impulsado a justificar su comportamiento ante sí mismo y a encontrar una justificación racional para sus actos.

Además, la fase interna del delito está marcada por una profunda introspección por parte de Raskólnikov. El protagonista experimenta una amplia gama de emociones, que van desde la angustia y la culpa hasta la euforia y el poder. Estas emociones contradictorias lo llevan a experimentar momentos de lucidez y claridad, que le permiten reflexionar y planificar el crimen en detalle. Considera aspectos logísticos como la hora y el lugar del crimen, así como posibles obstáculos que pueda enfrentar durante su ejecución.

Posteriormente, tras obtener información crucial sobre la ausencia de testigos en la casa de la víctima, comienza la fase externa del delito, la cual inicia con los actos preparatorios. Es aquí donde el protagonista, Rodion Raskólnikov, lleva a cabo una serie de actos antes de cometer el crimen que marca un punto crucial en la trama. Estos actos son esenciales para la ejecución exitosa de su plan y reflejan su determinación y planificación cuidadosa. Es así que antes de llevar a cabo el crimen, Raskólnikov adquiere un arma: un hacha, que será utilizada para cometer el asesinato. Esta acción demuestra su premeditación y su disposición para llevar a cabo su plan con determinación. Además de obtener el arma necesaria, Raskólnikov también

estudia cuidadosamente el entorno de su víctima, Alena Ivanovna. Observa su rutina diaria y busca oportunidades para llevar a cabo el crimen sin ser detectado, lo que subraya su planificación minuciosa.

Como parte de su estrategia, Raskólnikov prepara un elemento distractor para desviar la atención de la víctima y facilitar la ejecución del crimen. Envuelve un trozo de madera pulida y una planchita de hierro en un papel blanco para hacerlos pasar como una prenda valiosa que pretende empeñar. Además, antes de llevar a cabo el crimen, Raskólnikov ensombrece su rostro con hollín para evitar ser reconocido por la víctima o cualquier testigo potencial.

Estos actos preparatorios muestran la meticulosidad y la determinación de Raskólnikov en la planificación y ejecución de su crimen. Revelan su disposición para llevar a cabo acciones extremas para lograr sus objetivos y añaden una capa de complejidad a su personaje y al desarrollo de la trama en la obra.

Posterior a su planificación, se desarrollan los actos ejecutivos, donde Raskólnikov enfrenta un dilema moral antes de cometer el acto, pero finalmente lleva a cabo el asesinato de Alena Ivanovna y, posteriormente, de su hermana, Lisbeth Ivanovna, cuando esta última lo descubre. La huida del lugar del crimen y los intentos fallidos de confesar el delito completan el *iter criminis*, destacando la agitación emocional y la culpa que experimenta el protagonista. Estas etapas ilustran el proceso gradual y complejo que lleva a la perpetración de un delito, así como las repercusiones psicológicas y sociales que conlleva.

Rodia, cómo le gusta que lo llamen, es un estudiante universitario con muchos problemas económicos que, por alguna razón, que ni el mismo llega a comprender, contempla la posibilidad de cometer un crimen. Un día salió de su habitación con dirección a la casa de la usurera Alena Ivanovna, con el afán de empeñar un reloj que era recuerdo de su padre. Llegado ahí Alena lo increpa por no haber pagado un anterior préstamo otorgado por un anillo, a lo que Rodia le hace promesas de que le va a pagar todo lo adeudado. No obstante, la verdadera intención que guiaba a Rodia ese día era el ultimar detalles de su plan, mismo que había surgido días antes al escuchar a un estudiante y su amigo hablar sobre la posibilidad de que alguien matase a la usurera ya que esta era mezquina y perversa.

Un día antes de cometer el crimen Rodia en la plaza del Mercado Central escucha una conversación entre de Lisbeth Ivanovna, media hermana de Alena, que le será de mucha ayuda para su plan:

Se había enterado, de súbito y del modo más inesperado, de que, al día siguiente, exactamente a las siete, Lisbeth, la hermana de la vieja, la única persona que la acompañaba, habría salido y, por lo tanto, que a las siete del día siguiente la vieja ¡estaría sola en la casa! (Dostoyevski, 2007, p.63)

Al siguiente día Raskólnikov que era un hombre dominado por las supersticiones, se despierta súbitamente por las campanas de un reloj que anunciaban las seis de la mañana. La idea que le invade es la de no haber preparado los detalles de macabro plan, pero inmediatamente se pone manos a la obra y comienza a preparar un artificio para llevar el arma homicida:

Ante todo, había que preparar un nudo corredizo y coserlo en el forro del gabán. Trabajo de un minuto. (...) Aquel nudo corredizo, destinado a sostener el hacha, constituía un ingenioso detalle de su plan. No era cosa de ir por la calle con un hacha en la mano. Por otra parte, si se hubiese limitado a esconder el hacha debajo del gabán, sosteniéndola por fuera, se habría visto obligado a mantener continuamente la mano en el mismo sitio, lo cual habría llamado la

atención. El nudo corredizo le permitía llevar colgada el hacha y recorrer así todo el camino, sin riesgo alguno de que se le cayera. Además, llevando la mano en el bolsillo del gabán, podría sujetar por un extremo el mango del hacha e impedir su balanceo. Dada la amplitud de la prenda, que era un verdadero saco, no había peligro de que desde el exterior se viera lo que estaba haciendo aquella mano (Dostoyevski, 2007, p.70).

Seguidamente Raskólnikov prepara un elemento distractor que le permitiese engañara a la usurera. Así, pues, envolvió en un papel blanco un trozo de madera pulida y una planchita de hierro del tamaño de una pitillera lo más elegante que pudo.

La planchita de hierro no tenía más misión que aumentar el peso del envoltorio, de modo que la usurera no pudiera sospechar, aunque sólo fuera por unos momentos, que la supuesta prenda de empeño era un simple trozo de madera (Dostoyevski, 2007, p.71).

Destinado a cumplir con su plan bajo las escaleras con la intención de tomar un hacha de la cocina de su patrona, imaginando que ni ella ni la sirvienta estarías ahí pero su plan se desvanece al percatarse que la sirvienta Nastasia se encontraba en la cocina. Por un momento plantea desistir de su plan, pero al parecer las cosas cambian cuando sale del edificio.

Al llegar a la entrada se detuvo indeciso. La idea de irse a pasear sin rumbo no le seducía; la de volver a su habitación, todavía menos.

¡Haber perdido una ocasión tan magnífica!, murmuró, todavía inmóvil y vacilante, ante la oscura garita del portero, cuya puerta estaba abierta. De pronto se estremeció. En el interior de la garita, a dos pasos de él, debajo de un banco que había a la izquierda, brillaba un objeto... Raskólnikov miró en torno de él. Nadie. Se acercó a la puerta andando de puntillas, bajó los dos escalones que había en el umbral y llamó al portero con voz apagada (Dostoyevski, 2007, p.73).

El objeto brillante era un hacha, la cual toma con firme decisión y “la colgó inmediatamente en el nudo corredizo, introdujo las manos en los bolsillos del gabán y salió de la garita” (p. 74). Tranquilo y sin apresurarse se dirigió hacia la casa de la usurera, cuando el reloj ya marcaba la siete y diez minutos. Al contrario de lo que él había pensado durante su camino no sentía miedo alguno, es más se preguntaba por cambios que deberían hacerse en la plaza en beneficio de los habitantes. La disipación se cortaba con relámpagos de lucidez lo que llevo a pensar que la mente divaga en cosas banales para sobreponerse al miedo señalando que: “Así les ocurre, sin duda, a los condenados a muerte: cuando los llevan al lugar de la ejecución, se aferran mentalmente a todo lo que ven en su camino” (Dostoyevski, 2007, p. 75).

Llegado a la casa de la víctima Raskólnikov tuvo otro momento de suerte ya que un camión de heno le permitió ocultarse y entrar sin ser visto. Subió las gradas con gran sigilo, sus sentidos se agudizaron y vio que en el segundo piso había un departamento deshabitado que tenía las puertas completamente abiertas y en el estaban dos pintores que no se dieron cuenta de la presencia de Raskólnikov.

Llegó al cuarto piso donde habitaba la usurera, vacilo unos momentos, intentado escuchar si alguien se encontraba a su rededor. Se encontraba agitado, pero no se detuvo y llamo a la puerta por tres ocasiones intentando en cada una de ellas no dejar ver su impaciencia. Al último intento la usurera entreabrió la puerta llena de desconfianza.

Temiendo que la vieja, atemorizada ante la idea de verse a solas con un hombre cuyo aspecto no tenía nada de tranquilizador, intentara cerrar la puerta, Raskólnikov lo impidió mediante un

fuerte tirón. La usurera quedó paralizada, pero no soltó el pestillo, aunque poco faltó para que cayera de bruces. Después, viendo que la vieja permanecía obstinadamente en el umbral, para no dejarle el paso libre, él se fue derecho a ella. Alena Ivanovna, aterrada, dio un salto atrás e intentó decir algo. Pero no pudo pronunciar una sola palabra y se quedó mirando al joven con los ojos muy abiertos (Dostoyevski, 2007, p.77).

Dentro de la sala de la usurera Raskólnikov le anuncia que le trae a empeñar una pitillera de plata. Alena luego de vacilar un momento cree las palabras del hombre que se encuentra muy nervioso frente a ella y procede a desatar el envoltorio donde se encuentra la supuesta pitillera. La dureza de los nudos hace que la usurera se desentienda del inesperado invitado y le dé la espalda. Ocasión que es aprovechada por Raskólnikov para sacar el hacha de su gabán y asestarle tres hachazos en la parte anterior de la cabeza.

Ya en el suelo y sin vida el asesino, completamente lucido y sin ningún tipo de aturdimiento ni vértigo, se apodera de un bolsito de dinero que le colgaba del cuello a la usurera, así como de las llaves que le permitirán abrir y tomar de un cofre, que estaba en el cuarto contiguo a la sala, las cosas que ella había acumulado de los préstamos que hacía. Cuando todo parecía ir conforme a lo planeado se escucha un grito de Lisbeth Ivanovna, al ver a su hermana cruelmente ejecutada. Raskólnikov ante este inesperado suceso que dio por sentado que no ocurriría, toma el hacha y se dirigió a la habitación vecina y arremetió contra la hermana de la usurera.

Era tan cándida la pobre Lisbeth y estaba tan aturdida por el pánico, que ni siquiera hizo el movimiento instintivo de levantar las manos para proteger su cabeza: se limitó a dirigir el brazo izquierdo hacia el asesino, como si quisiera apartarlo. El hacha cayó de pleno sobre el cráneo, hendió la parte superior del hueso frontal y casi llegó al occipucio. Lisbeth se desplomó. Raskólnikov perdió por completo la cabeza, se apoderó del envoltorio, después lo dejó caer y corrió al vestíbulo. (Dostoyevski, 2007, p. 81)

Consumado los actos y todavía con el horror en el cuerpo, el victimario procede a limpiar el hacha y colgársela nuevamente debajo de su gabán. Limpio sus botas y sus ropas para no levantar sospecha y huir de aquel lugar, pero al salir se da cuenta que la puerta había estado entreabierta e instintivamente pone el cerrojo. Sabe que tiene que huir, pero escucha las voces de dos hombres que van subiendo por la escalera y se dirigen hacia donde la usurera. Ellos proceden a tocar con insistencia las campanillas, más ante la falta de respuesta deciden bajar donde el portero a preguntar por la usurera.

Sin embargo, cuando Raskólnikov intenta huir casi tropieza con los dos hombres que suben acompañados por el portero. Es así que recordando que el segundo piso se encontraba vacío se esconde en dicho lugar unos instantes, cayéndosele unos pendientes que serían encontrados por uno de los pintores y que posteriormente llevarían al pintor a ser sospecho del crimen.

Consumado el crimen decide deshacerse de lo robado y ocultarlo en donde no sea posible encontrarlo para así evadir a la justicia. Los sucesos que con posterioridad se desencadenan son la detención del pintor Nikolai como autor del asesinato por las pruebas circunstanciales que se encuentran y el peso de los actos en la conciencia del protagonista que en reiteradas oportunidades intenta, sin éxito, confesar el hecho hasta que por consejo de Sonia por fin lo consigue.

Ve inmediatamente a la próxima esquina, arrodíllate y besa la tierra que has mancillado. Después inclínate a derecha e izquierda, ante cada persona que pase, y di en voz alta: «¡He matado!» Entonces Dios te devolverá la vida. (Dostoyevski, 2007, p. 424)

La Conducta Penalmente Relevante

Una vez que se ha relatado el contexto de la obra es necesario que se aprecie si existe conducta penalmente relevante. En este sentido hay que señalar que la conducta humana es el núcleo esencial de la reacción jurídico-penal, por ello es que algunos tratadistas señalan que la conducta es sustantivo al que se le adhieren tres adjetivos (típica, antijurídica y culpable) que en definitiva la convierten en delito (Zaffaroni 2009).

El planteamiento de que el Derecho penal es de acto y no de autor nos lleva a plantear en la novela cuando se comienzan a dar actos que tienen una implicancia penal. En efecto en la novela se puede apreciar que Raskólnikov lleva días planeando la ejecución de su perverso plan, llegando incluso a dirigirse donde la usurera para saber dónde tenía los objetos de valor.

Al quedar a solas, el joven empezó a reflexionar, mientras aguzaba el oído. Hacía deducciones. Oyó abrir la cómoda. «Sin duda, el cajón de arriba —dedujo— Lleva las llaves en el bolsillo derecho. Un manojo de llaves en un anillo de acero. Hay una mayor que las otras y que tiene el paletón dentado. Seguramente no es de la cómoda. Por lo tanto, hay una caja, tal vez una caja de caudales. Las llaves de las cajas de caudales suelen tener esa forma... ¡Ah, qué inno-ble es todo esto!». (Dostoyevski, 2007, p. 10)

Para Muñoz Conde y García Arán, la deducción de que el Derecho penal es de acto hace “nunca pueden constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos” (2010, p. 213). Criterio que es coincidente con el de Diego Luzón Peña, para quien las actividades del sistema anímico humano no constituyen acciones y por tanto no puede existir delito, criterio que se reafirma con el aforismo derivado del “Derecho Romano (Ulpiano): *cogitationes poenam nemo patitur*: por el pensamiento nadie sufre (o padece) una pena”. (2012, p. 141)

Con lo expresado cabe establecerse que la planeación interna que realizó Raskólnikov previa al cometimiento del crimen no era una conducta con relevancia penal, en el sentido de que esta si bien está completamente desvalorada, no se exteriorizó en actos que comprometieran ningún bien jurídico.

Por otro lado, se puede argumentar que la conducta que efectúa Raskólnikov puede ser excluida como penalmente relevante por cuanto sus pensamientos lo hacían actuar de manera irresistible.

Los imprevistos y decisivos acontecimientos del día anterior lo gobernaban de un modo poco menos que automático. Era como si alguien le llevara de la mano y le arrastrara con una fuerza irresistible, ciega, sobrehumana; como si un pico de sus ropas hubiera quedado prendido en un engranaje y él sintiera que su propio cuerpo iba a ser atrapado por las ruedas dentadas. (Dostoyevski, 2007, p. 72)

De acuerdo con Zaffaroni et al. la fuerza física irresistible puede ser externa o interna. Respecto de la fuerza física interna mencionan que esta abarca supuestos en los que no se contempla aspectos que tienen que ver con la disposición interna sino más bien con aspectos fisiológicos que no son controlados por la voluntad ya que a su entender:

Este supuesto de *fuerza física interna* abarca los casos de parálisis histéricas, actos reflejos incontinentes, movimientos fisiológicos que no controla la corteza, etc. (el que omite prestar el socorro debido porque se quedó paralizado por el *shock*, el que causa una lesión con los movimientos realizados durante la crisis epiléptica de gran mal, etc.). (2005, 322)

Dicho esto, la respuesta a dicho cuestionamiento sería negativa en virtud que la conducta que realiza el Raskólnikov es claramente una conducta que no está excluida. La dogmática jurídico-penal ha señalado con gran precisión las causas y supuestos de ausencia de acción. De forma general se puede decir son la fuerza física irresistible, movimientos reflejos y los estados de inconciencia son las causas que excluyen la conducta. En el caso en cuestión la fuerza no es irresistible ya que esta no proviene del exterior. Se menciona que la fuerza debe provenir de un tercero y operar materialmente sobre el agente haciendo que este pierda cualquier posibilidad de resistirla. Con lo cual los impulsos internos no tienen esta consideración por muy irresistibles que sean, sin embargo, pueden tener efecto o consideración en otras eximentes, como bien lo señalan Muñoz y García al decir que:

Los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales, desesperación, etc.) no pueden dar lugar a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no impide que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes (como la de trastorno mental transitorio) que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. (2010, p. 220)

La Tipicidad

Es necesario iniciar mencionando que la conducta efectuada por los personajes que en una conversación se plantean el deseo de que alguien matase a la avara usurpadora no se configuraría dentro del tipo de instigación¹⁰. El motivo es que no hay una incitación directa a cometer dicho crimen sino es la expresión de deseos negativos por lo tanto se entiende que no se está provocando o induciendo a alguien a que haga una determinada cosa, es más ni se percatan que el contenido de la conversación está siendo escuchada por Raskólnikov.

Por otro lado, y yendo a la esencia de la conducta desvalora de Raskólnikov, es necesario definir bajo qué tipo penal se subsumiría el hecho perpetrado. En primer lugar, respecto de la muerte de Alena Ivanovna cabe decirse que en la legislación ecuatoriana se contempla en el art. 189 del delito de robo agravado dado que el homicidio se presenta como medio para consumar el robo. Por otro lado, cabe la posibilidad de que la acción se configure como un concurso real de delitos, esto si se considera que por un lado el sujeto quería matarla (art. 140.7 del COIP) pero además quería robarle por otro (art. 189 del COIP). En segundo lugar, respecto de la muerte de Lisbeth Ivanovna cabe decirse que no es un homicidio simple en virtud de que la conducta se subsume en el tipo penal de asesinato dado que concurren dos circunstancias que a la luz del COIP serían; por un lado el hecho colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación (140.2 COIP) pero además para facilitar, consumar u ocultar otra infracción (140.7 COIP).

Se debe destacar que en los dos casos existe la alevosía, ya que Raskólnikov actuó sobre seguro de actuar ya que suprimió cualquier defensa que pudiese provenir de sus víctimas. En este sentido Edgardo Dona refiriéndose a la alevosía menciona que:

Es el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor de acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el ofendido. En otros términos, es un modo traicionero de matar. (1999, pp. 40-41)

¹⁰ El COIP en señala Art. 363.- Instigación.- La persona que públicamente instigue a cometer un delito contra una persona o institución y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

En definitiva, podría decirse que la conducta que desplegó Raskólnikov sobre las hermanas Ivanovna se subsumen sobre tipos penales distintos el uno sobre un robo agravado y el otro un asesinato, cuyos móviles son distintos. Por lo tanto, al ser dos delitos autónomos e independientes se puede considerar que en el presente caso existiría un concurso real de infracciones, que a la luz de la legislación penal ecuatoriana estaría a lo que dispone en el art. 20 que en lo sustancial señala que las penas se acumularán hasta el máximo del doble de la pena más grave, pero sin exceder los cuarenta años.

La Antijuridicidad

Al ser la teoría del delito un análisis estratificado del delito es preciso señalar que afirmada la tipicidad le sigue la siguiente categoría que es la antijuridicidad.

La doctrina señala que la antijuridicidad no es más que “la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito” (Muñoz y García, 2010, p. 299)

No obstante, como bien señala Zaffaroni las normas también posibilita a las personas la posibilidad de defenderse cuando las normas prohibitivas son contradictorias con ellas mismas. Por ellos es que el auto argentino refiriéndose a las causas de justificación señala que:

El mundo de las normas también garantiza derechos que pueden ejercerse cuando las circunstancias concretas del supuesto fáctico indican que atender sólo a las normas prohibitivas resulta contradictorio con ellas mismas. De allí que el orden jurídico no pueda concebirse sólo como un orden normativo (integrado únicamente por normas prohibitivas), sino que requiere también preceptos permisivos para resolver los casos en que la violación de la norma prohibitiva es una forma de ejercicio de un derecho. (2009, 188)

Respecto de las causas de justificación hay un criterio dominante que considera que los preceptos permisivos serían fundamentalmente la legítima defensa y el estado de necesidad, aunque se considera también el actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, así como también el consentimiento. (Muñoz y Arán, 2010)

No obstante, sobre las causas que eliminan la antijuridicidad también pueden existir errores que tienen que ver con los presupuestos objetivos de las causas de justificación, con los límites y sobre la propia existencia de una causa de justificación, así como también con el tratamiento de la ausencia del presupuesto subjetivo de la causa de justificación. (Muñoz y Arán, 2010)

En la novela existe un fragmento en el cual se intenta de alguna manera justificar el asesinato de la usurera apelando a criterios que no tienen ningún asidero legal sino solamente subjetivo carente de cualquier consideración

Si uno la matase y se apoderara de su dinero para destinarlo al bien de la humanidad, ¿no crees que el crimen, el pequeño crimen, quedaría ampliamente compensado por los millares de buenas acciones del criminal? (Dostoyevski, 2007, p.67)

Y aunque Raskólnikov consideraba que su “plan no era un crimen” (Dostoyevski, 2007, p.72) la verdad es que su conducta no se encuentra justificada en lo más mínimo ya que por ninguna razón por más beneficiosa que esta sea para la humanidad se puede quitar la vida a otra persona.

La Culpabilidad

La culpa o culpabilidad ha sido permanentemente utilizada como un recurso pedagógico que intenta internalizar en el hombre una escala de valores que le faciliten vivir armoniosamente con sus semejantes, absteniéndose de realizar conductas desaprobadas que afectan los valores que soportan la convivencia en comunidad.

En este sentido Oscar Sarrulle sostiene que el hombre para no sentir ese sentimiento de culpabilidad, apacigua sus impulsos agresivos y se somete a un orden normativo determinado, que lo va conformando desde la niñez (2001, 16) en el proceso de socialización. Por ello no es de extrañar que en los distintos ámbitos en los cuales se desarrolla la vida, las personas empleen frecuentemente expresiones tales como: «es culpable», «tiene la culpa», «echar la culpa», «sentirse culpable»; aunque quienes las profieren no tengan una idea clara «acerca de la especie de su reproche» (Bauman, 1973, 206).

De cualquier manera, todas estas expresiones que son usadas en el lenguaje coloquial con distinta terminología, reflejan un sentido semejante al que se da al concepto de culpabilidad en el Derecho penal (Muñoz y García, 2010) con la particularidad de que ahí los significados que adquiere la culpabilidad buscan impedir o limitar la imposición de la principal consecuencia jurídico penal que tiene el Estado ante la comisión de un delito.

Resulta preciso señalar que a partir de la teoría de la acción finalista propuesta por Hans Welzel se pasa a una concepción plenamente normativa de la culpabilidad. En la cual considerando los decisivos aportes de Dohna —que aludían a una separación entre valoración (reprochabilidad) y objeto de la valoración (dolo)—, Welzel plantea que al «contar el dolo entre la acción y el tipo del injusto, retiene para la culpa exclusivamente el elemento normativo. La culpa no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta» (1951, 33).

De esta manera la reprochabilidad para la teoría finalista de la acción, dice Bacigalupo, «presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir si podía obrar de otra manera» (1997, 305). Se abandonó de esta manera la estructura del positivismo del siglo XIX y la neokantiana de la primera mitad del siglo XX que ubicaban al dolo en la culpabilidad y a partir de las premisas de la teoría final de la acción, que marca un punto de inflexión en el desarrollo de la ciencia penal alemana de la posguerra (Roxin, 2000), se comienza a desarrollar la comprensión normativa de la culpabilidad que actualmente se tiene. Y donde precisamente la doctrina ubica: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto; la capacidad o posibilidad de conocimiento de lo injusto; y la exigibilidad de otra conducta, como elementos que la estructuran.

Y en relación a la novela hay que decir que se plantea la posibilidad de que en una valoración se considere que quien actúa en un crimen actúa con una conciencia perturbada ya que se afirma que:

En el momento de cometer el crimen, el culpable estaba afectado de una pérdida de voluntad y raciocinio, a los que sustituía una especie de inconsciencia infantil, verdaderamente monstruosa, precisamente en el momento en que la prudencia y la cordura le eran más necesarias. Atribuía este eclipse del juicio y esta pérdida de la voluntad a una enfermedad que se desarrollaba lentamente, alcanzaba su máxima intensidad poco antes de la perpetración del crimen, se mantenía en un estado estacionario durante su ejecución y hasta algún tiempo después —el plazo dependía del individuo— y terminaba al fin, como terminan todas las enfermedades (Dostoyevski, 2007, p.72)

No obstante, se debe apuntar que la legislación ya contempla las causas de inculpabilidad, las cuales se reducen a casos de trastorno mental. Cosa que en la novela no se presenta en Raskólnikov y más bien se vislumbra en él un personaje culto que permanentemente pasa acosado por las deudas y que a pesar de ser narcisista tiene destellos de luz que le hacen actuar desinteresadamente, como fue el caso cuando dejó dinero en la ventana de la casa de Marmeladov.

Antes de salir, Raskólnikov había tenido tiempo de llevarse la mano al bolsillo, coger las monedas que le quedaban del rublo que había cambiado en la taberna y dejarlo, sin que le viesen, en el alféizar de la ventana. Después, cuando estuvo en la escalera, se arrepintió de su generosidad y estuvo a punto de volver a subir. (Dostoyevski, 2007, p. 28)

O cuando intentó ayudar a la mujer que se encontraba embriagada:

—Oiga, guardia —dijo Raskólnikov, buscando en sus bolsillos, de donde extrajo veinte kopeks —Aquí tiene dinero. Tome un coche y llévela a su casa. ¡Si pudiéramos averiguar su dirección...! (Dostoyevski, 2007, p. 48)

En definitiva, Raskólnikov busca el arrepentimiento y se sometió a las decisiones de la justicia. Y aunque la pena se la impuso por los crímenes cometidos, el verdadero castigo había comenzado desde la ideación de su macabro plan. Su mente se reveló contra la irracional que puede ser la conducta humana y el sentimiento de culpa se encargó de destrozarse la vida de un hombre que en el fondo era bueno.

Conclusiones

Luego de analizar la relación entre la obra “Crimen y Castigo” de Fiódor Dostoyevski y la teoría del delito, es posible extraer varias conclusiones significativas. En primer lugar, queda clara la estrecha conexión entre la literatura y el Derecho, ya que la obra literaria proporciona un terreno fértil para ilustrar casos con relevancia penal. La narrativa nos sumerge en contextos humanos complejos, permitiendo comprender las motivaciones y pensamientos detrás de las conductas ilícitas, lo que enriquece el estudio del Derecho Penal.

Además, se evidencia que la lectura de novelas no solo complementa el sistema acusatorio contemporáneo, sino que también enriquece la argumentación jurídica al ampliar el lenguaje y proporcionar ejemplos concretos para afirmar o rebatir argumentos en las salas judiciales. La literatura, por lo tanto, no solo sirve como entretenimiento, sino que también desempeña un papel relevante en la formación legal y ética de los individuos.

En cuanto a las categorías dogmáticas del Derecho Penal, se destaca su importancia para determinar qué conductas constituyen delitos. La obra “Crimen y Castigo” ofrece un estudio detallado de la conducta del personaje principal, Raskólnikov, permitiendo aplicar las categorías dogmáticas para analizar si sus acciones se ajustan a los elementos del delito.

Finalmente, en relación con la conducta de Raskólnikov, se observa que, aunque no se identifican causas de exclusión de la conducta, su culpa se refleja en sus pensamientos a lo largo de la novela. La sanción impuesta se presenta como una válvula de escape de la presión emocional que sufre el personaje, lo que sugiere que su verdadera cárcel son sus propios pensamientos y conflictos internos.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1997). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Akal.
- Bauman, J. (1973). *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Donna, E. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Dostoyevski, F. (2007). *Crimen y Castigo*. Madrid: Akal.
- Gómez Rivero, M. C., Martínez González, M. I., & Núñez Castaño, E. (2010). *Nociones fundamentales de derecho penal parte general*. Madrid: Tecnos.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. (8ª ed.). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2000). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Ed. tirant lo Blanch alternativa.
- Sarrulle, O. (2001). *Dogmática de la culpabilidad*. Buenos Aires: Ed. Universitaria.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Zaffaroni, E. (2009). *Estructuras Básicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Slokar, A., & Alagia, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Capítulo 9

ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD, APLICACIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE FEMICIDIO EN ECUADOR A PARTIR DEL ESTUDIO DE SENTENCIAS DE CASACIÓN EMITIDAS POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

María Cristina Pozo Enríquez

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

mpozo@pucesi.edu.ec

Resumen

El presente trabajo de investigación consiste en un análisis del delito de femicidio contenido en la legislación penal ecuatoriana, de acuerdo con los elementos de su tipificación, su comparación con la realidad jurisdiccional del país, las inconsistencias que surgen de dicha relación y la verificación de esta problemática por medio del estudio de las sentencias sobre femicidio dictadas por la Corte Nacional de Justicia, donde se ratifican o se revocan decisiones con base en errores de aplicación o interpretación judicial. La investigación se limita en un período de tiempo concreto, esto es del año 2015 al año 2020 y reposa en los puntos de identificación de un femicidio, que al ser criterios subjetivos no determinados expresamente en la norma, son fácilmente susceptibles de confusión frente a tipos penales de similar categoría como el homicidio y el asesinato, existiendo riesgo de posibles errores en el criterio de los jueces tanto de primera como de segunda instancia; errores que son dilucidados al momento de elevar dichas decisiones frente al máximo órgano de justicia ordinaria a nivel nacional. Este trabajo conjuga los fundamentos formales del femicidio, conjuntamente con su aspecto material, de tal forma que los resultados de dicho proceso permitan sustentar la problemática planteada respecto a la inadecuada diferenciación y aplicación en la vía judicial entre femicidio, asesinato y homicidio de una mujer; todo esto como referente que pueda ser tomado en cuenta en medidas y correctivos que permitan garantizar el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso.

Palabras clave: Femicidio, violencia, mujer, delito, género.

Abstract

The present research work consists of an analysis of the crime of femicide contained in the Ecuadorian criminal legislation, according to the elements of its classification, its comparison with the jurisdictional reality of the country, the inconsistencies that arise from said relationship and the verification of this problematic through the study of judgments on femicide issued by the National Court of Justice, where decisions are ratified or revoked based on errors of application or judicial interpretation. The investigation is limited in a specific period of time, this is from the year 2015 to the year 2020 and it rests in the points of identification of a femicide, that being subjective criteria not expressly determined in the norm, are easily susceptible to confusion with types penalties of a similar category, such as murder and murder, there being a risk of possible errors in the judgment of both first and second instance judges; errors that are elucidated at the time of raising those decisions before the highest ordinary justice body at the national level.

This work combines the formal foundations of femicide, together with its material aspect, in such a way that the results of this process allow to support the problematic raised regarding the inadequate differentiation and application in the judicial way between femicide, murder and homicide of a woman; all this as a reference that can be taken into account in measures and corrective measures that guarantee the right to legal security and due process.

Key words: Femicide, violence, woman, crime, gender.

Introducción

A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, el 10 de febrero de 2014 fecha en la cual entra en vigencia la parte adjetiva o procesal, y el 10 de agosto de 2014, es decir, seis meses después cuando entra en vigencia la parte sustantiva y de ejecución penal; se tipifica por primera vez en la legislación ecuatoriana el delito de femicidio y se establece como uno de los mecanismos de reacción frente a la alta presencia de violencia de género en Ecuador.

Este tipo penal se encuentra regulado en el artículo 141 que establece tanto el verbo rector como la sanción del femicidio al señalar que “La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”; conjuntamente con el artículo 142 que regula las circunstancias agravantes del mismo.

Si bien es cierto, que el femicidio como hecho punible severamente sancionado, constituye una innovación necesaria para limitar la violencia de género, su tipicidad en el COIP, en cuanto a definición, es realmente escasa, puesto que en los artículos antes mencionados no se logra identificar claramente cuáles son los elementos constitutivos o presupuestos fundamentales que permitan distinguir el asesinato, o el homicidio (en este caso de una mujer) con el femicidio, que constituyen delitos ampliamente diferenciados sobre todo en lo que se refiere a la variación de las penas.

Es así que, la ambigüedad de la norma puede generar dudas, errores de interpretación y sobre todo inadecuada aplicación de este delito por parte de quienes intervienen en el juzgamiento penal, principalmente los fiscales como funcionarios encargados de impulsar la acusación y los jueces quienes emiten la correspondiente sentencia, en el sentido de catalogar la muerte de una mujer como femicidio, sin que realmente los hechos encajen como tal, o viceversa, sancionar como asesinato u homicidio a quien realmente incurrió en femicidio, vulnerando sobremedida los derechos de los sujetos procesales que el Estado está obligado a garantizar.

De esta forma el objetivo general de la investigación fue: desarrollar un estudio de la tipicidad, aplicación y sanción del delito de femicidio en Ecuador a partir de sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, que permita determinar la correcta o incorrecta aplicación de este tipo penal por parte de los órganos jurisdiccionales.

A este fin, los objetivos específicos apuntaron a: realizar una investigación documental del material doctrinario y normativo existente en torno al femicidio y todos los aspectos teóricos que componen este tipo penal como referente técnico y conceptual; analizar las bases, parámetros y argumentos de las decisiones plasmadas en las sentencias sobre femicidio emitidas por la

Corte Nacional de Justicia del Ecuador; y por último, determinar por medio de las sentencias casadas por la Corte Nacional de Justicia el nivel de desacierto existente al haber aplicado o inaplicado erróneamente el delito de femicidio frente a la muerte de una mujer.

Métodos

Al efecto, el esquema metodológico ha sido direccionado a identificar por medio de un modo de investigación jurisprudencial, en cuanto a praxis normativa, los fallos emitidos por los jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en los que se encuentran inmersas sentencias de segunda instancia que hayan sido objeto de casación y por ende se pueda identificar si la interpretación y aplicación del tipo penal femicidio por parte de los administradores de justicia del país ha sido errónea o por el contrario acertada, pues al ser la Corte Nacional el máximo ente jurisdiccional, concurren a éste decisiones de todas las cortes provinciales del país, representando una forma muy práctica de poder abarcar una muestra representativa a nivel nacional.

Respecto al enfoque de investigación, éste tiene un carácter cualitativo pues se han analizado las decisiones jurisdiccionales en su contexto, para así, llegar a descubrir los argumentos que lograron motivar al tribunal penal de la Corte Nacional de Justicia a casar o no una sentencia de tribunal inferior. Además, para recabar los datos necesarios se utilizaron como técnicas la observación y la identificación documental jurisprudencial, técnicas aplicadas gracias a los recursos proporcionados por la Corte Nacional de Justicia, sobre todo en el acceso a recursos documentales y de información sujetos a estudio, análisis y evaluación.

Las fuentes primarias de obtención de información han sido recopiladas producto de la identificación y observación de fallos de casación referentes al femicidio y la evaluación de los casos ahí contenidos como el instrumento principal para la investigación; mientras que, las fuentes secundarias utilizadas en este artículo están compuestas por textos bibliográficos, documentos estadísticos y como fuente imprescindible la legislación.

Resultados y discusión

Antecedentes del femicidio

El término femicidio, empezado a usar de forma esporádica hace aproximadamente cuatro décadas, emerge como instauración y logro de las luchas de los movimientos feministas por reclamar su derecho a vivir una vida libre de violencias y la exigencia de la intervención del Estado, anteriormente inmutable, frente a un realidad ya históricamente naturalizada y asumida como normal y, por ende, impune.

Esta denominación, ya como concepto elaborado, fue desarrollado inicialmente por Diana Russell, feminista que conjuntamente con la autora Jill Radford a partir de 1992 con su obra *Femicide. The politics of woman killing* crean esta figura definiéndola como “el asesinato misógino de mujeres por hombres” (Russell & Radford, 1992, pág. 11), concepto que surge a partir de la cosmovisión de esa época, compuesta por las ideas y concepciones de la sociedad respecto a la mujer, su posición social y derechos.

A raíz del término naciente *femicide*, éste fue introducido en el idioma español, a la vez que se fue perfeccionando en su contenido, y en el año 2014 por primera vez, la Real Academia de la

Lengua Española acepta incorporar en su edición N° 23 el término feminicidio, como equivalente a femicidio, definiéndolo como el “asesinato donde la víctima fue muerta por su condición de mujer” (Real Academia de la Lengua Española, 2014).

Es así que, de las definiciones anteriormente descritas, se puede identificar que el femicidio va más allá de ocasionar la muerte de una mujer, puesto que es imprescindible que detrás de esta acción existan motivos de género o de dominación por parte del agresor; es decir, que se evidencien patrones de discriminación o androcentrismo contra el género femenino.

Al efecto, la Comisión sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, considera que la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo; es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer”; además advierte que la violencia contra la mujer no se confina únicamente en el acto de agresión en sí, pues esta discriminación y desigualdad “impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (CEDAW, 1992).

Casos históricamente conocidos e indignantes como el caso “Campo Algodonero” sobre los asesinatos de las mujeres de Juárez en México de 1993, han impulsado la aparición de estudios e investigaciones sobre femicidio con autores pioneros en el tema como la mexicana Marcela Lagarde, quien, en 1994, acerca este concepto originalmente anglosajón al contorno latinoamericano.

A partir de esto, las investigaciones sobre femicidio en el ámbito internacional han ido en incremento, tal es el caso del tratadista Jorge Eduardo Buompadre en Argentina, con su obra denominada *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, en la que se empieza a delimitar el origen y evolución de la violencia de género y específicamente respecto al femicidio, empieza a caracterizarlo con su propia sección conceptual del término, sus elementos particulares y su primera clasificación de tipos (Buompadre, 2013, págs. 150-200).

Así mismo, se empieza a dar una perspectiva global a la problemática del femicidio, con autoras como Diana Rusell y Roberta Harmes, que en su texto titulado *Femicidio: una perspectiva global*, dan a conocer la existencia y evolución del femicidio en distintas regiones del mundo como Estados Unidos, África, China, Australia, etc., comparando los tipos de femicidio más concurrentes en cada región, los móviles que desatan su cometimiento y las prácticas y costumbres históricas que han originado la realidad social de las mujeres en cada territorio, en las que el femicidio existe y se concibe de diferente forma dependiendo de la cultura y vida de cada pueblo, tanto en el ámbito individual como en el ámbito colectivo vinculado al Derecho (Rusell & Harmes, 2006, pág. 201).

En Ecuador, por su parte, se tiene que, hasta tiempos relativamente recientes, la sociedad, se mostraba indiferente y distante ante la violencia a la mujer, al no reaccionar basándose en argumentos que afirmaban que este tipo de problemas debían resolverse de forma privada en la relación o familia, evitando las llamadas intromisiones, sin percatarse de la responsabilidad social que existe de actuar denunciando la violencia.

No es, sino hasta la última década, cuando comienza la identificación y lucha contra la problemática del femicidio en el país, contando con las primeras investigaciones realizadas por autores como Jenny Pontón Cevallos que, por medio de un análisis de las estadísticas de casos sobre muerte de mujeres publicados en la prensa ecuatoriana en el año 2008, y plasmado en su obra titulada *Femicidio en el Ecuador: realidad latente e ignorada*, determina que:

El origen del femicidio en Ecuador y Latinoamérica tiene mucho que ver con los patrones culturales fuertemente arraigados en la población, que se han venido transmitiendo hasta nuestros

días y poseen un alto grado de machismo, estereotipos, androcentrismo, misoginia y desigualdad, que se refleja en todos los ámbitos de la vida cotidiana y crea un ambiente desfavorable para la mujer (Pontón, 2009, págs. 4-9).

Pese a ser tardío, no se puede negar que el estudio y tratamiento del femicidio en el país ha ido evolucionando, por lo que al momento ya se cuenta con un cierto número de investigaciones, cuyos autores han empleado diferentes perspectivas y enfoques de estudio para abordar el femicidio, los cuales varían sustancialmente entre aquellos que tienen carácter netamente normativo al explorar el significado del texto de la norma, con aquellos que contienen puntos de vista teóricos con definiciones, descripciones y clasificaciones del mismo; siendo usuales también, los estudios estadísticos dedicados a contabilizar el número de casos de femicidio que ocurren en una determinada región del país, para ser comparados respecto a otros espacios o épocas.

Los estudios antes mencionados, descritos y tomados como referencia, permiten percatarse que el femicidio está presente en todas partes del planeta y en diferentes condiciones sociales, económicas y culturales; por lo que, en la actualidad, el femicidio como grave violación de los derechos de las mujeres, se ha convertido en una de las más grandes preocupaciones a nivel de la comunidad internacional.

En este sentido, se constituye en un tema que amerita ser estudiado profundamente, más aún si se considera que el país cuenta hasta el momento únicamente con escasas investigaciones enmarcadas en el ámbito normativo, social, psicológico y estadístico; pero, afirmando con vasta certeza que hasta el momento no se encuentra disponible un trabajo que centre su investigación en el estudio del femicidio a partir del análisis de fallos o sentencias de las máximas cortes nacionales, lo que permite que la presente investigación otorgue un enfoque novedoso y diferente que aporte y complemente a los estudios ya existentes.

Exposición del tipo penal

El alcance del concepto femicidio, impulsado por las corrientes de lucha y defensa de las mujeres, ha logrado su posicionamiento y protección a nivel de instrumentos jurídicos internacionales como la Convención Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); con participación de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en su informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, señala en su párrafo 26, como deber de los Estados: “la provisión de recursos judiciales para remediar las violaciones de derechos humanos denunciados” (CIDH, 2007), estableciendo a los Estados obligaciones de prevención, siendo la primordial su inclusión y sanción en las diferentes legislaciones penales internas.

A raíz de este avance y llegando a hacer visible el femicidio mediante la tipificación de dicho concepto como delito, la doctora Dora Inés Munévar M. en su artículo “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, respecto a la tipificación del femicidio en América Latina, da a conocer que:

Una primera tendencia adopta tipos penales género-específicos que, además de ser normas especiales, incluyen el delito de femicidio. En Costa Rica (2007), fue tipificado como muertes violentas perpetradas por el cónyuge o en el marco de uniones de hecho declaradas o no, o por parte de exparejas; en Guatemala (2008), como muerte violenta de mujeres en el marco de relaciones desiguales de poder, entre las cuales se inscriben el matrimonio y la convivencia;

en México (2007), como violencia feminicida para aludir a una impunidad social que opaca la impunidad estatal; y, en El Salvador (2010), como forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado (Munévar, 2012, pág. 23).

En forma similar, Ecuador, decide incorporar en su legislación penal al femicidio como tipo penal independiente y específico, más no únicamente como agravante, diferenciándolo definitivamente del homicidio común ya existente y definido simplemente como la “muerte causada a una persona por otra” y del asesinato que contempla el causar deliberadamente la muerte de otra persona, pero sin motivación discriminatoria de género.

Dicha tipificación, si bien ha permitido la intervención del Derecho Penal y la represión estatal para atender los reclamos de las mujeres como víctimas, también ha permitido delimitar y detectar los elementos de configuración del delito de femicidio; el mismo que, siendo de carácter género específico, posee peculiaridades que lo identifican, principalmente la degradación del género femenino y su corporalidad, como se verifica claramente en su texto tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, capítulo II, sección primera de delitos contra la inviolabilidad de la vida, que establece:

Art. 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años (COIP, 2014).

A partir de esto, y para entender correctamente el tipo penal de femicidio es conveniente identificar los presupuestos que componen la norma:

El sujeto activo puede ser cualquier persona o grupo de personas, incluido también el Estado, que manifieste una conducta de agresión sexista; mientras que, el sujeto pasivo necesariamente tiene que ser una mujer, siendo ésta la única condición, independientemente de su edad, condición física, económica, educativa o social.

El bien jurídico protegido es la vida; además, el nexo causal y diferenciador frente al homicidio y asesinato es “por razones de género”, una situación en la que la discriminación o dominación por ser mujer sea el móvil que desencadena la violencia; es decir, debe haber la existencia previa de odio, menosprecio o relaciones desiguales de poder basadas en el género que no hay en los otros tipos penales.

El odio se refleja en el tipo de lesiones, muchas veces lesiones que no privan de la vida, pero sí que humillan y degradan a la mujer, quemaduras, mordeduras, lesiones en zonas genitales o pos-victimización.

De esta forma, se puede observar que el femicidio se compone de un aspecto objetivo en el que se encuentra inmersa la caracterización de la acción típica respecto al autor, la acción, las formas y el resultado, y un aspecto subjetivo que corresponde al contenido de la voluntad que rige la acción de dar muerte a una mujer, aspecto que es determinante para la culpabilidad en este tipo de delito.

Por ende, se tiene que el femicidio justifica su fuerte sanción de 22 a 26 años de pena privativa de libertad, sin romper la igualdad formal entre la sanción a la muerte de una mujer con la sanción a la muerte de un hombre, en el daño antecedente de desvalorización social y psicológica y el apoderamiento previo de la autonomía y autodeterminación de la víctima que

denota una especial crueldad sin razón distinta a la discriminación; siendo un delito de odio al nivel de aquellos que se llevan a cabo por repudio hacia etnias, nacionalidades, preferencias sexuales o clase social y que han llevado incluso a prácticas genocidas que deshumanizan a los miembros de estos colectivos por sus características.

Así lo ratifica la abogada y magister chilena Patsilí Toledo Vásquez, investigadora y autora de varios estudios sobre género y derechos de las mujeres, quien en su obra destacada *Feminicidio*, refiriéndose a la concepción de que algunos hechos son más graves y reprochables porque constituyen una manifestación de la desigualdad y discriminación, explica que:

Este tipo de argumentos son desarrollados por distintas líneas teóricas como elementos constitutivos de un bien jurídico diferente, o bien, de un plus de injusto que justifica la agravación de las penas en este caso, siempre teniendo como elemento de consideración de fondo el reconocimiento de la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres y la necesidad de avanzar hacia una igualdad sustancial, abandonando la mera igualdad formal entre mujeres y hombres (Toledo Vásquez, 2009, pág. 72).

A raíz de estos argumentos que justifican la severidad sancionatoria del femicidio y por tratarse de argumentos ideológicos y variables en cada persona y por ende difícilmente justificables, resulta fundamental, respecto a la tipificación del femicidio, “caracterizar su dimensión subjetiva en términos de una intención genérica y no personalizable, tanto con relación a los móviles del agresor, como a la relación entre éste y su víctima” (Segato, 2010, pág. 17), que haga factible diferenciarlo del homicidio y el asesinato y abrir nuevas posibilidades en términos probatorios que dirijan a una mayor precisión al momento de juzgar, condenando únicamente los hechos en los que haya convencimiento de que son contra un genus.

En Ecuador, se puede identificar que el femicidio constituye un concepto aún en proceso de construcción, al ser relativamente nueva su aparición y manejo en el ámbito jurídico nacional no cuenta con un claro sistema de diferenciación frente a las muertes de mujeres causadas sin motivación de género, pues existen muertes que pese a ser identificadas como violentas o pese a haber sido perpetradas por hombres, no registran precedentes de dominación o patrones de discriminación y en resumen las razones de género no figuran como causa, pudiendo ser las causas diversas, por ejemplo de orden económico u otro similar, o en los que las partes ni siquiera se conocían previamente al hecho delictivo.

Un tipo penal de esta clase necesariamente requiere incluir elementos objetivos y subjetivos de valoración, incorporar aproximaciones psicológicas y contextos sociológicos, con la determinación de un cierto número de supuestos que permitan reconocer los hechos y circunstancias específicas en las que pueda darse por efectuado un femicidio; así pues, “debemos evitar un tipo penal abierto que vulneraría el principio de legalidad, por lo que requiere mayor especificidad en su redacción” (Antony, 2011, pág. 15); sin embargo, la redacción del tipo penal en nuestro país no otorga ninguna guía en este sentido.

Como ejemplo bastante construido de especificidad, está la tipificación adoptada en el Estado de El Salvador, que en su tipo penal detalla las condiciones o supuestos a ser considerados como motivos de odio, desprecio o menoscabo a la dignidad de la persona femenina, e incluye varios ámbitos sociales en los que puede generarse sin limitarse únicamente al ámbito de pareja; otorga indicadores para identificar estas condiciones; entre éstos, los antecedentes judiciales de violencia o delitos sexuales existentes entre el autor y la víctima, la vulnerabilidad física o mental de la víctima frente a su agresor y muy importante contempla y sanciona el denominado suicidio feminicida por inducción o ayuda.

La especificidad en la redacción del tipo penal femicidio contribuye a la certeza jurídica, facilita la graduación de la pena dentro de los rangos de mínimo y máximo establecidos y permite que incluso así contengan rangos de pena similares como el asesinato y femicidio, se utilice el tipo penal adecuado por seguridad jurídica, además de facilitar la al juez la correcta motivación del porqué de sus decisiones, legitimando así las mismas.

Aplicación del femicidio en Ecuador

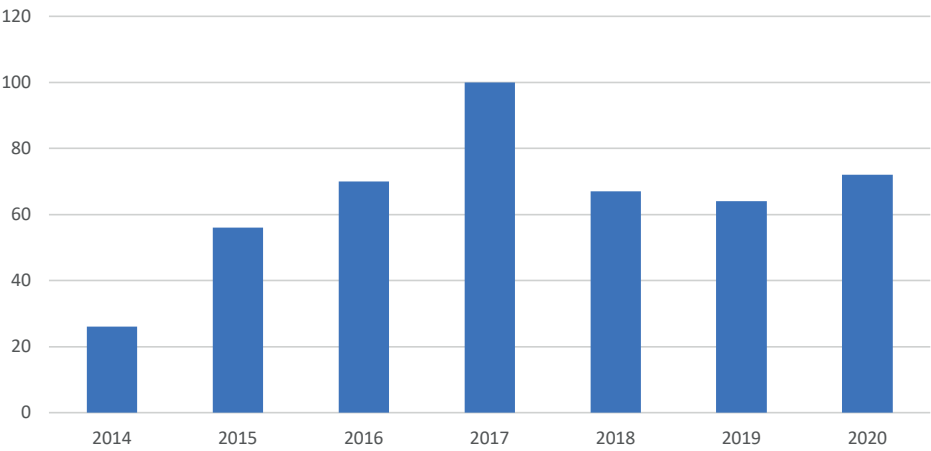
Desde el 10 de agosto de 2014, fecha de entrada en vigencia de la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal, hasta el año 2020, se tiene que, a nivel nacional, se han registrado 455 casos de mujeres como víctimas de femicidio; así lo establece la Fiscalía General del Estado que en trabajo conjunto con el Consejo de la Judicatura procesa la información sobre el delito de femicidio a nivel nacional y en su reporte oficial presenta las siguientes estadísticas de las víctimas de femicidio por períodos anuales:

Tabla 1. Número de femicidios por año

Femicidios	Víctimas
2014	26
2015	56
2016	70
2017	100
2018	67
2019	64
2020	72
Total	455

Fuente: Fiscalía General del Estado (2020)

Gráfico 1. Número de femicidios por año



Fuente: Fiscalía General del Estado (2020)

A partir del número de víctimas señalado, 450 casos han sido judicializados por parte de las Unidades Fiscales, Tribunales y Cortes Penales, encontrándose en diferentes fases, tanto pre-procesales como procesales, de la siguiente manera:

Tabla 2. Estado de casos de femicidio

Estado de la causa	Casos
Investigación previa	76
Instrucción fiscal	0
Evaluatoria y preparatoria de juicio	18
Juicio	12
Recurso de apelación	7
Recurso de casación	23
Resuelta	313
Total	450

Fuente: Fiscalía General del Estado (2020)

De aquellas causas que se encuentran totalmente resueltas, en la cantidad de 313, cifra señalada en la tabla anterior, 254 de ellas han sido concluidas efectivamente en sentencia, siendo de éstas 236 condenatorias y únicamente 18 ratificadorias del estado de inocencia.

Tabla 3. Causas de finalización de procesos de femicidio

Terminación de la causa	Casos
Sentencia condenatoria	236
Extinción de la acción penal	23
Sobreseimiento	9
Archivo de la investigación previa	27
Sentencia ratificatoria de inocencia	18
Total	313

Fuente: Fiscalía General del Estado (2020)

Como se visualiza en el gráfico N° 1, los casos de femicidio desde años anteriores hasta la actualidad han ido en aumento; en mayor parte reflejando la realidad de abuso contra la mujer, lo cual es alarmante; pero también, existe buena parte que responde al uso indiscriminado que últimamente se le ha dado a la categoría y denominación de femicidio.

Con esto, empieza a destacar el rol primario y fundamental que posee la Fiscalía, tanto en investigación como en impulso procesal, pues al ser en el país el organismo encargado de recabar los elementos de convicción y pruebas tanto de cargo como de descargo, reserva a partir de los resultados de la investigación previa, la facultad de formular o no cargos y posteriormente emitir un dictamen acusatorio o por el contrario abstentivo para el procesado; además de determinar la figura o tipo penal sobre la cual corresponde imputar.

El Fiscal tiene la labor de desentrañar los trasfondos de las muertes violentas de las mujeres, más allá de lo aparentemente visible, para acusar como femicidio únicamente aquellos casos en los que sea posible llegar al convencimiento de que fueron acaecidos por el hecho de ser mujer o por el arraigo y práctica instaurada de sesgos sexistas o misóginos, desigualdad de sexos, dominación o control.

Es adecuado mencionar que, pese a la posición de defensa de la mujer y la reivindicación de sus derechos históricamente vulnerados, como uno de los objetivos políticos y sociales, no puede a raíz de la indignación generalizada que provocan estos hechos, dejarse de lado la visión objetiva y clara que debe tener el Fiscal como acusador al momento catalogar y diferenciar los distintos tipos de muerte dependiendo de la motivación que los impulsó, y si ésta atiende o no a causas de género. Como referente, resulta preciso recordar el análisis de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia CC-297/2016 al exponer que:

No toda violencia contra la mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena de violencia que cree un patrón de discriminación que demuestre la intención de matar por razones de género (Sentencia CC-297/2016, pág. 7).

El femicidio se constituye como un crimen de odio, de tal forma que, si el resultado no fue deliberadamente buscado por el agresor, el hecho no se constituye como tal, debiendo ser juzgado únicamente como homicidio, a fin de alcanzar el cumplimiento de principios procesales fundamentales de aplicación del derecho penal como igualdad de las partes ante la ley, imparcialidad del juzgador, objetividad del fiscal al momento de investigar y formular la acusación y proporcionalidad de las penas.

En el país, el escenario común o habitual para calificar a un hecho como femicidio se ha ido progresivamente estableciendo en aquel en el cual el sujeto activo es el hombre y se ha hecho frecuente relacionarlo con lo que comúnmente se denominan crímenes pasionales o a raíz de celos en relación con parejas o ex parejas, lo cual limita el contexto del tipo penal como tal, ya que el mismo va mucho más allá y abarca situaciones y concepciones más complejas y no estrictamente contenidas en estos dos referentes.

Así, el ambiente de dominación patriarcal, machismo previo al crimen, puede estar o no estar presente dentro de una relación íntima, de igual forma, puede estar o no estar presente en una relación ajena, incluso puede estar presente en una relación de tipo laboral o simplemente de amistad; de tal forma que el haber existido un vínculo sentimental o de pareja ente la víctima y el agresor no es señal o prueba directa de femicidio, como en el sistema actual se está valorando.

No se ha tomado en cuenta que, si se atiende detenidamente al artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, se establece como sujeto activo al término “persona” es decir, que bien el femicidio puede ser cometido tanto por hombres como también por mujeres e incluso por personas jurídicas como puede ser el Estado, siempre y cuando el desencadenante contenga razones de género contra la víctima; cuestión que no ha sido aplicada ni materializada en el país, pues ninguna vez se ha visto juzgar a una mujer por femicidio, únicamente a hombres, lo que significa la existencia también de estereotipos para la acusación y juzgamiento, pues “desde la perspectiva crítica del Derecho se asume que la norma no es neutral, ya que consta de aspectos políticos en su elaboración” (Jiménez Rodríguez, 2011, pág. 133), puesto que proviene de movimientos sociales y culturales con fuerte exigencia de respuesta estatal.

En este sentido, la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, con su autora Ana Carcedo, sobre la base del estudio sobre femicidio realizado en las ciudades de Guayaquil, Quito, Cuenca, Portoviejo y Esmeraldas, en relación a las actuaciones y respuesta judicial que ha habido frente a estos casos, considera que:

La respuesta judicial a los femicidios no ha sido la adecuada y en este resultado se reúnen factores de diversa índole [...] Con frecuencia se ignoran las historias previas de violencia existentes durante la relación anterior al hecho delictivo entre víctima y agresor (Carcedo, 2011, pág. 100).

Develar los cimientos estructurales del femicidio es una tarea que en la actualidad no se está cumpliendo debidamente, pues siendo el femicidio un tipo penal diferenciado, su análisis debe ir más allá en comparación con otros delitos, puesto que debe tener un motor ideológico y psicológico en el autor; descubrir la presencia de situaciones de poder que sean anteriores y motiven al hecho fatal, pues muchas veces se confunde el acto en sí de privar la vida como el acto discriminatorio; de igual forma, los antecedentes del crimen a investigarse deben incluir no solamente la dependencia, menoscabo o agresiones previas del agresor a la víctima sino también viceversa las que se pudiesen haber presentado contra el ahora autor.

El Derecho Penal priva a las personas de su libertad “es el instrumento más caro y gravoso, el más destructor e invasivo” (Estrella Bucheli, 2015, pág. 14) y es por eso que su aplicación y sobre todo de las sanciones más severas debe ser de última ratio. Sin embargo; las sentencias condenatorias con penas de 26 años de pena privativa de libertad por femicidio son cada vez más frecuentes, sin tomar en cuenta el alto costo social que esto genera y sin que el país cuente previamente con un verdadero sistema de política criminal y penal, para identificar las reales circunstancias de discriminación por género.

Por último, un punto importante a nivel país, es el impacto que adquiere el sistema mediático, a través del cual en los últimos tiempos se ha contribuido a generalizar en noticias y demás segmentos informativos, la calificación de femicidio sobre todos los casos que contengan la muerte de una o varias mujeres; y siendo la comunicación un medio poderoso, fomenta una confusión en el entendimiento del colectivo común, cuando muchas veces los términos o expresiones utilizadas para referirse a este tipo de acontecimientos no son los más adecuados ni correctos. Así lo corroboran Daniela Aguilar y Claudia Rodríguez, quienes en su artículo titulado “El femicidio en la prensa ecuatoriana: análisis de contenido de los diarios El Universo y El Comercio” aseguran:

La falta de una información adecuada de los periodistas sobre los aspectos legales que rodean al femicidio ha provocado una utilización errónea de esta figura legal y la espectacularización en la narración de las noticias, [...] con lo cual se considera que no están contribuyendo de forma idónea a la educación del público sobre este tema (Aguilar & Rodríguez, 2018, pág. 14).

De esta forma, resulta esencial utilizar al femicidio tanto como herramienta jurídica como término en sí, respecto a los hechos en los cuales sea estrictamente necesaria su mención (ámbito mediático) o aplicación (ámbito judicial); es decir, de forma limitada y prudente a fin de llegar a eliminar progresivamente los rezagos de la sociedad desigual patriarcal sin llegar a crear nuevas jerarquizaciones de género discriminatorias.

A raíz de estos cuestionamientos, existen sentencias recurridas tanto a Cortes Provinciales de segunda instancia como hacia la Corte Nacional de Justicia en casación, cuyos resultados serán analizados en el siguiente apartado.

Sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia

Las sentencias judiciales tienen como principio esencial el de motivación, gozan de validez a partir de su contenido, pues dentro de su texto deben mantener una clara descripción entre el derecho en concordancia con la enmarcación de los hechos y la explicación de cómo encajan en el mismo; sujetándose de lo contrario a ser objeto de impugnación, en este caso hasta uno de los máximos recursos que es el de casación.

La casación, siendo un recurso extraordinario, tiene su naturaleza en la Constitución de la República del Ecuador que establece como uno de los máximos deberes del Estado el respetar y hacer respetar los derechos humanos, garantizar la igualdad formal y material, la tutela efectiva, imparcial y expedita al debido proceso y la facultad de impugnar las decisiones judiciales en honor a la seguridad jurídica (CRE, 2008).

Los artículos 184.1 de la Constitución de la República otorgan la competencia a la Corte Nacional de Justicia para conocer los recursos de casación y revisión diseñados para dejar sin efecto una sentencia judicial en la cual se determine la vulneración de derechos de las partes causadas a partir de la violación o inobservancia de la ley por parte de los jueces; por lo cual se puede afirmar que la casación tiene naturaleza anulatoria.

Como lo establece la misma Corte Nacional de Justicia en su sentencia N° 789/2015, se identifica que:

Los objetivos de la casación se contraen a tres: el imperio de la ley, es decir su aplicación correcta; la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales. A través de la casación, el Estado vela por la aplicación correcta del derecho (Sentencia CNJ-789/2015, pág. 10).

En materia penal el recurso de casación corresponde ser resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Este recurso no se determina con base en un nuevo examen de la prueba practicada en una audiencia de juzgamiento en la cual el tribunal de casación no estuvo presente, se basa únicamente en analizar el ordenamiento jurídico en relación con el razonamiento del juzgador en la sentencia recurrida y en relación al caso concreto, a fin de determinar si en su actuación se aplicó inadecuadamente el texto de la norma o existió una errónea interpretación de la misma.

A este efecto, es preciso establecer una diferenciación correcta entre estas dos áreas de error en la actividad judicial. Por una parte, la indebida o falta de aplicación de una norma se resume en “la incorrecta elección de la norma jurídica aplicable” (Sarmiento Núñez, 1998, pág. 130); es decir, haber aplicado una norma que no corresponde a los antecedentes del caso o su no aplicación pese a que la norma concuerde con el hecho fáctico.

Por otra parte, la errónea interpretación, ocurre cuando pese a haber aplicado la norma correcta, se le da un sentido equivocado a la misma, sea por contrariar su espíritu, por un raciocinio falso de su contenido o un sentido equivocado de su alcance, es decir, parte de la aceptación de que la norma utilizada es la adecuada y únicamente se cuestiona el alcance o sentido que el órgano jurisdiccional ha otorgado.

De estos conceptos y pasando a delimitar la investigación dentro del período de tiempo previsto, esto es los años 2015 a 2020, se tiene que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ha recibido un total de 23 impugnaciones correspondientes al delito de femicidio, específicamente a peticiones sobre recursos de casación a fin de revocar la decisión del órgano de instancia.

Es importante mencionar que de las 23 impugnaciones recibidas gran parte de las mismas no han superado la primera fase de admisión; es decir, no han llegado a conocimiento del tribunal de casación, pues previamente han sido inadmitidos por la Sala de Admisiones de la Corte

Nacional de Justicia, por considerar que los mismos no han sido debidamente planteados o no se encuentran debidamente fundamentados en una de las causales específicas para interponer este recurso, siendo inadmitidos 13 de los mismos.

Sobre las 10 causas restantes que por recurso de casación fueron admitidas a trámite en la Corte Nacional de Justicia, se realizó el examen de cada una de las sentencias, de las cuales se identificó, que en ocho de ellas el tribunal de casación decidió desechar el recurso y declararlo improcedente.

Es así que, las dos sentencias restantes en las cuales se ha dado paso al recurso y se ha procedido a casar la sentencia, fueron seleccionadas como insumo a partir de las cuales se desarrolló un análisis focalizado, donde las sentencias mencionadas se constituyeron en la herramienta de estudio primordial, y se puede afirmar que, permitieron identificar importantes referentes que dan lugar a precisar la problemática objeto de este estudio; para lo cual, y, a fin de contar con bases suficientes, se realizó un examen detenido y detallado de las sentencias de femicidio en el número ya señalado, de la siguiente manera:

Sentencia emitida por la sala especializada de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores de la Corte Nacional de Justicia

Tipo Penal:	Femicidio
Sentencia recurrida:	Sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura de fecha 17 de agosto de 2016 a las 15h02.
Resumen del caso:	El presente recurso es interpuesto por la madre de la víctima, conjuntamente con el fiscal N° 1 del cantón Otavalo, respecto a la sentencia de segunda instancia que revoca la decisión del juez de primera instancia y ratifica la inocencia del adolescente procesado, como responsable de femicidio en contra de su novia. Como se ha mencionado este caso fue conocido y resuelto por el juez de instancia y por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, por ser el procesado menor de edad, razón por la cual tampoco se da a conocer su identidad. La fundamentación de los recurrentes se argumentó en el sentido de que el tribunal ad-quem valora una captura e pantalla de mensajes de Facebook, prueba que no fue anunciada en primera instancia y por lo que el tribunal a quo no la valoró; es decir, valoró una prueba ilegal en base a la cual ratificó la inocencia del adolescente procesado, estableciéndose contravención expresa de los artículos 82 y 76 numerales 4, 7 de la Constitución de la República, y artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal. Por su parte la defensa del procesado argumenta que la resolución de la Sala Provincial no se basa únicamente en esta prueba considerada como ilegal, sino que únicamente se suma a los demás elementos determinantes que permitieron concluir que el adolescente en mención no había cometido la infracción. Como conclusión el tribunal de casación centra la censura en la valoración de una prueba ilegal, considerando que afecta la motivación de la sentencia de la corte provincial, por lo que decide declarar la nulidad de la sentencia venida en grado por considerar que no cuenta con la motivación suficiente y por valorar prueba ilegal que afecta el derecho al debido proceso de las partes; a fin de que el expediente regrese a la sala provincial de origen y que sea conocida por un nuevo tribunal que dicte un nuevo fallo.
En el presente caso se puede evidenciar una clara disconformidad de criterios entre los jueces tanto de primera, segunda instancia y tribunal de casación, pues ha sido un proceso en el cual se ha pasado de una inicial sentencia condenatoria, a una sentencia provincial que ratifica el estado de inocencia del procesado y, por último, a una decisión final de la Corte Nacional que deja sin efecto la sentencia del tribunal ad-quem y manda a resolver nuevamente. Toda esta serie de indecisiones reflejan una deficiencia en el sistema jurisdiccional que evidencia una clara problemática de imprecisión para identificar el femicidio y diferenciarlo de tipos penales similares; es decir, es claro el conflicto que genera la aplicación de este tipo penal en el criterio e interpretación de los jueces. Es indispensable tomar en cuenta, además, la vulneración de derechos que en este caso concreto se ha generado a las partes, no solo en cuestión de recursos económicos sino también de extenso tiempo que ha tomado definir la cambiante situación jurídica del procesado.	

Sentencia emitida por la sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito de la Corte Nacional de Justicia

Tipo Penal:	Femicidio
Sentencia recurrida:	Sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena de 01 de febrero de 2016 a las 10h06.
Resumen del caso:	El recurso de casación en este caso fue propuesto por el procesado Geovanny Fidel López Tello y la acusadora particular Samantha Stefi Grey Bermeo, hija de la víctima, en razón de la sentencia de segunda instancia en la cual la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena desecha el recurso de apelación propuesto por la Fiscalía, acusado y acusación particular y confirma la sentencia condenatoria dictada por el tribunal a-quo que declara culpable por el delito de femicidio al señor Geovanny Fidel López Tello imponiéndole pena privativa de libertad de veintiséis años. Al efecto, es preciso y necesario remitirse a los antecedentes procesales del caso, de donde se puede identificar que inicialmente existe una sentencia oral de primera instancia dictada en audiencia de juzgamiento desarrollada con fecha 22 de junio de 2015 a las 14h00 hasta el 30 de junio de 2015 a las 14h30, en la cual se declara al procesado culpable en calidad de autor directo del delito de homicidio culposo tipificado en el art. 145 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole una pena privativa de libertad de dos años. Dicha resolución nunca fue reducida a escrito como lo establecen los artículos 563.5 y 621 del COIP, esto, en razón de que el Tribunal que dictó esta sentencia fue suspendido en sus funciones antes de poder redactar la misma; y, por el contrario, el nuevo Tribunal de Garantías Penales, decide de oficio declarar la nulidad de todo lo realizado a partir de la audiencia de juzgamiento iniciada el 22 de junio de 2015 a las 14h00, manifestando que los nuevos juzgadores no presenciaron ni escucharon directamente las fundamentaciones de los sujetos procesales ni la prueba producida en la audiencia realizada sin poder, por lo tanto, emitir la decisión ya dictada, por escrito. Es así que, en su lugar, y, continuando con el trámite, después de llevarse a cabo una nueva audiencia de juzgamiento, el Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena decide declarar culpable al ciudadano Geovanny Fidel López Tello como autor del delito de femicidio, tipificado y sancionado en los artículos 141 y 142 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena máxima contemplada para este delito con veintiséis años de pena privativa de libertad, más una indemnización a la víctima de \$100,000 dólares americanos, Sobre esta decisión, todas las partes procesales: Fiscalía, acusado y acusación particular, presentan el recurso de apelación a fin de que la Corte Provincial de Santa Elena, revoque esta decisión; por el contrario, dicha sala la confirma en todas sus partes, a raíz de lo cual, por impugnación del acusado y la acusación particular, por medio del recurso de casación, llega este proceso ante la Corte Nacional de Justicia. Es así que, pese a que el recurso y su fundamentación superan la fase de admisibilidad, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia que conoce el fondo de este recurso, luego de celebrarse la respectiva audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación de la casación, resuelve declarar improcedente los recursos de casación interpuestos por el sentenciado Geovanny Fidel López Tello y por la acusación particular Samantha Stefi Grey Bermeo, por considerar que no se ha demostrado cuál es la violación de la ley en la sentencia recurrida. En este caso, bastante controversial y mediático, se producen serios conflictos en lo que respecta a la aplicación del tipo penal correcto en relación a los detalles de los hechos; es así que, de una primera decisión del primer tribunal de instancia en la que se adecúan los hechos al tipo penal de homicidio culposo, contando incluso ya con una sentencia dictada en audiencia oral, se pasa repentinamente a una nueva decisión que da por anulado el fallo y que encuentra al procesado culpable del delito de femicidio, variando de forma abismal los años de pena privativa de libertad, pues pasa de dos años a veintiséis años de pena. De esta forma, se puede apreciar que existe para las partes una clara vulneración al principio de seguridad jurídica, vulneración que se ve reflejada en la gran cantidad de recursos de impugnación presentados, y que no solo corresponden por parte del acusado sino también del acusador particular e incluso la Fiscalía. Al igual que en el caso anteriormente analizado, es posible identificar el obstáculo que presentan los juzgadores tanto para aplicar el tipo penal femicidio, como para realizar una adecuada valoración probatoria que haga posible su identificación y a la vez su diferenciación en este caso con el homicidio, existiendo clara contradicción de criterios a falta de indicadores en el tipo penal que faciliten esta labor. Un punto a resaltar, es que en este caso al ser de conocimiento e interés público hubo gran presión causada por el seguimiento permanente de los medios de comunicación, en el cual se aclamó sea utilizada la figura de femicidio y su pena máxima.

El análisis de las sentencias de casación dictadas en estos dos casos, permite remitirse necesariamente al estudio de las sentencias de instancia desde donde se pueden ir identificando los obstáculos que la aplicación del tipo penal femicidio presenta durante el desarrollo procesal. A

raíz de estos detalles específicos de cada una de las sentencias analizadas se pueden identificar los siguientes puntos principales:

- En los dos casos, el recurso de casación fue presentado por los procesados quienes afirman haber sido juzgados con un tipo penal que no les correspondía.
- En los dos casos los recursos llegan provenientes de recursos de apelación resueltos por Cortes Provinciales que confirman en todas sus partes las sentencias de condena por femicidio.
- Las dos sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia rechazan el recurso de casación y confirman las decisiones tomadas por los jueces de primera y segunda instancia.
- A lo largo del desarrollo procesal de los dos casos se presentan problemas de aplicación e interpretación de del tipo penal femicidio y sus agravantes contemplados en el artículo 141 y 142 del Código Orgánico Integral Penal.

Conclusiones

En síntesis, a raíz de la investigación realizada, se ha hecho evidente que los jueces y tribunales que conforman la administración de justicia en el país dentro de las diferentes instancias y niveles de impugnación, no cuentan con un criterio unificado de interpretación y aplicación del femicidio y consideración de sus agravantes, lo que en la realidad judicial causa contradicciones dentro del propio sistema, nulidades procesales, pérdida de recursos privados y estatales, conjuntamente con la inconformidad y desconfianza de la ciudadanía en el sistema judicial del país; problemática que en gran parte se debe a la ambigua y escasa redacción en el Código Orgánico Integral Penal del tipo penal femicidio que deja por fuera varias consideraciones y directrices de valoración subjetiva con las cuales se debería regir el juzgamiento de este delito.

Así mismo, se constata que hasta el momento no existe en los casos de femicidio una verdadera investigación especializada con perspectiva de género que cuente con información subjetiva o psicológica de los procesados ni con una investigación histórica y certera que permita evidenciar sin lugar a dudas la concepción machista y de discriminación que es imprescindible para configurar este delito; es decir, no hay métodos de diferenciación claros que permitan identificar y separar de forma inequívoca las muertes de mujeres causadas por una cadena sucesiva de discriminación y violencia en las que el delito es el eslabón final, de aquellas muertes que se han producido por un hecho aislado o por un motivo distinto a la discriminación por género.

Ante este panorama, resulta imprescindible avanzar en la construcción del tipo penal femicidio en Ecuador, reformando y ampliando su redacción con el detalle de las condiciones o supuestos que pueden ser considerados como motivos de odio, desprecio o menoscabo a la dignidad de la persona femenina lo que lograría hacerlo más claro, preciso, específico y con mayor facilidad de aplicación, otorgando indicadores para identificar estas condiciones; como son: la composición social, la dependencia económica, los roles desarrollados, los antecedentes de violencia intrafamiliar registrados en denuncias, proceso judiciales o ratificados por testigos, las actitudes machistas previas y los suicidios de mujeres inducidos por detrimento al autoestima.

También, es necesario contar con la aplicación de métodos especiales de investigación en temas de violencia y género, directrices que pueden ser obtenidas de las propuestas que presenta el denominado Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), con las cuales se hace posible superar los obstáculos que presenta la investigación con perspectiva de género en diferencia a una investigación ordinaria, teniendo como iniciativa en el país la implementación de Fiscalías especializadas en género y las Unidades Judiciales especializadas de Violencia de Género.

Por último, el desarrollo de jurisprudencia por parte de la Corte Nacional de Justicia conjuntamente con la implementación de talleres y protocolos de intervención, constituyen medidas necesarias y permanentes a fin de unificar el criterio de los órganos jurisdiccionales de los diferentes niveles y sectores del país, con el fin de mejorar las actuaciones de quienes conforman el personal fiscal y judicial para poder alcanzar una aplicación de justicia igualitaria sin que se genere la prevalencia de uno u otro género frente al otro.

Referencias

- Aguilar, D., & Rodríguez, C. (2018). El Femicidio en la prensa ecuatoriana: análisis de contenido de los Diarios El Universo y El Comercio. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 13-32.
- Antony, C. (Agosto de 2011). Compartiendo criterios y opiniones sobre femicidio/feminicidio". (S. Chiarotti, Ed.) *Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del femicidio/feminicidio*, 11-93.
- Buompadre, J. E. (2013). *Violencia de género, femicidio y derecho penal*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Carcedo, A. (2011). *Femicidio en Ecuador*. Quito: Manthra editores.
- Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1992). *La Violencia contra la Mujer. Recomendación General N° 19*. Secretaría General de la ONU.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington D.C.: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.
- Estrella Bucheli, M. (2015). El femicidio: ¿un tipo penal o un problema social? *Derecho Ecuador*, 12-17.
- Jiménez Rodríguez, N. P. (Diciembre de 2011). Femicidio/Feminicidio: Una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas. *Logos, Ciencia & Tecnología*, 3(1), 127-148.
- Munévar, D. I. (2012). Delito de femicidio: Muerte violenta de mujeres por razones de género. *Estudios Socio-Jurídicos*, 135-175.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Bogotá: Secretaría General de la ONU.
- Pinos, G., & Ávila, J. (2013). *El femicidio: la manifestación mortal de la violencia contra la mujer*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Pontón, J. (2009). Femicidio en el Ecuador: realidad latente e ignorada. *Programa de estudios de la ciudad*, 9.

- Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la RAE*.
- Rusell, D., & Harmes, R. (2006). *Femicidio: una perspectiva global*. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
- Russell, D., & Radford, J. (1992). *Femicide. The politics of woman killing*. Nueva York: Macmillan Publishing Company.
- Sarmiento Núñez, J. G. (1998). *Casación Civil*. Texas: Academia de ciencias políticas y sociales.
- Segato, R. (2010). Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos. *Scielo*, 30.
- Sentencia CC-297/2016, Violencia de género (Corte Constitucional de Colombia 08 de Junio de 2016).
- Sentencia CNJ-789/2015, Homicidio calificado - continuum de violencia de género (Corte Nacional de Justicia de Ecuador 09 de Junio de 2015).
- Fiscalía General del Estado. (2020). *Reporte oficial de Femicidio*. Quito. Recuperado el 15 de Julio de 2021, de <https://www.fiscalia.gob.ec/analitica-muertes-de-mujeres-en-contexto-delictivo/>
- Taus, P. (2014). *La violencia ecuménica desde una perspectiva de género*. California: Windmills International Editions.
- Toledo Vásquez, P. (2009). *Feminicidio*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Torregiani, V. (2013). *La violencia de género*. Buenos Aires: Editorial Dunken.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N° 180, 10 de febrero de 2014.
- Convención Interamericana para prevenir la violencia contra la mujer. XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Belém do Para, 09 de junio de 1994. Registro Oficial Suplemento N° 153, 15 de junio de 1995.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 18 de octubre de 1979. Registro Oficial N° 108, 27 de octubre de 1981.

Capítulo 10

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, POR PARTE DE LOS JUECES MULTICOMPETENTES EN EL JUZGAMIENTO DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES: SENTENCIA N° 9-17-CN/19, NUMERAL 3, LITERAL C

Bartolomé Gil Osuna

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

bagil2@pucesi.edu.ec

Resumen

La justicia especializada no excluye lo general, sino que incluye al conjunto de derechos y garantías que tiene la niñez y adolescencia, en todos los ámbitos judiciales y no judiciales en el Ecuador, por lo que su aplicación, concertación y efectivización compromete a todos. El respetar y hacer respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una obligación de toda la colectividad, sociedad civil, como *condictio sine qua non* para garantizar que estos derechos no sean vulnerados; sobre todo, en el juzgamiento de adolescentes infractores quienes soportan nefastas situaciones procesales. Por ello, el objetivo general de esta investigación es determinar si el numeral 3 literal c de la Sentencia N° 9-17-CN/19 emitida por la Corte Constitucional vulnera el principio de especialidad con la finalidad de no afectar el debido proceso de los adolescentes infractores. Dentro de la metodología se utilizaron los métodos jurídico-normativista, el inductivo-deductivo y el analítico-sintético, que permitieron descomponer el principio de especialidad en todas sus partes o elementos para observar las causas de su vulneración en los procesos contra adolescentes infractores en conflicto con la ley penal, desde un enfoque cualitativo y una profundidad descriptiva dentro del análisis de una justicia constitucionalizada como la ecuatoriana; direccionada a la técnica de recolección de datos de la revisión técnico-documental. Se logró evidenciar que hay insuficiencia de juzgadores especializados en Ecuador y la Corte Constitucional en su Sentencia en el numeral 3, literal c, frente a esto ordena al Consejo de la Judicatura que en los cantones donde no hay jueces especializados las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio del proceso de adolescentes infractores lo sustancie el juez multicompetente y el juicio lo sustancie un juez de familia, mujer y adolescente, lo que –a todas luces del derecho– constituye una vulneración al derecho de especialidad constitucionalmente establecido.

Palabras Clave: Principio de especialidad, adolescentes infractores, juzgamiento, jueces multicompetentes, Corte Constitucional.

Abstract

Specialized justice does not exclude the general, but rather includes the set of rights and guarantees that children and adolescents have, in all judicial and non-judicial areas, in Ecuador, so its application, agreement and implementation commits everyone. Respecting and ensuring that the rights of children and adolescents are respected is an obligation of the

entire community, civil society, as a *condictio sine qua non* to guarantee that these rights are not violated; above all, in the trial of adolescent offenders who endure harsh procedural situations. Therefore, the general objective of this investigation is to determine if paragraph 3 literal c of Sentence No. 9-17-CN/19 issued by the Constitutional Court violates the principle of specialty in order not to affect the due process of the offending adolescents. Within the methodology, the legal-normativist, inductive-deductive and analytical-synthetic methods were used, which allowed the decomposition of the specialty principle into all its parts or elements to observe the causes of its violation in the processes against adolescent offenders in conflict with the criminal law, from a qualitative approach and a descriptive depth within the analysis of a constitutionalized justice like the Ecuadorian one; directed to the data collection technique of the technical-documentary review. It was possible to show that there is a lack of specialized judges in Ecuador and the Constitutional Court in its Judgment in paragraph 3, literal c, in response to this orders the Council of the Judiciary that in the cantons where there are no specialized judges the phases of investigation, evaluation and preparatory trial of the process of adolescent offenders is held by the multi-competent judge and the trial is held by a family, woman and adolescent judge, which –by all appearances of the law– constitutes a violation of the constitutionally established right of specialty.

Key Words: Principle of specialty, adolescent offenders, judgment, multicompetent judges, Constitutional Court.

Introducción

La vulneración del principio de especialidad, en el juzgamiento por parte de los jueces multi-competentes, dentro del proceso penal de los adolescentes infractores, es bastante frecuente en la praxis judicial del Ecuador. Un aspecto relevante es el juez o la jurisdicción que conoce los casos, debiendo ser especializada, de tal forma que pueda comprender el principio de interés superior del niño en el análisis de los hechos y en la interpretación de las normas que regulan la situación de los adolescentes infractores. Por ello, los jueces que conocen las causas de adolescentes infractores deben ser competentes, independientes e imparciales, que puedan resolver las causas mediante medios legales idóneos para la protección de los derechos de los adolescentes infractores.

Dentro de esta denominación o nuevo prototipo de Estado Constitucional de Derechos, la administración de justicia ecuatoriana, indubitadamente, hace que se rija bajo una serie de derechos y principios, que garanticen el efectivo cumplimiento y protección de los derechos reconocidos en la Constitución de la República (en adelante CRE) de 2008, como advierten Plaza y Zamora (2020). Ante este contexto y con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) en el año 2009, se establecen los principios rectores, entre ellos, el *principio de especialidad*, determinado en el Art. 11, en estricto apego constitucional y dando fiel cumplimiento a los Arts. 168 y 169 de la Constitución, que permiten a los justiciables el acceso a la administración de justicia, en particular, los adolescentes infractores en conflicto con la ley penal.

La especialización de los jueces y de los operadores de justicia en instancias superiores, a la que se hace referencia en esta investigación, es un derecho de los adolescentes infractores, que surge de la interpretación de la propia ley y de los instrumentos internacionales, por lo que se considera absolutamente necesaria, puesto que, de otra forma, no se estaría garantizado plenamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una justicia especializada

y más aun tratándose de casos de naturaleza penal, como aducen Cabrera y Ruiz (2022), se deben “garantizar los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en virtud que, en algunos casos, se han vulnerado estos derechos y han sido tratados como adultos, ingresándolos a centros de privación de libertad para adultos” (p. 177).

En el Ecuador, como se sabe, los jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia o Juez de Adolescentes Infractores con respecto a las causas penales... conocen todas las etapas que se dan dentro de los procesos penales de adolescentes infractores, es decir, conocen la flagrancia, la audiencia de formulación de cargos, la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio y la audiencia de juicio, lo que conlleva a que los jueces vayan adquiriendo con los elementos aportados por los sujetos procesales, en las distintas etapas procesales, criterios intrínsecos del Juez de resolver a favor o en contra del adolescente procesado, lo que, de cierta manera, rompe con la imparcialidad que establece la Constitución, ya que el juzgador pasa a la etapa de juzgamiento y posiblemente se haya contaminado por los anticipos probatorios, lo cual, al decir de Zaffaroni (1994), contribuyen al difuso concepto de –crisis judicial–, “caracterizada como producto de varios factores” (p. 6), como éste que se aborda en este contexto.

La imparcialidad procesal se puede resolver con el conocimiento del caso por parte de otro juez competente; pero esto genera un problema adicional: la disponibilidad de jueces especializados en su jurisdicción para conocer el caso. Es bien sabido que, los jueces con formación en familia o jueces con formación en derecho penal de adultos no necesariamente cumplen con el requerimiento de la justicia especializada para adolescentes infractores. Peor aún, los jueces y Tribunales penales tienen una formación que es distinta a la requerida para juzgar a adolescentes infractores. La especialidad, tal como la define la Sentencia No. 9-17-CN/19, es un problema que se deriva de la necesidad de contar con un juzgador, en cada jurisdicción, distinto al que realizó la instrucción. Lo que conlleva a preguntarse, como lo hacen Cabrera y Ruiz (2022):

Los Estados miembros de la Convención de Derechos del Niño todos garantizan el principio de especialidad en justicia penal para adolescentes o se debería exigir, en especial, que jueces, fiscales, defensores públicos tengan formación de cuarto nivel, postgrado, es decir, una especialidad o maestría en justicia penal para adolescentes infractores o afines, en adolescentes en conflicto con la ley penal; y, de esta manera, se cumpla con los principios rectores de la justicia especializada, determinada en el Art. 37 y 40 de la Convención de Derechos del Niño; Art. 5.5 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la Observación General 24, y en el caso particular de Ecuador, el Art. 175 de la CRE, Arts. 255, 259 y 305 del CONA (p. 179).

Ante este panorama jurídico, se presenta consulta, ante el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, sobre si el mismo juez de la niñez y adolescencia puede conocer y resolver todas las etapas del proceso (instrucción, evaluación y preparatoria del juicio, y juicio). Por ello, la Sentencia No. 9-17-CN/19 emitida el 9 de julio de 2019 por la Corte Constitucional de Ecuador, que se desprende de la consulta formulada respecto de la constitucionalidad de las normas que tratan sobre la acusación y sobreseimiento en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), ya que genera contradicciones en cuanto a la imparcialidad y especialidad de la justicia dentro del proceso de los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal, que viene a constituir material jurídico de gran relieve para este estudio.

En lo anteriormente expuesto, para solventar dichas situaciones, la Corte Constitucional resuelve declarar la constitucionalidad condicionada del Art. 357 del CONA estableciendo que el

juez de adolescentes infractores que tenga en su conocimiento o haya tramitado las etapas de instrucción, evaluación, preparatoria y evaluatoria de juicio y que convoque a la audiencia de juicio, no podrá sustanciar la fase de juicio ni dictar sentencia, por lo que la audiencia de juicio deberá ser sustanciada por otro juez de adolescentes infractores. Siendo que existen cantones que no cuentan con especialidad, sino, más bien, con jueces multicompetentes, se da a estos la potestad de poder sustanciar los procesos penales de adolescentes infractores, por lo que al no existir una efectiva especialidad se puede considerar que contraviene el Art. 175 de la CRE que habla sobre el principio de especialidad (CONA, 2002).

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe observar de una forma global las garantías del debido proceso, además de garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, por lo que se debe atinar en una forma de suplir, de manera íntegra, este problema jurídico ya que los adolescentes en conflicto con la ley penal se convierten en sujetos vulnerables frente al *ius puniendi* estatal, a los cuales por su condición se les debe garantizar sus derechos en el proceso penal en el que estén inmersos. Por esto, la presente investigación está orientada a responder las siguientes incógnitas: ¿Con la decisión de la Corte Constitucional al dar la potestad a los jueces multicompetentes de conocer la etapa de juicio de los adolescentes infractores vulnera el Art. 175 de la CRE?; ¿Tienen los jueces multicompetentes capacidad para conocer los procesos de adolescentes infractores, para una efectiva administración de justicia?

En cuanto al *principio de especialidad* que nace por la jurisdicción, el jurista uruguayo Enrique Véscovi (2007), sostiene “es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer la norma, el derecho” (p. 215); sobre todo, a las personas vulnerables, en función de una adecuada administración de justicia, como lo señala en el Art. 75 constitucional, según el cual se debe asegurar y garantizar la tutela efectiva, que impone al juez resolver los conflictos, puestos a su conocimiento, en función de la materia y de acuerdo a su formación profesional. El presente tema de investigación se sustenta en la vulneración que se causa al principio de especialidad establecido como derecho constitucional de los adolescentes, cuando el juzgamiento es realizado por jueces multicompetentes, lo que desvirtúa este principio; ya que, se puede considerar que los jueces multicompetentes al conocer de todas las materias dentro de su jurisdicción actúan sin el empleo de sistemas adecuados de instrucción, como lo exige la Organización de Naciones Unidas (1985) en las Reglas de Beijing.

La CRE en su Art. 175 hace mención al principio de especialidad, estableciendo que los adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, además de que los operadores de justicia que avoquen conocimiento de este tipo de causas estén debidamente capacitados (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008). De no darse fiel cumplimiento a este precepto constitucional la validez del proceso penal puede verse afectada. Por otra parte, también se considera una vulneración al debido proceso, establecido en el Art. 76 *ejusdem*, ya que, dentro de las garantías básicas del debido proceso, se establece el derecho a ser juzgado por un juez especializado. También puede existir el quebrantamiento del precepto constitucional contenido en el Art. 82, relativo a la seguridad jurídica.

El objetivo general de esta investigación es determinar si el numeral 3 literal c de la Sentencia No. 09-17-CN/19 emitida por la Corte Constitucional vulnera el principio de especialidad, afectando el debido proceso de los adolescentes infractores. Este objetivo permite evidenciar que el legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, estableció que la potestad jurisdiccional en los procesos de adolescentes infractores será ejercida por las juezas y jueces, en forma especializada; este contexto, argumenta *prima facie* que el legislador busca dotar a los ecuatorianos de una administración de justicia especializada, después de una larga época

de violaciones a los principios generales de la justicia, como aseveran Plaza y Zamora (2020). No obstante, en este mismo artículo que describe el principio de especialidad, se aprecia un condicionamiento a este derecho reconocido para las ecuatorianas y ecuatorianos en todo el territorio nacional, al establecer que en lugares de escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, un juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones; lo que conduce a presumir *ab initio* que la justicia multicompetente, en la praxis judicial ecuatoriana permite vulnerar el principio de especialidad.

Métodos

Esta investigación que intenta esclarecer la vulneración del principio de especialidad dentro del juzgamiento de los adolescentes infractores por parte de los jueces multicompetentes, se realizó desde un enfoque cualitativo, que analizó la normativa ecuatoriana, sobre todo desde la vigencia de la Constitución de Montecristi, debido a que, con ella, se constitucionaliza la justicia, estableciendo principios de administración de justicia, que serán los rectores del proceso en general; del mismo modo, se hizo una indagación de los criterios doctrinarios de los autores nacionales y extranjeros sobre esta temática de vanguardia. El nivel de profundidad de la investigación fue descriptivo porque dentro del análisis de una justicia constitucionalizada como la ecuatoriana, se debe garantizar el derecho al acceso a una justicia ejercida por jueces especializados como derecho que ampara a todos los adolescentes infractores, describiéndose de manera detallada estos constructos jurídicos.

Desde esta perspectiva metodológica, es menester señalar lo expresado por Walliser (2021), “que la investigación jurídica documental permite analizar y comprender la exposición de ideas o argumentos esgrimidos en relación a un instituto jurídico, o en una sentencia y posicionar una postura respecto del contenido jurídico” (párr. 6). De esta manera, la metodología como epicentro de toda investigación pretende dar respuesta al objetivo planteado; por lo que fue adecuado utilizar el método jurídico-normativista para evaluar el contenido de las normas jurídicas que se encuentran dentro de la CRE, CONA, COFJ y la sentencia emitida por la Corte Constitucional de fecha 9 de julio de 2019 sobre el juzgamiento de los adolescentes infractores por parte de los jueces multicompetentes y el principio de especialidad, con el ineludible propósito de contribuir con el sistema de justicia, evitando la vulneración de principios constitucionales al momento de administrar justicia.

El método inductivo-deductivo contribuyó a determinar un problema existente a nivel nacional y trasladarlo a la realidad, la multicompetencia en el proceso penal, en particular, en la región norte del país. Este método fortaleció el desarrollo de esta investigación, debido a que el planteamiento del problema inicia con premisas particulares derivadas de la experiencia diaria en las labores de la administración de justicia, que requiere de más jueces especializados; lo cual afecta, no solo a esta región sino a nivel nacional, por lo que es indispensable su estudio para elaborar propuestas generales que mitiguen su vulneración.

La aplicación del método analítico-sintético permitió descomponer el principio de especialidad en todas sus partes o elementos para observar las causas de su vulneración en los procesos penales contra adolescentes infractores, y después relacionar cada reacción mediante la elaboración de una síntesis general del fenómeno estudiado, conjugándolo con la Sentencia No. 9-17-CN/19 emitida por la Corte Constitucional, para conocer cuáles fueron las alternativas aplicadas por el Consejo de la Judicatura, mediante la adopción de medidas más favorables en cuanto a garantizar el principio de especialidad en el juzgamiento de los adolescentes infractores.

Como técnica de recolección de datos para esta investigación se aplicó la revisión técnico-documental, que permitió la recopilación de varias fuentes de información a través de la búsqueda de normativa acerca del derecho constitucional que tienen los adolescentes infractores de una justicia constitucionalizada y especializada; así como la opinión versada de doctrinarios nacionales e internacionales sobre el principio de especialidad en el juzgamiento penal. Por lo que se hizo uso de repositorios digitales, bibliotecas nacionales y distintas obras *online*: textos, ensayos, artículos científicos y tesis que analizan con anterioridad este tema, evidentemente desde otras perspectivas, pero que coadyuvaron a la obtención de resultados acordes con los objetivos planteados.

Resultados y Discusión

La revisión documental como técnica de investigación en este trabajo ha sido fundamental para lograr resultados significativos teniendo como base la información obtenida del análisis normativo del sistema jurídico ecuatoriano relativo al juzgamiento de los adolescentes infractores, las resoluciones referidas a la sentencia No. 9-17-CN/19 emitida por la Corte Constitucional, el COFJ, el CONA, la Constitución Política ecuatoriana, la CRE, los Tratados Internacionales sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; así como también, la información obtenida directamente de libros y tesis que abordan el tema del principio de especialidad en los jueces multicompetentes en procesos judiciales de adolescentes infractores.

Generalidades del principio de especialidad de adolescentes infractores

La especialización de los funcionarios encargados de la justicia de adolescentes infractores *representa la garantía del respeto a los derechos* de éstos, puesto que en la consideración que dichos funcionarios tengan de la real situación del adolescente infractor en el caso concreto, permitirá garantizar la aplicación adecuada e interpretación precisa de las normas, siempre sobre la base del interés superior. Por su parte, las normas internacionales, tales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989; las Reglas de Beijing, denominada Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; las Reglas de Tokio, llamadas también Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices de Riad, denominadas Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, reconocen, como asevera Ortega (2018), la existencia de un sistema penal de adolescentes infractores, que constituye un verdadero *Corpus Iuris* aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

El CONA (2003) en la legislación ecuatoriana, plantea dos circunstancias, sobre el sistema de justicia penal de adolescentes: por un lado, la creación de órganos especializados; y, por otro, la especialización en la formación de los funcionarios de dichos órganos. Para ser juez en esa especialidad, se requiere de la “evaluación del conocimiento y comprensión del candidato acerca de los principios y normas del presente Código, Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, y más instrumentos internacionales vigentes sobre derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes (NNA)”, tal como lo estatuye el Art. 263.

Esto ha permitido que en Ecuador se haya ordenado establecer la “administración de justicia especializada en la niñez y adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reglados en el Código” (Congreso Nacional, CONA, 2003, Art. 255). Ésta se conformará por “los juzgados de la niñez y adolescencia y los juzgados de adolescentes infractores” según el Art. 259. Estos jueces son competentes para conocer y resolver las causas relacionadas con la responsabilidad penal del adolescente infractor, dentro de las respectivas circunscripciones territoriales (Asamblea Nacional, COIP, Arts. 402-408; Congreso Nacional, CONA, Art. 262). *En los cantones las causas las conocen los jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia*. Esto contraviene la exigencia de especialidad de los operadores de justicia que garantizan los instrumentos internacionales y la propia ley, debido que en la mayoría de los casos son jueces multicompetentes, lo que constituye el epicentro de esta investigación.

Del mismo modo, Machado (2018) hace referencia a que cualquier análisis sobre los derechos de menores de edad pasa por el tamiz de la consideración de estos como grupo vulnerable, cualquier decisión a tomar debe tener efectos progresivos en el tiempo en relación con el bienestar de los menores, y los deberes de los niños no pueden interpretarse como limitantes a sus derechos, sino un complemento que les dota de una capacidad especial para su exigencia. Al mismo tiempo, todo ello supone la introducción de una idea o principio que se relaciona con el de interés superior: el de –protección integral–, que en materia penal de adolescentes es prioritaria, y vela por la progresividad de derechos de NNA, como asegura Bravo (2022).

Se entiende por *protección integral* de la niñez y la adolescencia la doctrina que “reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y establece a su vez las responsabilidades públicas en la garantía de los mismos” (Munduate, 2010, p. xi). Esta institución jurídica de la protección integral aparece desarrollada preliminarmente en la Constitución ecuatoriana, sobre bases muy sólidas; así, el Art. 44 inciso segundo de aquella estatuye el desarrollo integral del menor y lo define como:

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 44).

En este sentido, se pronuncian Cevallos et al (2023), quienes consideran que el nuevo paradigma del principio de protección integral es que los menores son sujetos de derechos y que estos deben ser respetados por todos, y que esto no es solo responsabilidad del Estado, sino una relación tripartita entre el Estado, la familia y la sociedad, para, de esta manera, garantizar el interés superior del niño y se desarrolle de plenamente (p. 3).

Esto conlleva a que la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia se encuentre especializada para poder prestar una mejor atención a sus necesidades, en orden a lo que prevén los artículos 175 y 186 inciso tercero de la propia Constitución. Ello no es óbice para que se valore de plano que todos los mecanismos de protección de aquellos se encuentran creados para ese fin en la jurisdicción especializada, de manera que puede existir colisión de derechos y la perentoriedad de acudir a otras vías para la solución de conflictos que puedan presentarse en el proceso penal de menores infractores.

La vulneración al principio de especialidad en la administración de justicia multicompetente, en el Ecuador, pareciera ser constante, por lo que Plaza y Zamora (2020), expresan que la Constitución de la República, en uno de los capítulos desarrolla una sección sobre los principios de la administración de justicia, en la que expresa que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, considerándose este mandato como una base para la edificación de una adecuada estructura judicial, debido a que la responsabilidad de exigir y velar por el cumplimiento de este derecho, recae en el pueblo; además, la Constitución establece la responsabilidad del Estado, entendida como una obligación estatal de garantizar una justicia constitucionalizada a través de los órganos de la Función Judicial, dotando a los ecuatorianos y ecuatorianas, de jueces especializados en cada materia, de acuerdo a su competencia; sobre todo, en materias tan peculiares como la de adolescentes infractores.

Continúan los autores Plaza y Zamora (2020), al mencionar que, con las normas constitucionales vigentes, se puede apreciar el irrespeto y vulneración al principio de especialidad al crear un sistema multicompetente en lugares con escasa población o en atención a la carga procesal; sin embargo, nos detenemos a pensar que incluso se vulneraría el derecho a la igualdad que todos y todas tenemos, derecho que también debe verse respetado y garantizado, cuando se trate de ser juzgados por un juez especializado en cada materia. También consideramos que esta vulneración afecta a dos poblaciones, al juez quien es el principal actor dentro de la función judicial, que al tener varias materias a su cargo limitaría su desempeño y profesionalismo y, por otra parte, las y los usuarios quienes, al acceder a la justicia, podrían no encontrarse satisfechos con los resultados, evidencia así, no solo una afectación al principio de especialidad sino a la tutela judicial efectiva (p. 1150).

En este hilo constitucional, se debe hacer referencia a lo que una norma infra constitucional como el COFJ describe sobre el *principio de especialidad*, en su Art. 11: “La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código” (Asamblea Nacional, COFJ, 2008, Art. 11).

Esta descripción del principio de especialidad dada por el COFJ considerado, como un mandato de optimización, tal como señala Alexy (2004), debe ser cumplido en la medida de lo posible, hace evidente esta vulneración por parte del legislador al hacer referencia a que podrá un juez ejercer varias o la totalidad de las especializaciones; no obstante, se debe subrayar que este artículo señala se “podrá”, más no obliga a que exista un sistema multicompetente que trae como consecuencia la vulneración al principio de especialidad y, por ende, una inadecuada tutela judicial efectiva, derechos que cuentan con un rango constitucional, que según la misma son de directa e inmediata aplicación en los procesos en general y los procesos de adolescentes infractores, en particular.

Resultados de la revisión documental. Estructura del Sistema Especial de jueces en el Ecuador

La revisión documental ha permitido palpar la realidad del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que estatuye el CONA, en su Libro Tercer, Arts. 190 y ss., que establecen la estructura de la administración de justicia especializada que cumple un rol importante para el juzgamiento de los adolescentes infractores. La Sentencia del caso No. 0009-17-CN., hizo referencia a esto.

Vulneración del principio de especialidad, por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores: Sentencia N° 9-17-CN/19, numeral 3, literal c

La administración de justicia especializada y los operadores judiciales capacitados, se encuentran estructurados así, a nivel nacional:

Primero, sobre las Unidades Judiciales especializadas de Adolescentes en Conflicto con la Ley en las siguientes ciudades: Quito (2), Guayaquil (3), Babahoyo (1), y Quevedo (1), en las cuales pertenecen solamente a ocho jueces, mientras que el resto de ciudades asumen la competencia las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y en otros lugares juzgados multicompetentes, mismos que se ha determinado que no cuentan con la especialización ni capacitación que necesitan.

Segundo, respecto a Fiscalía de Adolescentes Infractores a nivel nacional existen 22 divididas de la siguiente manera: Azuay (1), Chimborazo (2), El Oro (2), Esmeraldas (1), Guayas (4), Imbabura (1), Los Ríos (2), Manabí (2), Pichincha (4), Santo Domingo (1), Sucumbíos (1), Tungurahua (1) y Zamora Chinchipe (1).

Tercero, respecto a la Defensoría Pública existen 16 defensores públicos a nivel nacional especializados en adolescentes infractores, conformados de la siguiente manera: Esmeraldas (1), Guayas (4), Imbabura (4), Pastaza (1), Pichincha (5), Tungurahua (1). A pesar de haber 197 defensores públicos que brindan patrocinio a adolescentes no cuentan estos con una capacitación de dicha materia. (*Amicus Curiae* presentado por la Defensoría Pública del Ecuador conformado por el Abg. Luis Hernán Altamirano (expediente Caso No. 0009-17-CN, folio 225).

De los datos aportados por el *Amicus Curiae* arriba señalados la Corte Constitucional expresó en el párrafo 69 de la sentencia del caso 0009-17-CN lo siguiente:

[...] la Escuela Judicial en coordinación con las escuelas de fiscales y defensores públicos deberán establecer un programa de formación adecuada y permanente [en el cual conlleva] el conocimiento de la doctrina de protección integral [...] Este programa contará con la asistencia de personas expertas [...] para elaborar el contenido, las metodologías y los fines de los programas de formación. [...] sólo los jueces especializados certificados podrán juzgar a adolescentes infractores. Los beneficiarios [de dichos programas de formación] deberán ser todos los operadores de justicia [...] es decir, jueces, fiscales y defensores públicos.

El *criterio de especialidad* al cual hace referencia la CRE no es exclusivo de las ciencias jurídicas, aunque, recientemente, es frecuente su utilidad en estas. Dicho principio ha sido entendido legislativamente como:

Art. 11.- Principio de Especialidad.- La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código (COFJ, 2009).

Pero la realidad es otra muy muy distinta; ya que en la misma sentencia señalan que, no cuentan con recursos por parte del Ministerio de Finanzas para cumplir con la *jurisdicción especializada*; además respecto de la posibilidad de crear juzgados especializados en adolescentes infractores han indicado que se podría trabajar con el personal que actualmente ya dispone el Consejo de la Judicatura (Corte Constitucional. Sentencia No. 09-17-CN/19). Respecto de

esta última situación María del Carmen Maldonado, Presidenta del Consejo de la Judicatura, señaló que, en mayo de 2020, citada por Pauta-Polo (2020):

se aprobó, la creación de una comisión que apoyará la implementación de especialidad en los jueces, durante su periodo. Para ello, señala que, en virtud de un Convenio con la Universidad de Ginebra, 50 operadores de justicia, podrán acceder a programas de becas de 680 horas para acreditar la especialidad (Maldonado, p. 58).

Es de esperar que estos programas de becas que acreditan la especialidad puedan lograrse satisfactoriamente, puesto que hasta el presente el ejercicio efectivo de una Justicia Especializada se hace cuesta arriba y pese al intento de resolver la falta de jueces, no evita el colapso del sistema judicial; por consiguiente, se retrasan los procedimientos que en último lugar perjudican al adolescente infractor. Esta situación procesal debería ser realmente atendida, ya que se vulnera el principio de corresponsabilidad, continuidad, entre otros.

Tomando en cuenta esta realidad la Corte Constitucional en su sentencia No. 09-17-CN/19 se pronunció, en relación a implementar un plan especial para ayudar a la administración de justicia especializada, y emitió lo siguiente:

[...] El Consejo de la Judicatura, para garantizar de forma progresiva el derecho de toda persona adolescente a tener una justicia imparcial y especializada [...] diseñará y ejecutará un plan para la implementación de la Administración de Justicia Especializada para adolescentes infractores (Corte Constitucional. Sentencia No. 9-17-CN/19).

Del análisis de este contexto de la formación de los operadores de justicia, se constata que no se han dado capacitaciones necesarias para los jueces, fiscales y defensores que tienen procesos de adolescentes infractores, como asevera Palacios (2020) y Cabrera y Ruiz (2022); lo que evidencia una crisis en el proceso de adolescentes infractores, la falta de jueces especializados, y cuya formación no es continua ni permanente. Para lo cual se espera que el plan de implementación emitida por la Corte Constitucional tenga resultados favorables para este sistema de justicia especializada.

Lo pronunciado por la Corte Constitucional conllevó a que, el Consejo de la Judicatura emitiera en año 2019 la resolución No. 152-2019 en donde establece que en infracciones flagrantes por parte de adolescentes infractores, se estableció que los jueces especializados en adolescentes infractores serán competentes para conocer de las infracciones flagrantes de lunes a viernes en horarios de 08h00 a 17h00; además, agrega que, a falta de estos jueces especializados serán competentes los jueces de familia; y a falta de estos serán los multicompetentes (Consejo de la Judicatura. Resolución No. 152-2019). También determinó esta resolución que, en días y horarios no laborables ejercerán su función en el orden de prelación antes indicada.

Es evidente que esta resolución, emitida por el Consejo de la Judicatura, no cumple con la finalidad de la justicia especializada, constitucionalmente establecida, puesto que, en caso de que un adolescente infractor sea aprehendido y llevado a la Unidad de Flagrancia en horas de la noche, quien conocerá la causa no será un juez especializado o capacitado para esta justicia especializada, sino un juez de familia y en caso de no contar con uno de familia será un juez multicompetente, lo que agrava la situación jurídica del adolescente infractor. Esto pone de manifiesto lo expresado por Tenecota y Vázquez (2023), quienes aseveran que en los resultados de su investigación “se estableció la falta de jueces debidamente especializados en

Vulneración del principio de especialidad, por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores: Sentencia N° 9-17-CN/19, numeral 3, literal c

materia constitucional y otras áreas, lo cual vulnera los derechos a la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso” (p. 199).

Aspectos relevantes de la Sentencia No. 9-17-CN/19 en cuanto al juzgamiento de adolescentes infractores

Muchos son los aspectos que se pueden resaltar en esta Sentencia No. 9-17-CN/19, en cuanto al juzgamiento de los adolescentes infractores que tienen conflicto con la ley penal, debido a que tienen derecho a un juicio imparcial y especializado. El Estado, en consecuencia, tiene la obligación de establecer en cada distrito operadores judiciales especializados en adolescentes infractores, valga decir, jueces, fiscales y defensores públicos especializados.

La Corte Constitucional (2019) considera a un operador judicial como especializado en adolescentes infractores si es que tiene algunas capacidades: 1) Conocimiento sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes (doctrina de protección integral); 2) Comprensión de la distinción entre la justicia adolescentes infractores y otras formas de hacer justicia, en particular, la justicia penal de adultos y; Compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores.

Para destacar otros aspectos, se diseña el siguiente Cuadro 1, que comprende un análisis sucinto del contenido jurisprudencial de la Sentencia No. 9-17-CN/19, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador:

CUADRO 1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 9-17-CN/19. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	
Investigadores: Nombres	Abg. Steven Alexander Rosero Juma Ph.D. Bartolomé Gil Osuna
Tema de Investigación	Vulneración del principio de especialidad, por parte de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los Adolescentes infractores.
1. Contexto jurisprudencial	
1.1. Identificación de la Sentencia	
Número	Sentencia No. 9-17-CN/19
Fecha	Quito, D.M., 09 de julio de 2019
Tipo de Acción interpuesta	Consulta de Constitucionalidad de Norma, Arts. 354, 356.7 y 357 del CONA
Magistrado Ponente	Ramiro Ávila Santamaría
Lugar de origen	Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato, Provincia de Tungurahua.
Caso que suscita la Consulta de Norma	El 17 de mayo de 2017, la Fiscalía de Ambato, Provincia de Tungurahua, formuló cargos contra un adolescente por la presunta comisión del delito tipificado en el Art. 103 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). En este caso la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato, Provincia de Tungurahua estableció la duración de la etapa de instrucción y dictó medidas cautelares no privativas de libertad.
1.2. Motivo de la consulta	
En julio de 2017 la jueza, en la audiencia preparatoria de juicio, resolvió suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente a la Corte Constitucional a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los Arts. 354, 356.7 y 357 del CONA. En Agosto de 2017, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la causa N° 9-17-CN.	
Tema específico	La Jueza consulta si el mismo juez de la niñez y adolescencia puede conocer y resolver todas las etapas del proceso (instrucción, evaluación y preparatoria de juicio, y juicio). Esta sentencia analiza la garantía de imparcialidad judicial y el principio de administración de justicia especializada en el juzgamiento de adolescentes infractores.

Decisión resumen	Declarar que los Arts. 354 y 356.7 del CONA no tienen los vicios de inconstitucionalidad consultados. Declara la constitucionalidad condicionada del Art. 357 del CONA.
Al declarar la constitucionalidad condicionada del Art. 357 del CONA, lo hace siempre y cuando la disposición se interprete de este modo: El juez o jueza de adolescentes infractores que haya tramitado las etapas de instrucción, evaluación, preparatoria de juicio y convoque 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. 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, niñez y adolescencia, y el juicio lo sustanciará otro juez o jueza de familia, mujer, niñez y adolescencia. c.- En los cantones que tuvieren jueces o juezas multicompetentes y no hubiere 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, niñez y adolescencia. También hace referencia al Consejo de la Judicatura que para garantizar de forma progresiva el derecho de toda persona adolescente a tener una justicia imparcial y especializada, en un plazo razonable, diseñará y ejecutará un plan para la implementación de la Administración de Justicia Especializada para adolescentes infractores. Notifíquese, publíquese y cúmplase.	
Accionantes	Jueza María Alexandra León Torres
Tipo accionante	Pública
Normas constitucionales demandadas	Art. 76, numeral 7, literal k, de la CRE. y Art. 175 de la CRE.
Normas constitucionales tratadas	Art. 76, numeral 7, literal k, de la CRE. Que establece: El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente... Art. 175 CRE. Que norma: 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.
2. Argumentos de la Corte Constitucional	
1.1. Problema jurídico resuelto por la Corte (Ratio decidendi)	
Problema Jurídico 1. ¿Los Arts. 354, 356.7 y 357 del CONA violan la garantía del juez imparcial, reconocida en el numeral 7, literal k, del Art. 76 de las CRE, por establecer que el mismo juzgador debe conocer la instrucción, la evaluación y preparación del juicio, y el juicio de adolescentes infractores? Problema Jurídico 2. ¿Cómo se garantiza la administración de justicia especializada para adolescentes infractores, prescrita en el Art. 175 de la CRE?	
Razón	Siento por tal, que la Sentencia que antecede, fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional luego del procesamiento de las observaciones recogidas en el Acta de la sesión respectiva del lunes 15 de julio de 2019.

Fuente: Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 9-17-CN/19.

Autores: Rosero y Gil-Osuna (2023).

Jurisdicción de los jueces multicompetentes en el juzgamiento de los adolescentes infractores

Al hacer una retrospectiva en la evolución de la multicompetencia en Ecuador se evidencia que surge con el COFJ que entró en vigencia el 9 de marzo del 2009, de modo que en los momentos actuales existen Salas Multicompetentes, Unidades Judiciales Multicompetentes y Juzgados Multicompetentes en todo el país, lo cual rompe con el principio de especialización de la justicia, lo que ha dado lugar a una transformación en el sistema de Justicia (COFJ, 2019).

El COFJ preceptúa que el Consejo de la Judicatura, atendiendo a las necesidades de la población, creará el número de juzgados y tribunales, juezas y jueces suficientes para que conozcan de las materias que determine la ley. Este enunciado, en palabras de Machado (2018), queda simplemente en letra muerta con la creación de las “Unidades y Juzgados Multicompetentes”, cuyos operadores de la justicia, deben ser unos –verdaderos sabios– para poder administrar justicia en las diferentes materias y especialidades, dígame: civil, penal, laboral, tránsito, administrativo, menores y, en fin, atender acciones de protección, entre otros.

Pero al análisis, de cuán provechosa o desventajosa es la multiplicidad de funciones concentrada en una sola persona, en éste caso el –Juez Multicompetente–, obviamente que los resultados son negativos, si se toma en cuenta que de la cantidad de juicios resueltos y que han merecido apelación, el índice de nulidad dictados por el Superior en las diferentes Salas, es impresionante y alarmante, con la agravante de que se ha perdido tiempo, dinero, y se ha causado gravamen irreparable a los usuarios, que son al fin de cuentas quienes pagan las consecuencias de una reingeniería apurada, no analizada, ni ponderada para ponerla en práctica. Frente a este escenario, la regla debería ser la especialización, permitiendo a los administradores de justicia brindar decisiones revestidas de seguridad jurídica, de conformidad con el Art. 82 de la CRE, a lo cual se expresa Ávila-Santamaría (2012) “solamente si se sigue ese camino la ciudadanía podrá confiar en la administración de justicia, ya que sus derechos estarán siendo garantizados debidamente” (p. 211).

Sin embargo, lo que por un lado es la típica especialización judicial por áreas de competencia, se convierte a la vez en una brecha para la multicompetencia, que significa la pérdida de dicha especialización. En tal sentido, se ha defendido la idea de que los jueces multicompetentes no garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas porque es prácticamente imposible que un solo juez pueda dominar todas las materias y procesos. Siguiendo esta línea, es importante notar que según los Arts. 244 y 245 del COFJ, los jueces y juzgados únicos o multicompetentes son creados preferentemente en cantones o parroquias rurales apartadas y dentro de su circunscripción territorial conocen todas las materias de primera instancia. Esta variante ha cobrado fuerza en la organización judicial actual, al punto de que no solo se habla también de Unidades Judiciales Multicompetentes, como se aprecia, el uso creciente de estas disposiciones por parte del Consejo de la Judicatura merma la aplicación del principio de especialidad (Herrera, 2017).

No es menos cierto; sin embargo, que el principio de especialidad reconocido en el Art. 11 del COFJ, antes citado, no se concreta de manera absoluta en la CRE. Así, el Art. 186 de dicho cuerpo jurídico en la parte pertinente que en cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, mujer, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales, lo cual no se ha cumplido. Como dice Estrada (2015), esto advierte claramente la vulneración directa del principio de especialidad regulado en el artículo 175 y 186 de la CRE. Del mismo modo se pronuncia Palacios (2020), quien alega que no ha habido un cumplimiento eficaz debido a que existió siempre una multicompetencia, es decir, los operadores de justicia no son especializados tal y como manda la propia Constitución.

Es de señalar, como lo hace la Corte Constitucional (2019) que la jurisdicción especializada de adolescentes infractores es diferente a la jurisdicción penal de adultos. Para el juzgamiento de adultos es suficiente conocer la ley y la doctrina penal. Un operador de justicia penal no tiene necesariamente el conocimiento, la comprensión y el compromiso con la justicia especializada de adolescentes infractores. Al no tener esta formación, estos jueces multicompetentes, tienden

a tratar al adolescente infractor como un adulto y dejan de cumplir los fines de las medidas socio-educativas, para considerar simplemente la necesidad de una pena.

Se puede señalar que el sistema multicompetente supone una vulneración al principio de especialidad, como afirman Plaza y Zamora (2020), enmarcado en el Art. 11 del COFJ, que afecta a los principios de la administración de justicia, principios cuyo rango constitucional prohíbe que normas de menor jerarquía se contrapongan al mandato constitucional. Del mismo modo, el irrespeto al debido proceso, celeridad, eficacia y eficiencia, trae como consecuencia la vulneración a la tutela judicial efectiva y, de manera particular, a los adolescentes infractores.

Siendo así, el sistema multicompetente también genera el irrespeto al derecho a la igualdad, en cuanto a no disponer los adolescentes infractores de jueces especializados y el someter sus procesos al sistema multicompetente significaría que sus derechos e intereses no merecen el mismo tratamiento de una justicia constitucionalizada y especializada. De tal modo, se entiende que los operadores de justicia, tienen la obligación de aplicar los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales son de directa e inmediata aplicación: De ello se deduce que, la Función Judicial, tal como lo indica la Corte Constitucional (2019) debería establecer e impulsar el cumplimiento del principio de especialidad, con lo cual se tendría una adecuada administración de justicia en el juzgamiento de adolescentes infractores.

El sistema multicompetente en el Ecuador, no ha dado los resultados esperados, pues, no es la falta de preparación de los jueces y juezas, sino la imposición indeleble de que juzguen conforme el procedimiento que manda la ley, por ejemplo, para cada una de las materias existen profesionales del derecho que se encuentran preparados; esto, por el contrario, no sucede en la administración multicompetente, pues, si bien un juez puede ser especialista en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, no bien podría juzgar en materia penal y así se podrían mencionar muchos ejemplos; por tanto, lo aconsejable a los fines de no vulnerar los principios constitucionales de los adolescentes infractores sería implementar, al menos un juez por cada materia, sin que medie el número de población en Ecuador.

La justicia social en Ecuador tiene ambiciones considerables; en lo que respecta a la aplicación de la justicia ordinaria al juzgamiento de adolescentes infractores, no ha tenido la mejor experiencia; sin embargo, esta justicia especializada marca un cambio; la desacertada actitud del legislador en delegar estos asuntos a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia para que sean estos los que juzguen las infracciones que cometan los adolescentes infractores. Esta situación pone en evidencia un comportamiento de judicializar los problemas de la niñez ecuatoriana, al materializar su accionar en providencias, decretos, autos y resoluciones deja muy poco espacio a la autocrítica, lo que permite evidenciar los trazos no muy atinados, no solo por el legislador sino por el sistema judicial. Como bien lo señalan Quintero y Palaguachi (2022), al analizar el delito de asesinato cometido por adolescentes infractores, a quienes se les debe imponer el cumplimiento de medidas socioeducativas de 4 a 8 años de prisión y no la sanción que establece el COIP de 22 a 26 años de privación de libertad.

Sin duda, los adolescentes infractores son susceptibles de aplicación de medidas socioeducativas, las cuales se dan mediante un proceso penal especializado presente en el CONA desde el año 2003, como lo menciona Palacios (2020). Esta norma dio paso a la incorporación de la protección integral de los adolescentes, siendo coherente con la Constitución, la CDN y demás instrumentos internacionales. En todos estos, la directriz principal es el sistema de justicia penal juvenil. Por lo que, en la Constitución de 2008 se mantienen las normas sobre los derechos de

los adolescentes previamente contemplados en la antigua Constitución de 1998. En el texto constitucional actual se reitera que los niños, niñas y adolescentes gozan de derechos inherentes al ser humano, además de los específicos de su edad. También, se reitera la obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia de promover de manera prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, como también, el aseguramiento del ejercicio pleno de sus derechos (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 44).

Por lo que se consagra, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como asegura Palacios (2020), el principio de especialidad como el conjunto de competencias específicas que deben tener los órganos y servidores que conforman el sistema de protección especial de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Con lo que se procura garantizar las necesidades, intereses y condiciones de estos, como también, de su entorno familiar y comunitario:

en lo que corresponde a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución recoge este principio en el artículo 175 y ordena una administración de justicia especializada, en la cual estarán divididas las competencias en protección de los derechos y responsabilidades de los adolescentes infractores. De este principio de especialidad en materia de niñez y adolescencia, y de la Doctrina de Protección Integral antes explicada, deviene la responsabilidad de los adolescentes infractores en el cometimiento de conductas tipificadas en la ley penal, al ser estos titulares de derechos acarreando consigo responsabilidad. (p. 21)

Es importante señalar que, el derecho penal en materia de adolescentes infractores tiene como característica la aplicación del *principio de flexibilidad*, el cual influye en la decisión de imponer medidas socioeducativas considerando circunstancias que rodeen al adolescente para decidir cuál es la actuación más adecuada desde una perspectiva educativa, sin recurrir a la privación de su libertad, tomando en cuenta esta especificidad con un enfoque restaurativo y reparador antes que sancionatorio y de castigo.

Este enfoque restaurativo y reparador, toma en cuenta, sin duda, la responsabilidad penal de los adolescentes infractores, que ha sido un tema muy debatido entre los autores nacionales, por lo que Pauta-Polo (2020), al tratarse de adolescentes, la normativa internacional y nacional ha regulado normas especiales y distintas a las que se aplican para el sistema penal de adultos. Entre ellas las más resaltantes son:

- Regula aquellos casos en los cuales, personas de entre 12 y 18 años de edad, han cometido un delito o contravención. Excluyendo de este sistema los menores de 12 años de edad.
- Busca emplear la Justicia Restaurativa; a través de la aplicación de métodos alternativos de terminación anticipada del proceso.
- Sitúa a los menores de 18 años de edad, fuera del sistema de justicia penal de adultos, brindándoles un tratamiento diferenciado y especializado.
- Los adolescentes sometidos a este sistema, gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, además de, otros específicos en virtud de su edad.
- El juez al declarar la responsabilidad del adolescente, impone como sanción: medidas socio-educativas privativas y no privativas de libertad.

- El internamiento institucional, es una medida socio-educativa alternativa, que se aplicará de manera excepcional y por un tiempo breve.
- El Estado, la familia, y la comunidad; participan en la ejecución de las medidas socio-educativas, y, contribuyen con la reintegración del adolescente a la sociedad.
- Especialidad: Respecto de las instituciones, leyes, procedimientos, sanciones, autoridades judiciales y administrativas, y su personal. Los operadores de justicia, deben ser, personas preparadas y con conocimientos especiales y específicos [énfasis agregado] en materia de niñez y adolescencia; debido a que, se dirigen a personas cuya formación aún se encuentra en desarrollo (Pauta-Polo, 2020, p. 52).

Este conjunto de normas especiales hace necesario tomar en cuenta que, los delitos por los cuales se puede juzgar al adolescente Infractor, deben encontrarse regulados en el COIP previo al cometimiento del delito, en virtud del principio de legalidad (Congreso Nacional, CONA, 2003). Cuerpo normativo que, en este tema, es *complemento* [énfasis agregado] del CONA, ya que, el CONA, ha agrupado en el libro IV titulado “Responsabilidad del adolescente infractor” todas aquellas normas penales que se encontraban dispersas en otros cuerpos normativos. En el CONA, se regula todo el proceso de juzgamiento, por el cual, debe cruzar una persona de 12 a 18 años de edad para determinar su responsabilidad en el acto u omisión cometido contrario a la ley. El CONA señala: etapas de juzgamiento, sujetos procesales, las medidas socio-educativas privativas o no privativas de libertad, ejecución y seguimiento de las mismas, entre otros temas a tratar.

A simple vista se puede apreciar que el juzgamiento de adolescentes infractores, es similar al de los adultos en conflicto con la ley; no obstante, se encuentra una primera diferencia respecto de: los jueces, auxiliares de justicia, fiscales, abogados que, deben ser especializados en el área de adolescentes infractores; debido a que, deben contar con una comprensión y sensibilidad distinta a la que normalmente se utiliza en el sistema penal de adultos; ya que, se debe considerar que los adolescentes son seres humanos, cuya personalidad se encuentra en formación, por lo que, existe la posibilidad de reeducarlos y orientarlos; ello no se logrará sin profesionales especializados en estos temas (CN No. 9-17-CN/19).

Los trabajos de Pauta-Polo (2020) y de Cevallos et al (2023) permiten ampliar el espectro de los jueces de adolescentes infractores, ya que, el actual sistema acusatorio, requiere de un órgano de investigación penal, que es Fiscalía y un órgano de jurisdicción penal que viene a estar representado por el juez, quien administra justicia y es el rector del proceso, tal como lo manifiesta Couture (2014). El sistema de justicia de los adolescentes infractores, deberá estar conformado por jueces especializados en adolescentes infractores, distintos de los jueces ordinarios; en virtud de la Justicia Especializada regulada en el artículo 175 de la CRE, la Doctrina de Protección Integral actualmente vigente y el impulso de la justicia restaurativa.

Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales, es el contenido del Art. 305 del CONA. Por lo que en el mismo Código se dispone de jueces especializados y en el Art. 259, del mismo Código, se determina que la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia está conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Adolescentes Infractores, los cuales conocerán sobre delitos y contravenciones.

No obstante, la sentencia número 9-17-CN/19 de la Corte Constitucional, respecto del Art. 259 señala que, los jueces de infancia y adolescencia, atenderán casos en los cuales los menores de edad son víctimas de violaciones de derechos; mientras que los segundos, atienden casos en los cuales, los adolescentes son quienes atentan contra derechos de otros. (CN - Consulta de Constitucionalidad de Norma, 2019). Los jueces de Adolescentes Infractores serán especializados si: primero, conocen a cabalidad la Doctrina de Protección Integral y velan por el cumplimiento de derechos y garantías de, niños, niñas y adolescentes; segundo, distinguen la Justicia Especializada para adolescentes de la aplicada para adultos; tercero, cuentan con compromiso para lograr las finalidades restaurativas del proceso (CN - N° 9-17-CN/19).

Es de advertir que, en los cantones en los que no exista Juez de Adolescentes Infractores corresponderá el conocimiento de las causas al Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (Asamblea Nacional, CONA, 2014, Art. 262). Lo cual contraría, en cierta medida, el principio de especialidad, que se ha venido analizando. Esto viene dado debido a que la Corte Constitucional reconoce la realidad del Estado ecuatoriano y es que en todo el país solo existen ocho jueces especializados y 358 jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia que deben cumplir con la justicia especializada y la imparcialidad (CN - No. 9-17-CN/19), que caracteriza a los jueces.

Al revisar el fundamento por el cual el adolescente infractor recibe un tratamiento especializado, el autor Chichanda (2021), no duda en indicar que es su estado de inimputabilidad, motivo por el cual es necesario definir el término imputabilidad, que para Agudelo (2016), consiste en “la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo con tal comprensión; el concepto tiene dos componentes esenciales: intelectual y volitivo” (p. 335). De lo cual se desprende que, para que una persona sea imputable esta tendría conocimiento y voluntad de cometer el ilícito, de modo que, la inimputabilidad, se entiende como la falta de capacidad intelectual y volitiva de cometer un ilícito; por ello, surge la duda de si un menor tiene o no ambos elementos al momento de cometer un delito; a lo cual se puede agregar, en sentido estricto, que los adolescentes si tienen conocimiento y voluntad al momento de cometer un delito; sin embargo, no se debe generalizar que todos actúan con estos dos elementos.

Conclusiones

El sistema especializado de adolescentes infractores tiene un principio que se origina en la Doctrina de Protección Integral, que consiste en el conjunto de competencias específicas que debe tener la administración de justicia especial con la finalidad de garantizar las necesidades e intereses de los adolescentes, de este modo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la propia Constitución regula una administración de justicia especializada que se encuentra dividida sus competencias en protección de los derechos de los NNA y de responsabilidades de los adolescentes infractores, que el profesor argentino Binder (2009) denomina “diseño constitucional del proceso penal” (p. 71).

Sobre este sistema especializado se ha constatado la problemática que existe en el país, puesto que a nivel nacional solo se cuenta con 8 jueces especializados. La carencia de jueces especializados en materia de adolescentes infractores, ha generado una gran grieta por parte del Consejo de la Judicatura al permitir que en los lugares donde no hubiere juez o jueza especializado en adolescentes infractores, las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustancie un Juez o Jueza de Familia, Mujer y Niñez y Adolescencia y el juicio lo sustancie otro Juez o Jueza de Familia, Mujer y Niñez y Adolescencia y en los cantones que tuvieran jueces o juezas multicompetentes y no hubiere suficientes jueces o juezas de familia,

las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustancie el juez multicompetente y el juicio lo sustancie un Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, lo cual vulnera el tan predicado principio de justicia especializada en Ecuador.

Se concluye que se soslaya el principio constitucional de la especialidad, por cuanto en cortes provinciales de justicia, se han creado salas multicompetentes, en contradicción con lo que establece el Art. 186 de la CRE, que reza “en cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales” (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008). De allí que la multicompetencia traiga consigo retardo, negligencia, denegación de justicia, por la abundante carga procesal de las diferentes materias. El sistema de la multicompetencia, ha forzado a los operadores de justicia a ser auténticos sabios, lo cual es muy loable; no obstante, se siguen cometiendo errores y confusión al momento del juzgamiento de adolescentes infractores.

La sentencia No. 9-17-CN/19 emitida por la Corte Constitucional que analiza la garantía de imparcialidad judicial y el principio de administración de justicia especializada en el juzgamiento de adolescentes infractores, al establecer en su numeral 3, inciso c, que el Consejo de la Judicatura dispondrá que en los cantones que tuvieran jueces o juezas multicompetentes y no hubiere suficientes jueces o juezas de familia, las fases de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio la sustancie el juez multicompetente y el juicio lo sustancie un Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, constituye flagrante violación al principio de especialidad en el juzgamiento de adolescentes infractores, que trae consigo que también se vulnere el derecho a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, con operadores de justicia debidamente capacitados, que apliquen los principios de la doctrina de protección integral que auspicia el respeto de principios fundamentales como, legalidad, proporcionalidad, derecho a la defensa, juez competente, que en el caso de adolescentes infractores conllevan disposiciones específicas basadas en su condición, establecidas en la ley como es el principio de interés superior del niño, justicia especializada, garantía de reserva, derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, derecho de presunción de inocencia y las garantías mínimas que tiene la persona durante el proceso, entre otros.

El asambleísta al crear una justicia especializada pretende conferirle a las niñas, niños y adolescentes una administración de justicia con operadores de justicia debidamente capacitados; pero se es consciente que la realidad judicial del país es otra, por lo que el Consejo de la Judicatura, ante la carencia de suficientes juezas y jueces especializados en adolescentes infractores debe recurrir a los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y, en ausencia de éstos, a los multicompetentes. A pesar de esta exigencia de la Corte Constitucional al Consejo de la Judicatura, se observa la ausencia de una verdadera política social y pública a favor de niñas, niños y adolescentes que no permite se garantice su cumplimiento, más aun sabiendo que el Estado no invierte en la administración de justicia especializada, no existe una verdadera capacitación y tecnificación de todas las personas inmersas en la aplicación de la justicia penal juvenil; pero no solo es culpa del Estado, son tantas las personas e instituciones que tienen responsabilidad con las niñas, niños y adolescentes, que deben buscar ayuda para encontrar la verdadera solución de los problemas, crear condiciones que permitan un desarrollo social y familiar de las niñas, niños y adolescentes y así evitar conductas delictuosas por falta de protección. No obstante, recién con la Sentencia No. 9-17-CN/19, se comienza, paulatinamente, un proceso de capacitación de los operadores de justicia para cumplir con este principio de especialidad en justicia juvenil.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (2004) *El concepto y validez del derecho*. Barcelona-España: Gedisa Editorial.
- Agudelo, N. (2016). *Lecciones de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Quito: Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador 2007-2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2018) *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento 544 del 09-marzo-2009.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2016) *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial Suplemento 506 de 22-mayo-2015.
- Ávila-Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6114/1/Avila%20R-CON012-Los%20derechos.PDF>
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Gráfica Laf, s.r.l.
- Bravo, N. (2022). La sociedad civil y la progresividad de derechos de niñez y adolescencia: aportes y desafíos desde la defensa de derechos humanos. En *Revista Institucional Defensoría Pública del Ecuador*, N° 46, junio 2022, 17-19. <http://www.defensayjusticia.gob.ec/wp-content/uploads/2022/07/Revista-46-1x1-1.pdf>
- Cabrera, S.; Ruiz, S. (2022). Régimen jurídico del Ecuador sobre el principio de especialidad en justicia penal juvenil. En *Revista de Derecho*. Vol. 7, Núm. 1, 177-189. <https://www.redalyc.org/journal/6718/671870939004/html/>
- Cevallos, F.; Quizhpe, J.; Mena, P.; Cabrera S. (2023). El principio de especialidad en justicia juvenil y su garantía en la Sentencia N° 9-17-CN19 sobre el juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores. En *Revista Ciencia Latina Internacional, Revista Científica Multidisciplinar*, julio-agosto, 2023, Vol. 7, Núm. 4. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i4.7064. <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/7064/10718>
- Chichanda, C. (2021) *El principio de no regresividad de derechos en relación al juzgamiento de adolescentes infractores de la ley penal*. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. shorturl.at/gvwOW
- Congreso Nacional del Ecuador. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Última modificación: 07-jul.-2014.
- Consejo de la Judicatura. *Resolución No. 152-2019* de 14 de octubre de 2019.
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969) *Pacto de San José*. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2001). *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69.
- Couture, E. (2014) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Ecuador, Corte Constitucional. "Sentencia", N° 0009-17-CN/19, Caso N° 9-17-CN, del 09 de julio de 2019: pp. 1-16.

- Estrada, J. (2015) *El principio de especialidad y la multicompetencia de los jueces*. Ecuador: Universidad Autónoma de los Andes, Babahoyo, Ecuador. shorturl.at/lxBRZ
- Herrera, R. (2017) *El principio de especialidad frente a la conformación de unidades judiciales multicompetentes en la administración de justicia ecuatoriana*. Ambato: Universidad Autónoma de los Andes, Ambato, Ecuador. shorturl.at/ijyAC
- Machado, W. (2018) *El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho de motivación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6171>
- Munduate, C. (2010) "Presentación", en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, ed. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / UNICEF.
- Ortega, J. (2018) *Sistema penal juvenil en Ecuador*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. shorturl.at/pEHT0
- Palacios, C. (2020) *Vulneración de las garantías del debido proceso en adolescentes infractores*. Quito: Universidad San Francisco de Quito USFQ, Colegio de Jurisprudencia. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/9833/1/117751.pdf>
- Plaza, G.; Zamora, A. (2020) La necesidad de jueces especializados en el sistema judicial multicompetente ecuatoriano. En *Polo del Conocimiento* (Edición núm. 49) Vol. 5, No 09, septiembre 2020, pp. 1139-1162. shorturl.at/qxAX9
- Pauta-Polo, V. (2020) *Discusión en torno a la disminución del rango de edad para la responsabilidad del adolescente infractor: ¿populismo penal o necesidad social?* Ecuador: Universidad del Azuay Facultad de Ciencias Jurídicas. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/10395/1/16021.pdf>
- Quintero, J.; Palaguachi, J. (2022). *Análisis de la sanción del tipo penal asesinato cometido por los adolescentes en conflicto con la ley penal en el cantón Esmeraldas*. (Maestría en Derecho Procesal Penal). Otavalo: Universidad de Otavalo. <https://repositorio.uotavalo.edu.ec/bitstream/52000/788/1/PP-DP-2022-013.pdf>
- Tenecota, L.; Vázquez, D. (2023). La necesidad de jueces constitucionales especializados para conocer y resolver garantías jurisdiccionales en el Ecuador. En *Revista Ciencia Digital*, 7(3), 199-221. <https://doi.org/10.33262/cienciadigital.v7i3.2633>
- Véscovi, E. (2007). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Walliser, R. (2021). *Importancia y aplicación de la investigación jurídica*. México: Univa: La Universidad Católica, en Comunicación Sistema Univa. <https://www.univa.mx/la-piedad/2021/07/14/importancia-y-aplicacion-de-la-investigacion-juridica/#:~:text=La%20investigaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20nos%20se%20deriva%20de%20esta%20conducta>
- Zaffaroni, E. (1994). *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar.

Capítulo 11

ANACRONISMO DEL SISTEMA PENITENCIARIO. ¿APLICA PARA ECUADOR?

Janeth Patricia González Malla

Docente de la Universidad Técnica de Loja

jpgonzalez@utpl.edu.ec

Resumen

¿Por qué es anacrónico el sistema penitenciario? es la pregunta que lleva a explorar la problemática penitenciaria desde sus orígenes hasta el contexto ecuatoriano actual. El objetivo es reflexionar y demostrar que las prisiones, la pena privativa de libertad y la ejecución de la pena han mantenido su dinámica desde sus orígenes, causando sufrimiento y dolor a los reclusos, aunque se contempla la rehabilitación, reeducación y resocialización como finalidad de la pena. El contexto actual demuestra que no se ha evolucionado pese al desarrollo teórico y normativo del ámbito penitenciario. El enfoque cualitativo y socio-jurídico son la base de la investigación porque a través del diseño narrativo se describe de forma secuencial la historia del sistema penitenciario, el avance normativo y se compara con la realidad social; es decir, hace un acercamiento del derecho a la sociedad a través de la revisión documental con fuentes secundarias de información. En definitiva, se concluye que, pese a los avances de la ciencia penitenciaria y la norma, el problema carcelario tiene un tinte anacrónico, estigmatizador y carente de oportunidades para la rehabilitación y reeducación social del privado de libertad.

Palabras clave: sistema penitenciario, cárcel, prisión, pena, privación de libertad.

Abstract

Why is the penitentiary system anachronistic? is the question that leads us to explore the penitentiary problem from its origins to the current Ecuadorian context. The objective is to reflect and demonstrate that prisons, the custodial sentence and the execution of the sentence have maintained their dynamics since their origins, causing suffering and pain to the inmates although rehabilitation, reeducation and resocialization are contemplated as the purpose of the sentence.

The current context shows that there has been no evolution despite the theoretical and regulatory development of the penitentiary field.

The qualitative and socio-legal approach is the basis of the research because through the narrative design the history of the penitentiary system, the regulatory advance, and are compared with social reality are sequentially described; That is, it approaches the right to society through documentary review with secondary sources of information.

In short, it is concluded that despite the advances in penitentiary science and regulations, the prison problem has an anachronistic, stigmatizing tone and lacks opportunities for the rehabilitation and social re-education of prisoners.

Keywords: penitentiary system, jail, prison, punishment, deprivation of liberty.

Introducción

La crisis penitenciaria no sólo es de Ecuador, la historia evidencia la anacronía del problema. Desde sus orígenes las prisiones fueron lugares lúgubres, la pena representó el suplicio a través de la aplicación de “la rueda, el aceite hirviendo, maceramiento, desmembramiento con rueda de caballo, ahogamiento, galera, muerte por saetas o por el fuego” (Rodríguez-Magariños, 2014, p. 4); es decir, un evidente irrespeto por la vida del recluso. Y aunque la privación de la libertad prometía ser más humana y rehabilitadora, en la actualidad el panorama penitenciario no es esperanzador cuando se observa la estigmatización, la sistemática vulneración de los derechos y las precarias condiciones en que viven los presos (Miranda & González Sánchez, 2018).

Para entender los fenómenos es importante conocer su origen, su historia y de eso trata esta investigación. El recuento histórico del sistema penitenciario resulta relevante para verificar los reveses en la ejecución de la pena y analizar si se ha avanzado en el desarrollo científico, normativo y práctico de la gestión penitenciaria.

De esta revisión teórico-normativa y doctrinaria se puede colegir que tanto el desarrollo de la ciencia penitenciaria, la norma y la realidad social están contrapuestos; sobre todo la norma que promete garantía y respeto de los derechos humanos; sin embargo, la realidad muestra que el discurso jurídico no se compadece con el problema social carcelario.

De la revisión teórica se colige que la ciencia penitenciaria inicia sus primeros pasos con la privación de la libertad como pena con el aporte de los modelos norteamericanos y los europeos que han influido en el sistema penitenciario ecuatoriano.

En ese sentido, esta investigación pretende explorar el ámbito histórico, conceptual y normativo del sistema penitenciario para reflexionar de forma particular sobre el sistema penitenciario progresivo vigente en Ecuador. De parte de la interrogante ¿por qué es anacrónico el sistema penitenciario ecuatoriano?

Marco referencial

1. Fundamentos del sistema penitenciario

La evolución histórica de las prisiones, la privación de la libertad y los modelos penitenciarios son parte esencial de esta investigación para comprender el fenómeno penitenciario en Ecuador.

1.1. Conceptualización

Entre los conceptos principales de la ciencia penitenciaria constan: los sistemas penitenciarios - SP, la prisión, la pena y la privación de la libertad - PL.

La expresión “sistema penitenciario” es el “conjunto de principios fundamentales que informan sobre la privación de la libertad en el ordenamiento jurídico” (Téllez Aguilera, 1999), es decir, el SP es un todo que incluye las normas y medidas para una convivencia ordenada y pacífica en la prisión. Los SP incluyen además, el régimen penitenciario, la clasificación de los reclusos, el régimen disciplinario, la rehabilitación y la asistencia social de las personas privadas de libertad - PPL (Cámara Arroyo, 2019).

El término “sistema penitenciario” es polisémico y generalmente se utiliza también para referirse a los diferentes modelos o métodos adoptados para la regeneración del delincuente durante su estancia en prisión.

Mata y Martín complementan el concepto de sistema penitenciario al definirlo como “un conjunto de saberes, conocimientos y disciplinas necesarios para organizar la vida en prisión, que van mucho más allá de la norma jurídica” porque se sustenta en la sociología, psicología, criminología, antropología, pedagogía, materia sanitaria, etc. (2016, p.109).

Por otro lado, prisión, cárcel, presidio, centro de reclusión, establecimientos de internamiento, reclusorio, penitenciaria, intramuros, centros penitenciarios, centros de rehabilitación son términos comunes para referirse a la infraestructura o espacios físicos de PL. Las prisiones son una parte del conjunto organizado que abarca el Derecho Penal, es el “lugar en el que las personas pueden pasar un largo tiempo de castigo, es una forma de purgatorio” (Cámara, 2007).

Asimismo, la pena se puede definir como la “privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal” (Mata y Martín, 2016, p. 65), es decir, es aquella que limita a través de una sentencia condenatoria los derechos de la persona imputable; en el caso de esta investigación se hace referencia únicamente a la privación de libertad (limitación de la movilidad ambulatoria).

En definitiva, el SP comprende el funcionamiento de las prisiones, la planificación, la administración, la infraestructura penitenciaria, el régimen disciplinario, la asistencia social, el tratamiento de rehabilitación, la asistencia médico-sanitaria, y la norma que lo regula, razón por la cual se justifica su uso por el sentido amplio de su significado.

1.2. Evolución histórica de los sistemas penitenciarios

En sus orígenes, las prisiones o cárceles eran espacios rudimentarios e improvisados que se utilizaban para el encierro preventivo hasta que se lleve a cabo el enjuiciamiento y la condena, que generalmente consistía en la pena de muerte, la tortura, la esclavitud, con afectación de bienes jurídicos preciados como la vida, integridad física, el patrimonio y la honra (López Melero, 2012, p.426).

Entre el siglo XVIII y XIX se institucionalizó la pena privativa de libertad y con ello se da inicio a la teorización de las ciencias penitenciarias. El aporte de dos grandes precursores, sentaron las bases del SP, John Howard y Jeremy Bentham plantearon iniciativas de cómo organizar, administrar, normar y dar un trato humano al prisionero (Rodríguez-Magariños, 2014).

Howard hizo propuestas para mejorar la calidad de vida de los encarcelados, proponiendo: una infraestructura apropiada, limpieza e higiene, asistencia sanitaria y condiciones de salubridad, trabajo y aprendizaje de un oficio, separación de los condenados por categorías, instrucción moral y religiosa, supresión del derecho de carcelaje, etc. (Caro, 2013, pp. 39-59).

En su obra “El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales” se aprecia el ideal humanitario que ha servido de base inspiradora en la evolución del SP, tanto en decisiones de la comunidad internacional como en la normativa interna de los estados que han buscado dignificar la estancia de los presos (Howard, 2003, p.171).

Por su parte, Bentham el creador del “Panóptico” propuso una arquitectura penitenciaria tendiente a preservar la seguridad, el control, la vigilancia y la disciplina en las prisiones. Frente al panorama desorganizado del SP de aquella época, su propuesta sirvió de punto de partida para diseñar una infraestructura adecuada que permita cumplir el objetivo de la PL.

Lo positivo de la obra de Bentham radica en la visión organizadora de la administración de las prisiones, para evitar el hacinamiento, la violencia y el contagio tanto de enfermedades como de conductas criminales entre los prisioneros, pues cada preso, debía ocupar su celda (Beytía Reyes, 2017, p.188). Su pensamiento ayudó a solucionar problemas de gestión del SP, estructurales, salubres, confinamiento, económicos, prácticos y de comunicación (Valencia Grajales & Marin Galeano, 2017, p.512).

Asimismo, el aporte de los filósofos de la ilustración que estuvieron rodeados de inconformidad contra el poder que abusaba disponiendo de la libertad y la vida de las personas consideradas delincuentes o amenaza para la sociedad. En este ambiente se germina las bases del SP con la aparición en Europa de pensadores críticos como Montesquieu, Voltaire y Beccaría.

Montesquieu planteó la necesidad de una ley que limite la autoridad del poder público y sus abusos, pues, considera que la tortura es inconcebible para las naciones civilizadas. Para él, de las leyes penales y procesales depende la garantía de la vida y libertad de una persona; de ahí la importancia de contar con normas aplicables al juicio penal (1906, p.13). En su obra “El espíritu de las leyes” analiza las leyes civiles y criminales, los juicios y el establecimiento de las penas, destaca la constitución de tribunales para garantizar en el proceso penal los bienes, el honor y la vida de los ciudadanos (Montesquieu, 1906, p. 111).

Voltaire a través del “Tratado sobre la tolerancia” criticó que los jueces administren justicia influenciados por la ideología y el fanatismo religioso, sin observar el más mínimo sentido de humanidad, condenan a padecer tortura en las galeras y la pena de muerte a los infortunados que someten a juicio. Según él, los fiscales y jueces actúan de forma subjetiva montando una coartada verosímil en la investigación que sustenta la ejecución del condenado (Voltaire, 1998).

Beccaria en su obra “De los delitos y de las penas” cuestionó la ejecución de la pena cuando se refiere diciendo “hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos del hombre, y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo” (2015, p. 24), según Beccaria, el fin político de la pena no puede ser el terror de los hombres ejercido por una tiranía a través de la tortura y los tratos crueles e inhumanos que implica el suplicio de la ejecución penal. En su defecto, plantea soluciones más humanas y justas a las que debe acomodarse el sistema penal y penitenciario; propone garantías y principios que contemplen la legalidad como sustento de la actuación de la justicia, la prevención del delito, la proporcionalidad, la presunción de inocencia, la celeridad, el fin de la pena, entre otros (2015).

Con la influencia del pensamiento de la ilustración se dejó atrás la crueldad del régimen penal antiguo ante el descrédito de las penas corporales, infamantes y la pena de muerte; el nuevo panorama penitenciario basado en la pena privativa de libertad como consecuencia jurídica del delito trajo consigo la reorientación de la política criminal, se reorganizó la ejecución de la pena, el aislamiento del condenado, la seguridad y el encauzamiento en busca de una penalidad más humana, basada en la contemplación de garantías para el recluso (Solar Calvo, 2019).

La pena pasó de castigar el cuerpo a una justicia más sutil y más fina, para buscar “la transformación del alma y la conducta” (Foucault, 1987, p. 127), lo cual se constituye en una nueva

visión de la ejecución penal que respeta la vida del condenado y busca acondicionar los espacios carcelarios para ofrecer ambientes más adecuados que respondan al nuevo fin de la pena (resocialización). Se trata de que la PL, la detención, la reclusión o la prisión correccional –“nombres distintos de un mismo castigo”– (Foucault, 1987, p. 119) se ajusten a “las necesidades de un sistema penal más humano, enraizado en la proporcionalidad entre delito y pena, y en la duración diversa y escalonada de la misma” (López Melero, 2012, p. 426).

1.3. La privación de la libertad, el gran invento social

El escenario concebido como el “gran invento social” (Rodríguez-Magariños, 2014, p. 18) está acompañado de un nuevo modelo político controlado por un Estado moderno que promete hacerse cargo de la organización de las instituciones penitenciarias con una finalidad correccional bajo estrictas normas disciplinarias. Así, la PL se transforma en una pena universal, con la expectativa de que sea más eficaz, más justa y con “grados de intensidad que basten para apartar a los hombres de los delitos” (Beccaria, 2015, p. 43) lo cual resulta aceptable porque “además de no ser tan cruel como la pena de muerte o las corporales, puede servir para corregir” (Cervalló Donderis, 2016, p. 96)

Pero aunque se haya criticado el uso de la pena privativa de libertad por sus fines economicistas que aprovechaban la mano de obra gratuita en obras públicas y en las industrias (Foucault, 1987; Melossi & Pavarini, 2010); sin duda, representa un avance sustancial que pone orden al “poder punitivo autoritario” acostumbrado a juzgar de forma subjetiva y ensañarse con la vida e integridad de los condenados. Las nuevas legislaciones penales que se crean en adelante, contemplan garantías penales para un juicio justo.

1.4. Sistemas penitenciarios

En este contexto, desde el origen de la pena privativa de libertad se observa el sistema filadélfico o pensilvánico, el sistema auburniano, el reformatorio, el sistema progresivo que rige al momento en Ecuador y el sistema de individualización científica.

El Sistema filadélfico originario de Estados Unidos consistía en el “encierro en celda” durante el día y la noche, sin comunicación alguna, ni internos, ni el mundo exterior. El resultado de este sistema fue la afectación a la salud física y mental por las condiciones de aislamiento absoluto, tomando en cuenta que el ser humano es un “ser social” que necesita relacionarse con su entorno (Rubio Hernández, 2012).

El Sistema de Auburn surge en New York y combina el trabajo diurno en un ambiente de silencio absoluto, aislamiento nocturno en celda para evitar el contagio criminal y la incomunicación con el exterior. Con el trabajo prevé la enseñanza de un oficio y la producción que beneficia a un empresario. La obediencia es un hábito que desarrollan los presos bajo este sistema y la inobservancia de la regla les trae como castigo el uso del látigo llamado “gato de las nueve colas” (González Alvo, 2017).

El Sistema reformatorio o de Elmira se utilizaba en los establecimientos de jóvenes mayores de 16 y menores de 30 años con una disciplina militar, bajo aislamiento nocturno y actividades comunes diurnas (Mata y Martín, 2016).

El Sistema progresivo nace en Europa y está basado en la motivación del penado y la separación en grados. Las etapas de este sistema se inician con el aislamiento y máxima seguridad

que sirven para el análisis y clasificación del reo; en la siguiente etapa se propicia el trabajo y el sometimiento a un plan de rehabilitación social; y finalmente se culmina con el régimen de semilibertad y libertad condicional (Rodríguez-Magariños, 2014).

Finalmente, el Sistema de individualización científica utilizado en España se basa en el tratamiento penitenciario individualizado y en el principio de flexibilidad. Observa la personalidad del penado y la duración de la pena; se puede acceder incluso al tercer grado, sin pasar por el primero y segundo grado de tratamiento (Fernández Bermejo, 2019; Sanz Delgado, 2020).

2. El sistema penitenciario ecuatoriano

Estudiados los antecedentes y conceptos básicos del sistema penitenciario en general, ahora se centra el análisis en el sistema penitenciario de Ecuador.

2.1. Evolución

Según la historia penitenciaria ecuatoriana, su origen data del siglo XVIII, con la creación de la cárcel de la Real Audiencia de Quito, la de Santa Martha y aquellos espacios de fábricas de tabaco utilizados como cárceles en Guayaquil; y fábricas de pólvora en Latacunga. En 1884 existen indicios de la utilización de criterios científicos para la construcción del Penal García Moreno en Quito, bajo el modelo del Panóptico (Valenzuela de la Torre, 2007).

En 1906 se adopta el sistema filadélfico aplicando el encierro permanente en celda, con la lectura de la Biblia, buscando el arrepentimiento del delincuente. Luego 1915 con el Reglamento Carcelario se adoptó el sistema auburniano aplicando el trabajo común durante el día bajo el régimen del silencio absoluto, y el aislamiento individual nocturno (Larco Chacón, 2019).

Más adelante en 1935 se aprueba la Ley modificatoria, Reglamento de penas y prisiones con la cual se constituye la Dirección Nacional de prisiones, en 1937 se crea el Patronato post carcelario con el objeto de hacer un seguimiento post libertad. En 1939 se emite un Reglamento de conductas y visitas al Penal García Moreno para regular el ingreso de familiares y la conducta de los reos. En 1946 se crea la Colonia penal en las Islas Galápagos con el famoso muro de las lágrimas y el tanque de combustible construidos para la tortura de los encarcelados (Valenzuela de la Torre, 2007, p. 12).

En 1982 con el Código de ejecución de penas y rehabilitación social - CEPRS se institucionaliza el sistema progresivo importado desde Europa, y se parte de una definición que dice "... es el conjunto de acciones técnico-administrativas por medio de las cuales el interno cumple la pena que judicialmente le ha sido impuesta ascendiendo o descendiendo en los niveles establecidos, bajo la custodia y vigilancia del personal especializado" (1982, Art. 13).

2.1. El Sistema progresivo ecuatoriano

El CEPRS (1982, Art.14) establece cuatro características generales del sistema progresivo: a) la individualización del tratamiento; b) la clasificación biotipológica del delincuente; c) la clasificación de los centros de rehabilitación social; y, d) la adecuada utilización de los recursos legales en beneficio del interno. Así, el cumplimiento de la pena contemplaba: 1. El estudio

criminológico y la clasificación; 2. Rebajas de la pena; 3. Prelibertad; 4. Libertad controlada; y, 5. Ubicación poblacional para el tratamiento (CEPRS, 1982, Art. 20).

El sistema progresivo ecuatoriano inicia con el aislamiento nocturno individual, educación, trabajo común en el día y salud para los reos ubicados en máxima seguridad y comunicación indirecta; los reos ubicados en seguridad media tienen aislamiento nocturno en grupos homogéneos, educación, trabajo, salud y tratamiento; mientras que los reclusos de seguridad mínima participan de una convivencia en grupos afines sin aislamiento, con salidas reglamentadas y evaluadas, educación, salud y trabajo (CEPRS, 1982, Art. 14).

La siguiente fase es la prelibertad que cumple el condenado realizando actividades fuera del centro penitenciario y bajo el control de la administración penitenciaria, pero en las noches retorna al centro de rehabilitación (CEPRS, 1982, Art. 23). Y finalmente, la fase de libertad controlada, donde el reo convive en su entorno natural bajo la supervisión de la administración penitenciaria (CEPRS, 1982, Art. 25).

Actualmente, la Constitución de la República del Ecuador - CRE vigente desde el 2008 establece que la finalidad del sistema penitenciario ecuatoriano es la rehabilitación integral del recluso, garantizando sus derechos y su posterior reinserción social (CRE, 2008, Art. 201). De esta norma suprema se entiende que el Estado está obligado a crear el ambiente y los estímulos que lleven al condenado a reeducarse para devolverle a la sociedad un individuo rehabilitado y respetuoso de la norma. En los centros de rehabilitación (ahora centros de privación de libertad - CPL) se prevé un programa de rehabilitación que tiene como ejes: educación, enseñanza de un oficio, terapias de salud mental y física (CRE, 2008, Art. 203). (Constitución de La República Del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-Oct-2008, 2008, p. Art. 203)

A partir del 2014 con la vigencia el Código Orgánico Integral Penal - COIP se une en un solo cuerpo normativo el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y la Ejecución de la Pena; precisamente a partir del Libro Tercero de la mencionada norma se regula la ejecución de la pena y se confirma el Sistema progresivo (COIP, 2014, Art. 695) para la rehabilitación a través del Sistema Nacional de Rehabilitación Social - SNRS. En este contexto, el sistema penal ecuatoriano se rigen bajo la teoría de la prevención general como finalidad de la pena, tanto para la comisión de delitos como para el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de las personas condenadas (COIP, Art.52), lo que significa que la norma cumple un papel intimidatorio y conminatorio para prevenir futuros delitos y delincuentes.

El Servicio Nacional de Atención integral a personas adultas privadas de libertad y adolescentes infractores - SNAI tiene a cargo la ejecución de las medidas cautelares privativas y no privativas de libertad; la ejecución de la pena de prisión con los procesos de rehabilitación y reinserción, el apremio por pensiones alimenticias, entre las más importantes según el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social - RSNRS (2020, p. Art. 2); mientras que el Juez de Garantías Penitenciarias es la autoridad jurisdiccional que controla, supervisa y vela por el respeto a los derechos de los privados de libertad que están bajo la custodia del SNAI (COIP, Art. 666).

2.3. Centros de privación de la libertad en Ecuador

Aunque el COIP (Art. 688) y el RSNRS (Art. 22) prevén dentro de la infraestructura física, centros de privación provisional de libertad (para apremio, flagrancia, contravenciones de tránsito y prisión preventiva) y centros de rehabilitación social (para el cumplimiento de la pena); en la

práctica y a partir del gobierno de Lasso, todos los centros carcelarios cumplen la misma función, que es la privación de libertad.

Según la normativa, los centros de privación provisional de libertad se utilizan para la ejecución de las medidas cautelares para los procesados que tienen una orden de prisión preventiva, orden de apremio, flagrancia y contravenciones de tránsito; y, que generalmente están enfrentando un juicio penal (RSNRS, 2020, Art. 22).

En estos centros se realizan las fases de observación y diagnóstico para establecer un plan ocupacional, educativo y de orientación familiar durante la estancia en prisión; la fase de separación al ingreso del privado de libertad de acuerdo con los criterios de sexo, emotividad, edad, antecedentes penales, estado físico y mental, etc.; y, la fase de ejecución bajo el acompañamiento familiar y el desarrollo del plan educacional y ocupacional de acuerdo con las actividades ofertadas por el centro de privación de libertad para los internos provisionales (RSNRS, 2020, Art. 22.1).

Asimismo, según la norma los centros de rehabilitación social son establecimientos con adecuaciones necesarias para la ejecución de la pena PL en los casos de sentencia condenatoria ejecutoriada (RSNRS, 2020, Art. 22.2); en estos centros se clasifica a los internos bajo niveles de seguridad de máxima, media y mínima, y dentro de los regímenes cerrado, semiabierto y abierto.

Para ejecutar la privación de la libertad, el RSNRS prevé condiciones de la infraestructura y de las celdas que contemplan como mínimo: cama, colchón, luz natural y artificial; ventilación, condiciones adecuadas de higiene y privacidad; en general, espacios adecuados con criterios de accesibilidad al medio físico para el tratamiento integral, dotación de agua potable y manejo de desechos (RSNRS, 2020, p. Arts.30-32).

De esta manera, se podría decir que la legislación penal ecuatoriana observa los estándares internacionales (Reglas Mandela) y científicos de la ciencia penitenciaria en la gestión del sistema carcelario; sin embargo, la realidad de las prisiones es otra, se ha caído en una profunda crisis penitenciaria que ha desdibujado la reeducación, la rehabilitación y la reinserción social como fines de la pena.

2.4. Separación y clasificación penitenciaria en Ecuador

En el discurso normativo ecuatoriano, la gestión del SNAI inicia con la separación y ubicación de los privados de libertad al momento que ingresan en una prisión bajo criterios que observan: la condición jurídica del interno (prisión preventiva, apremio personal o sentencia condenatoria); sexo; edad; nivel de seguridad; tipo de infracción cometida (contravención, delito, infracción de tránsito); necesidad de protección (personas violentas, integrantes del sistema de protección y asistencia a víctimas y testigos y necesidad de tratamiento psiquiátrico); delito flagrante (aprehendidos en delito flagrante o con orden de detención judicial); mujeres en estado de gestación o con hijos o hijas de hasta treinta y seis meses de edad) (RSNRS, 2020, Arts. 24-25).

La distribución y clasificación penitenciaria se aplica a los internos que han sido condenados mediante sentencia firme; para la clasificación inicial se cuenta con una celda transitoria donde permanece de forma temporal el condenado hasta por ocho días, mientras se realiza la clasificación en el nivel de seguridad y régimen (RSNRS, 2020, Art. 94)

La clasificación puede ser progresiva o regresiva según el avance en el tratamiento y la disciplina observada en prisión. Este sistema se ejecuta a través de los regímenes cerrado, semiaabierto y abierto y bajo criterios de seguridad máxima, media y mínima de acuerdo al proceso establecido en el RSNRS.

En este sentido, la progresividad empieza con la clasificación inicial individualizada en régimen cerrado a partir del ingreso del penado al centro de rehabilitación social para el cumplimiento de la condena, para ello, el Equipo Técnico integrado por un Psicólogo, Abogado, Trabajador social y la máxima autoridad del centro realizan la fase de información y diagnóstico; y posteriormente, se ejecuta la fase de desarrollo integral personalizado (RSNRS, 2020, Arts.166-168).

En la fase de información y diagnóstico el Equipo Técnico analiza la información personal del privado de libertad “sobre aspectos educativos, laborales, culturales, de salud, deportivos, sociales, familiares y jurídicos (RSNRS, 2020, Art.169); así como, aquellos aspectos que permiten la ubicación en los niveles de seguridad (mínima, media y máxima). Se toma en cuenta “parámetros de valoración sobre:

- a. años de sentencia,
- b. violencia ejercida contra las personas en el cometimiento del delito o delitos por los que fue sentenciado,
- c. nivel de afectación de la víctima,
- d. antecedentes delictivos,
- e. grado de participación,
- f. pertenencia al crimen organizado nacional o transnacional,
- g. edad,
- h. perfil psicológico de acuerdo a la predisposición al cambio; e,
- i. convivencia o comportamiento durante la privación de libertad y etapa de observación.” (RSNRS, 2020, Arts. 170-171)

El resultado del diagnóstico se notifica al PL quien puede impugnar ante el juez de garantías penitenciarias (RSNRS, 2020, Art. 174).

2.5. Tratamiento de rehabilitación

La fase de desarrollo integral personalizado es el tratamiento de rehabilitación que se ejecuta en base a la información y diagnóstico emitido por el equipo técnico competente, tomando en cuenta la voluntad del condenado. Esta fase es monitoreada por el equipo técnico de tratamiento, para ello toman en cuenta la participación del condenado en ejes del ámbito laboral, educacional, cultural, deportivo, salud y vinculación social y familiar con la finalidad de desarrollar habilidades, competencias y destrezas que le permitan una convivencia pacífica durante su estancia en prisión, la rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad (RSNRS, 2020,

Arts. 176-179). De aquí la importancia del seguimiento y evaluación periódica al plan individualizado de tratamiento y los diferentes programas que lo integran (COIP, 2014, Art. 622.2).

Las actividades de tratamiento están diferenciadas de conformidad con los niveles de seguridad de mínima, media y máxima y los internos pueden participar al menos tres horas diarias (RSNRS, 2020, Art. 183).

El tratamiento en función del eje laboral contempla actividades ocupacionales y productivas y tienden a desarrollar capacidades, habilidades y destrezas de carácter artesanal, intelectual, manufacturero o producción (RSNRS, 2020, art. 186) Para participar en actividades laborales el SNAI contempla capacitaciones, terapia ocupacional y servicios auxiliares; generalmente, las capacitaciones se realizan a través de talleres de tecnología, metal mecánica, panadería, carpintería, manualidades, costura, entre otros (RSNRS, 2020, p. art.192).

El eje de tratamiento educativo, cultural y deportivo prioriza la educación inicial, básica y bachillerato, siendo de carácter obligatorio para los internos que no tienen aprobados estos niveles; sin embargo, la educación superior y técnica es promovida por el SNAI a través de la suscripción de convenios con las instituciones de educación superior (COIP, 2014, Art. 704). Generalmente, el eje de tratamiento en educación está orientado a la alfabetización, post-alfabetización, educación básica superior, bachillerato general unificado y bachillerato técnico.

El arte y la cultura como parte del tratamiento están orientados a incentivar y facilitar los talentos artísticos, a través del desarrollo de la creatividad con actividades para fortalecer la identidad nacional e interculturalidad, promover expresiones culturales diversas y actividades de creación artística, en este ámbito se involucra a los internos en la literatura, artes escénicas, música, artes plásticas y comunicación (RSNRS, 2020, Arts. 207-210).

Por otro lado, el deporte como alternativa para mejorar la calidad de vida y aprovechamiento del tiempo libre de los internos (indorfútbol, ecuavoley, ping pong, gimnasio, caminata, básquet, ajedrez, etc.) es promovido y coordinado por el SNAI y el Ministerio del Deporte, Educación Física y Recreación (RSNRS, 2020, Arts. 211-214). (RSNRS, 2020, Art. 211-214)

El eje de tratamiento en salud se realiza a través de programas coordinados entre el SNAI y el Ministerio de Salud Pública - MSP que buscan principalmente fomentar actividades de promoción, prevención y tratamiento de la salud integral de los internos; esto incluye, huelgas de hambre, ideación suicida, intentos autolíticos, trastornos mentales graves, consumo problemático de alcohol y otras drogas, así como atención complementaria derivada de esta atención.

El eje de salud comprende la prevención, promoción, atención, rehabilitación y cuidados paliativos que abarcan las prestaciones para mujeres embarazadas, neonatos e internos en general; y, se atienden temas de salud mental, asistencia de emergencia o urgencia; asistencia ambulatoria, atención nutricional, etc. (RSNRS, 2020, arts. 215-227)

El eje de tratamiento de vinculación familiar y social ha sido ideado para fortalecer y mantener las relaciones familiares y sociales de los internos lo cual contribuye a incentivar una actitud emocionalmente positiva de los internos en medio de la desesperanza que implica el encierro, pues el vínculo familiar representa la afectividad que forma parte de la condición humana. En este eje, el trabajo social juega un rol importante, pues, permite identificar las condiciones individuales, sociales y familiares de las personas privadas de libertad (RSNRS, 2020, Arts. 228-229)

En fin, el seguimiento y evaluación a los diferentes ejes de tratamiento y la conducta del condenado sirven de fuente para la progresividad o regresividad según el nivel de seguridad y régimen (RSNRS, 2020, Arts. 232-241); para ello también se toma en cuenta el estudio criminológico de cada condenado según el COIP, Art.709.

Sin embargo, nótese que el Equipo Técnico de tratamiento no cuenta con un profesional en la rama de la criminología para que evalúe aspectos subjetivos, objetivos, históricos y actuales, sobre frustraciones, arrepentimientos, historias de la infancia, disfuncionalidad de la familia, abusos sexuales, conductas violentas, carencia de planes para el futuro, alteraciones del estado emocional por conflictos intra penitenciarios, ideas suicidas, exposición contaminadora; en fin, aspectos que permiten observar y evaluar lo que el condenado trajo a la prisión y lo que la prisión ha producido en él, debido al ambiente estresor en que convive, en condiciones de humedad, frío, calor, ruido, mala higiene, hacinamiento, falta de privacidad, etc. (Prieto Montes, 2012).

2.6. Régimen penitenciario

En la legislación penitenciaria ecuatoriana el régimen, los niveles de seguridad y el tratamiento están estrictamente vinculados; tal es así, que el condenado permanece en el régimen cerrado hasta cumplir con el 60% de la pena, sin embargo, puede cambiar de nivel de seguridad de máxima a media seguridad una vez que haya cumplido el 20% de la pena impuesta (RSNRS, 2020, Art. 244).

Esta situación expone e intensifica el riesgo de desocialización y dificulta la integración y reinserción social, razón por la cual, según los expertos, el principio de transitoriedad y subsidiariedad se ven entorpecidos para reconducir las conductas y actitudes en el afán de salvaguardar la salud mental de cada interno (Mir Puig, 2018, pp. 121-122).

Asimismo, esta clasificación regimental que no permite al recluso salir del encierro pone en inminente riesgo la reeducación y resocialización por las “nefastas consecuencias de la prisionización” (Gallardo García, 2016, p. 150).

Ahora, para el cambio del régimen cerrado al semiabierto el sentenciado debe haber cumplido el sesenta por ciento (60%) de la pena impuesta en sentencia condenatoria, cumplir con la calificación mínima en el plan individualizado de tratamiento, no haber recibido sanción disciplinaria por faltas graves o gravísimas, estar en el nivel de mínima seguridad, tener un domicilio fijo, informe psicológico y no tener pendiente otro proceso penal en su contra u otra sentencia condenatoria.

En esta transición interviene el equipo técnico de reinserción social del centro y es el encargado de acompañar, controlar, monitorear y evaluar el cumplimiento del plan de salida; en este régimen el condenado puede realizar actividades fuera del centro de rehabilitación con la obligatoriedad de presentarse un determinado número de horas a la semana. Principalmente, en el régimen semiabierto se llevan a cabo planes, programas, proyectos y actividades orientadas a la reinserción familiar, laboral, social y comunitaria (RSNRS, 2020, Arts. 252-268).

Tal parece que, en el régimen cerrado un condenado puede pasar de máxima, media a mínima seguridad, sin necesidad de avanzar al régimen semiabierto y abierto, es decir, para pasar al régimen semiabierto o abierto, el condenado debe acreditar como requisito la permanencia en mínima seguridad.

Avanzar al régimen abierto significa que el condenado está habilitado para convivir en su entorno social y familiar y que ha superado los ejes del tratamiento de rehabilitación. En este régimen el sentenciado debe presentarse en el centro de rehabilitación al menos dos veces al mes.

Para acceder al régimen abierto se debe cumplir con el ochenta por ciento (80%) de la pena, haber cumplido de forma satisfactoria el régimen semiabierto, no tener pendiente otro proceso penal o sentencia condenatoria ejecutoriada y contar con un domicilio fijo (RSNRS, 2020, Arts. 269-280). El incumplimiento de las condiciones establecidas para el régimen semiabierto y abierto acarrea la regresividad y revocatoria de los diferentes regímenes, para volver al régimen cerrado (RSNRS, 2020, Art. 279).

Asimismo, es importante señalar que de conformidad con lo dispuesto en el COIP, Arts. 698 y 699, no pueden acceder a los regímenes semiabierto y abierto los privados de libertad que han sido condenados por delitos de asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario.

Al parecer, la mencionada excepción establecida en el COIP rompería el principio de progresividad y negaría a este grupo de privados de libertad, la posibilidad de acceder a los diferentes regímenes que lo preparan para la vida en libertad y la reinserción a la sociedad. “Ya de entrada, resulta paradójico que se intente preparar para la vida en libertad privando de libertad” (Gallego et al., 2010, p. 91), por tanto, sería “difícil generar actitudes de respeto hacia los demás y hacia la sociedad” (Gallego et al., 2010, p. 91), en un ambiente de total encierro por todo el tiempo impuesto de condena. Los efectos serían contrarios, resultaría muy probable que no se logre una rehabilitación, al contrario, se tendrían delincuentes reincidentes, resentidos y empedernidos contra una sociedad que no les ha dado la posibilidad de reeducarse (Brown, 2020).

Como se ha podido observar, en el modelo penitenciario ecuatoriano, el sistema progresivo avanza en proporción al comportamiento del interno en la receptividad del tratamiento y al porcentaje en el cumplimiento de la pena, lo que implica que, a mayor receptividad y avance en el cumplimiento de la pena, mayor progresión y avance del régimen; aunque, si no hay receptividad la consecuencia será la regresión en el régimen.

2.7. Las relaciones con el exterior

Las relaciones con el mundo exterior se han instituido considerando que el ser humano por naturaleza es un ser sociable y en la medida de lo posible se busca que el privado de libertad no pierda el contacto con los suyos (familia, amigos y allegados) y que no se sienta aislado de la sociedad; en tal razón, se regula a través de las comunicaciones, las salidas temporales y el régimen de visitas COIP (Arts. 713-718) y el RSNRS (Arts. 39-49 y 104-130).

Las formas de comunicación se sujetan a los niveles de seguridad (máxima, media y mínima) y los medios de los cuales se sirven pueden ser: telefonía fija en horarios establecidos; cabinas telefónicas; videoconferencias para los internos que no pueden recibir visitas, bajo informe favorable del área de trabajo social, (RSNRS, arts. 39-43).

Las salidas temporales están previstas para que los internos puedan visitar a sus familiares hasta el primer grado de consanguinidad, cónyuge o conviviente en unión de hecho en casos de enfermedad terminal, o fallecimiento de alguno de ellos. Esta salida se autoriza por una sola vez, para lo cual el interno debe decidir si visita a su familiar durante la enfermedad terminal o fallecimiento.

La negativa de este permiso por parte de la administración penitenciaria se pone en conocimiento del Juez de Garantías Penitenciarias quien decidirá al respecto. La salida temporal se otorga por lapso máximo de una hora, sin contar el tiempo de movilización y traslado (RSNRS, 2020, Art. 49).

Por otro lado, el régimen de visitas contempla las ordinarias y extraordinarias (RSNRS, 2020, art. 104). Las visitas ordinarias se rigen por un cronograma, horarios y listados previamente establecidos por la administración penitenciaria e incluyen: visitas familiares, visitas sociales, íntimas y del Defensor público o defensor privado (RSNRS, 2020, Art. 105) La periodicidad en las visitas ordinarias se establece según los niveles de seguridad, es decir, en mínima seguridad, se puede recibir cuatro visitas al mes; en media seguridad, tres visitas al mes; y, en máxima seguridad, dos visitas al mes; mientras que los preventivos pueden recibir cuatro visitas al mes (RSNRS, 2020, Art. 109)

Las visitas extraordinarias no están planificadas, proceden previa solicitud y se aplican en casos de: 1. Visita familiar o social con residencia en el extranjero que estén de forma temporal en el país; 2. Representantes consulares, diplomáticos, o embajadores y organismo internacionales con misiones oficiales; 3. Hijos e hijas de internos que estén en acogimiento institucional; 4. Hijos o hijas de internos que estén en acogimiento familiar; 5. Internos con enfermedad terminal; 6. Visita familiar o social con enfermedad terminal; y 7. Visita de autoridades estatales que tengan a su cargo investigaciones y actuaciones similares (RSNRS, 2020, Arts. 119-121).

Tanto las visitas ordinarias y extraordinarias se pueden suspender temporalmente en casos de alertas y acciones que vulneren la seguridad del centro penitenciario, y, cuando se declaren estados de excepción por crisis interna (RSNRS, 2020, Arts. 126-128). Esta situación ha sido común en los últimos años (2019 a 2021) por la constante ola de violencia, motines, suicidios y caos generado en los CPL.

2.8. Beneficios penitenciarios

De conformidad con el RSNRS (2020), Disposición General Décimo Quinta, los beneficios penitenciarios:

“son aquellas etapas del régimen progresivo de rehabilitación social establecidas en el Código de Ejecución de Penas, marco jurídico rector de la política penitenciaria del país que estuvo vigente hasta antes del 10 de agosto de 2014, fecha en la cual entró en plena vigencia el Código Orgánico Integral Penal. Los beneficios penitenciarios reconocen el principio constitucional de la individualización de las penas y para la aplicación de las mismas establece la individualización del tratamiento y el régimen progresivo de rehabilitación social, con el objetivo de lograr la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad”.

Asimismo, el mencionado Reglamento (RSNRS, Disposición General Décimo Quinta) establece que entre las etapas del Régimen progresivo constan: 1. Prelibertad (40% de cumplimiento de la pena; 2. Libertad controlada (60% de cumplimiento de la pena); y, 3. Rebajas de pena en la modalidad de quinquenio y sistema de méritos.

En este punto, podría existir una distorsión del verdadero concepto de los beneficios penitenciarios que se los está asumiendo como etapas del sistema progresivo en evidente contradicción con la doctrina que los entiende como “mecanismos jurídicos que acortan la pena de privación de la libertad o permiten el indulto (Mir Puig, 2018, p. 140; Rodríguez Yagüe, 2018, p. 23).

En todo caso, el sustento fundamental de los beneficios penitenciarios consta en la CRE, Art. 147.18 que establece como atribución y deber del presidente de la república la concesión del indulto, rebaja o conmutación de las penas; así como, le concede también a la Asamblea Nacional en el Art. 120.13 la atribución de otorgar amnistía por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios.

Sin embargo, la misma norma suprema prohíbe la concesión del indulto por motivos humanitarios en condenas relacionadas con delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones de política o de conciencia (CRE, 2008, 120.13). El COIP, Art. 74 al referirse a la concesión del indulto presidencial, abarca también la conmutación y rebaja de las penas como atribución del mandatario. La condición establecida para este beneficio está relacionada con la observancia de una buena conducta o conducta ejemplar posterior al delito, condición que se ajusta a la Regla 70 de las Reglas Mandela que otorga la potestad al Estado de establecer incentivos para alentar la buena conducta de los internos y sus expectativas de futuro en libertad.

El otorgamiento del indulto, conmutación o rebaja de penas está regulado por el Reglamento para la concesión de indulto, conmutación o rebaja de penas - RCICRP. Este reglamento, en el Art. 2.b limita la concesión del indulto para condenados por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia; a quienes da la posibilidad de solicitarlo sólo en caso de poseer enfermedad catastrófica, crónica o terminal debidamente comprobada; es decir, la observancia de buena conducta no aplica en estos casos.

El RCICRP establece también una diferencia entre conmutación de pena que es la sustitución de la pena privativa de libertad por otra sanción no privativa de libertad de las establecidas en el Art. 60 del COIP; rebaja de la pena que consiste en disminuir el tiempo de duración de la pena privativa de libertad y el perdón de la pena por observar buena conducta (no tener sanción disciplinaria por faltas graves o gravísimas) o conducta ejemplar (no haber sido sancionado por faltas disciplinarias leves, graves o gravísimas (RCICRP, 2021, Art. 2).

De lo que se observa en el Art. 6 del mencionado reglamento, la decisión presidencial puede consistir en el perdón del cumplimiento de la pena, la condigna rebaja o la conmutación por otra sanción penal; de lo que se deduce que el indulto presidencial es un conjunto de opciones que abarca los beneficios penitenciarios.

Por otra parte, el COIP, Art. 73 contempla también el indulto o amnistía que puede ser concedido por la Asamblea Nacional; la amnistía por delitos políticos y el indulto por motivos humanitarios; atribución que se restringe en caso de delitos contra la administración pública, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

El indulto que otorga la Asamblea Nacional está regulado por el Reglamento para la admisión y tramitación de las solicitudes de indulto dirigidas a la Asamblea Nacional - RATSAN,

poder del Estado que otorga el indulto sólo por motivos humanitarios. El indulto en este ámbito puede ser solicitado por cualquier persona, es decir, el propio condenado, el director del centro penitenciario donde está cumpliendo la condena, el posible beneficiario, otra persona u organización.

Si se alega la existencia de enfermedades catastróficas, crónicas o terminales, éstas deben estar avaladas por el MSP, que detallará la existencia de la enfermedad, tratamientos o paliativos y la expectativa de vida del posible beneficiario (RATSIAN, 2016, Arts. 1-4). Para la concesión del indulto por motivos humanitarios se requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Pleno de la Asamblea Nacional (RATSIAN, 2016, Art. 8).

Cabe mencionar que la Ley Orgánica de la Función Legislativa - LOFL, Art. 97 define al indulto por motivos humanitarios como:

“aquellos que buscan aliviar el sufrimiento de una persona privada de la libertad, ya sea por enfermedades degenerativas e incurables, crónicas, raras, huérfanas, catastróficas, terminales o de similar naturaleza o graves trastornos mentales, buscando dar el beneficio, por el tiempo que le reste de existencia...”.

En definitiva, la norma interna ecuatoriana contradice los instrumentos Internacionales como las Reglas Mandela y los postulados doctrinarios; es decir, se ha caído en un “juego de conceptos que acaba pervirtiendo” (Solar Calvo, 2019, p. 286) el verdadero significado de los beneficios penitenciarios que comprenden el acortamiento de la condena y el indulto.

2.9. Apoyo postpenitenciario

La gestión del SRS culmina con el apoyo postpenitenciario que aparentemente se brindaría a quienes han cumplido la pena privativa de libertad, de conformidad con el Art. 281 del RSNRS que prevé el seguimiento a la ejecución del plan de salida de las personas liberadas hasta un año después de cumplida la pena. Pero en la práctica no existe tal apoyo a liberados, pues, no se cuenta con el personal necesario ni con el presupuesto que se requiere para hacer efectiva esta gestión.

Así las cosas, con el modelo de gestión penitenciaria ecuatoriano, que en la práctica tanto la normativa constitucional y aquellas que regulan el sistema de rehabilitación social se han quedado en meras declaraciones de buenas intenciones, pues, la dinámica carcelaria gira en un círculo vicioso, rodeado de hacinamiento, insalubridad, violencia, corrupción, infraestructura vetusta y condiciones precarias de vida al interior de las prisiones y una subcultura carcelaria sin precedentes.

En definitiva, el problema en el mal llamado SNRS, lejos de disminuir, cada vez empeora, obligando al gobierno a declarar estados de excepción desde el año 2007, 2011, 2019, 2020 y 2021 (DPE & MNPT, 2021, p.25) de conformidad con lo que establece la CRE, Arts. 164-166 por la grave conmoción interna y calamidad pública observada en los diferentes centros penitenciarios, sin lograr una solución definitiva a la crisis, pese a las medidas drásticas para recuperar el orden y el control con refuerzos policiales y militares, restricción de derechos a los reclusos pero sin un plan estratégico, acompañado de una asignación presupuestaria suficiente.

3. Método

La investigación se aborda desde un enfoque cualitativo de diseño narrativo (Hernández Sampieri et al., 2015, pp. 471-488) porque se busca comprender a través de la historia y la evolución de los sistemas penitenciarios los problemas actuales que aquejan al régimen carcelario, sobre todo en Ecuador. Lo que interesa es “establecer tendencias y detectar evidencias con intención de comprender la realidad, no medir” (Lopera Quiroz, 2009, pp. 166-176), es decir, se hace un análisis descriptivo, comparativo y crítico de la problemática penitenciaria, partiendo de lo general a lo particular.

Asimismo, a través de la visión socio-jurídica se busca establecer la relación entre derecho y sociedad (Lopera Quiroz, 2009, p. 165), es decir, se pone frente a la ciencia jurídica la realidad penitenciaria “no fuera de ella” (Díaz Díaz, 2008, p. 204). La investigación socio-jurídica integra derecho y realidad social lo que permite relacionar el discurso jurídico vigente y el problema carcelario que vive Ecuador.

El método cualitativo y el socio-jurídico hacen una perfecta combinación para lograr el abordaje histórico, jurídico, sociológico y filosófico. En definitiva, los dos métodos permiten abrir las puertas de la ciencia jurídica a la sociedad (Castellanos Hernández, 2020; Díaz Díaz, 2008, pp. 204-205).

Finalmente, se utiliza las fuentes secundarias de información a través de la técnica de la revisión documental (Hernández Sampieri et al., 2015, p. 472) de literatura e informes de organismos nacionales e internacionales que han visitado las cárceles ecuatorianas.

4. Resultados y discusión

Conceptualizado el objeto de investigación, se opta por el uso de “sistema penitenciario” por considerarlo más amplio e integrador de dogmas, conocimientos, principios, reglas, técnicas y prácticas penitenciarias que contribuyen a cumplir con la finalidad de la PL en el contexto actual.

En sí, el SP es un conjunto estructurado que comprende “el ritmo necesario entre lo legislativo, lo institucional y las realidades culturales” por lo que prevé: “a) un fundamento doctrinal que sienta principios y dogmas científicos; b) una legislación positiva; y c) una organización administrativa y técnica idónea” (Beeche, 1951, p.213).

Así, Lucas al referirse al SP sugiere seis grandes principios en los que éste se sustenta: “1) Unidad administrativa; 2) Sistema coordinado que abarque los establecimientos penitenciarios; 3) Categorización de los centros penitenciarios; 4) La clasificación de los privados de libertad; 5) la separación entre presos preventivos y presos con sentencia; y, 6) la sanción disciplinaria”. (Lucas, 1838, p.273)

En este hilo de conceptos penitenciarios, se entiende que las prisiones, en el discurso oficial actual, se justifican como una necesidad para mantener el orden, basada en el interés general y para salvaguardar la seguridad pública en defensa de los valores sociales.

Otro concepto importante es la privación de la libertad como alternativa a la pena de muerte, es una nueva forma de ejecución penal que exige un vocabulario o terminología propia, por lo que es común encontrarse con términos tales como: ciencia penitenciaria, sistema penitenciario,

derecho penitenciario, ciencia de las prisiones, teoría del encarcelamiento, penología o la misma ejecución penal. En todo caso, lo que se busca es dar a entender la visión global del encarcelamiento y en ese sentido, el término “sistema penitenciario” es el más amplio y utilizado por los estudiosos de este ámbito científico.

De la historia se colige que a pesar de que la pena privativa de libertad se percibe como la pena más benigna, su aplicación ha traído consigo un sufrimiento moral para el condenado por la pérdida de ese derecho esencial como es “la libertad”; y además, en su recorrido histórico ha venido acompañada de trabajos forzados y otros componentes que le han añadido padecimientos (aislamiento celular, silencio absoluto, uso del látigo, prohibición de contacto con el exterior, etc.).

Muñoz Conde considera que, aunque se aprecie una innovación en esta nueva forma de sancionar, la trayectoria del cumplimiento de esta pena está acompañado de una constante crisis dada por su aplicación, en un ambiente “totalmente desprovisto de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretende en los sistemas civilizados” (2010, p. 508). La ausencia de condiciones sanitarias, el hacinamiento y el trato degradante han provocado desaliento y efectos nocivos para la salud física y mental de los penados, todo lo cual se ha constituido en un absoluto anacronismo, al menos en América latina.

Lo cierto es que la pena privativa de libertad, actualmente se justifica en el discurso político de resocialización, en el que se pretende la educación, el trabajo, la salud, todo lo cual integra el fracasado “programa de rehabilitación”. En la realidad actual, sobre todo en América Latina y particularmente en Ecuador se observan condiciones de vida deplorables, acompañadas de hacinamiento, violencia, masacres, vejámenes, malos tratos, mala alimentación, condiciones económicas precarias en un mundo carcelario de completa corrupción (Ariza & Tamayo Arboleda, 2020).

Y como dice García “¿Cómo puede alguien horrorizarse del pasado, cuando actualmente se tiene condiciones de vida en prisión similares a las existentes en la antigüedad, sobre todo si a las condiciones físicas se agregan la tensión y la violencia psicológica?” (2010, p. 450). En este sentido, el criterio de García es acertado cuando dice que actualmente, la PL en las condiciones que se maneja sería “aplicación de castigos corporales y psicológicos dentro de un espacio llamado prisión” (2010, p. 450).

Por otro lado, en la exploración de los modelos penitenciarios (pensilvánico, auburniano, reformativo y progresivo) se observa un sistema de castigo penal puro que incapacita y aniquila al delincuente por el tiempo que dura la condena, pero que sin duda tampoco se logra reeducar; al contrario, lo más seguro es la reincidencia a su retorno a la libertad. Sobre todo, en el caso ecuatoriano cuando se niega la progresividad a quienes han cometido delito según el Art. 698 del COIP se los somete a una mezcla de los modelos pensilvánico y auburniano, en total vulneración del Art. 52 del mismo COIP que establece que “en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales”; lo que consecuentemente ha llevado al sistema penal ecuatoriano al “terror penal” (Fernández García et al., 2001, p.29).

Otro hallazgo importante está relacionado con los beneficios penitenciarios en Ecuador que no sólo que no se ajusta a los postulados doctrinarios mayoritarios de la ciencia penitenciaria sino que ha sufrido una regresión, pues ha precisión, al contrario tanto el COIP como el RSNRS contienen de forma dispersa, inadecuada e ineficaz, los preceptos que regulan la concesión del indulto, conmutación y rebaja de penas lo cual genera una actitud pesimista por parte de los internos que no tienen motivación ni expectativas de futuro.

En definitiva, el sistema penitenciario ecuatoriano se encuentra en crisis, pues, la dinámica bajo la cual se ha manejado la reforma en el ámbito penal y penitenciario ha obedecido a un populismo punitivo manejado por los gobiernos de turno que han pretendido reelegirse, reformando la ley penal, incrementado el catálogo de delitos, endureciendo las penas y aplicando una presión mediática al sistema de justicia que ha aplicado la prisión preventiva, como medida preferente y a consecuencia de lo cual los CPL han desbordado en su capacidad instalada. Es decir, el Derecho Penal ecuatoriano ha respondido a un enfoque de control y castigo, más que a la finalidad rehabilitadora, reeducadora y resocializadora.

Al deficiente sistema penitenciario ecuatoriano se suma la falta de personal especializado en gestión penitenciaria, pues, éste está dirigido y administrado por militares o policías de alto rango que están en servicio pasivo; tal parecería que el Estado ha considerado como único requisito el hábito de la disciplina, el don de mando y la energía que poseen dichos funcionarios, basándose únicamente en un pensamiento represivo y reaccionario.

5. Conclusiones

- Aunque se aprecian avances en el desarrollo científico de la ciencia penitenciaria y normativa, éstas discrepan mucho de la realidad carcelaria que se encuentra sumida en una encrucijada, en una oscuridad profunda que no deja apreciar la luz al final del túnel.
- La historia y origen del sistema penitenciario hace evidente que el problema no ha superado el pasado vergonzoso, que ha sacrificado la vida de los prisioneros pero que ahora los condena a una muerte lenta en un ambiente carcelario lleno de violencia, precariedad y escaso de programas de rehabilitación, reeducación y resocialización.
- El discurso jurídico responde únicamente a un populismo punitivo que está en boga y a la “tolerancia cero” que ha endurecido las penas, ha incrementado el catálogo de delitos y se ha alejado de los avances científicos desarrollados para humanizar las cárceles, garantizar y respetar la dignidad y los derechos humanos de los presos, lo que trae consigo un futuro incierto y más caótico por la especialización en el crimen a lo que se somete a los reclusos.
- La normativa ecuatoriana cae en una flagrante violación de la esencia del sistema penitenciario progresivo cuando niega a los presos que han cometido delitos de acuerdo con los Artículos 698 y 699 del COIP, a avanzar en un tratamiento que los lleve del régimen cerrado, al semiabierto y finalmente al abierto; pues deben cumplir el total de la condena sin salir de la prisión. La prisión, de por sí es despersonalizadora, desocializadora y estigmatizadora; y sobre todo, los efectos de la prisionización son devastadores, deterioran la salud física y mental del recluso.
- El abandono del Estado al sistema penitenciario y su débil institucionalidad han dado cabida al autogobierno de los grupos del crimen organizado que han ganado terreno, tomándose las cárceles y reclutando al resto de reclusos para sus negocios ilícitos lo que ha sumido al Ecuador y sus cárceles en el caos, la inseguridad, la violencia, la corrupción y la extorsión.
- Es necesaria la apertura del Sistema penitenciario ecuatoriano a la academia y la investigación lo que redundará en aportes especializados, profundos y de colaboración para solucionar la crisis penitenciaria. Ahora mismo, el sistema es muy hermético, no transparenta la información y no es abierto a la comunidad científica.

6. Referencias

- Ariza, L. J., & Tamayo Arboleda, F. L. (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, Vol. 60, 83-95. <https://doi.org/10.7440/res73.2020.07>
- Beccaria, C. (2015). Tratados de los delitos y las penas. In *Carlos III University of Madrid*. Universidad Carlos III de Madrid. <https://bit.ly/2YPmuJs>
- Beeche, H. (1951). *Sistemática de la ciencia penitenciaria*. Instituto de Investigación Jurídica UNAM.
- Beytía Reyes, P. (2017). El panóptico de Bentham y la instrumentalización de los derechos humanos. *Universitas Philosophica*, 34, 173. <https://doi.org/10.11144/javeriana.uph34-68.pbdh>
- Brown, E. (2020). A systematic review of the effects of prison segregation. *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 52. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2020.101389>
- Cámara Arroyo, S. (2019). Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXII. <https://cutt.ly/ck31A1d>
- Caro, F. (2013). John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII. *EGUZHILORE*, 27, 39-59. <https://bit.ly/32zzNP8>
- Castellanos Hernández, E. de J. (2020). Aproximación a la metodología de la investigación jurídica. *Universos Jurídicos*, Vol. LXX, 139-162. <https://doi.org/10.25009/uj.v1i15.2569>
- Código de Ejecución de penas y rehabilitación social, Registro Oficial 282: 9 de julio de 1982 (1982).
- Cervalló Donderis, V. (2016). *Derecho Penitenciario* (tirant lo blanch (ed.); 4ta. Edición). Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, 1 (2008).
- Díaz Díaz, J. (2008). La investigación jurídica y la investigación socio-jurídica: entre el método jurídico de investigación y el método científico. *Revista Iustitia*, 201-206. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979006>
- DPE, D. del P. de E., & MNPT, M. N. de P. de la tortura de E. (2021). *Informe Anual 2020*. Defensoría del Pueblo de Ecuador. <https://acortar.link/vz4SDe>
- Fernández Bermejo, D. (2019). Del sistema progresivo a la individualización científica: la elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el derecho penitenciario. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 72(1), 483-519. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=7059258>
- Fernández García, J., Pérez Cepeda, A., Sanz Mulas, N., & Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *Manual de Derecho Penitenciario* (Editorial COLEX (ed.). Universidad de Salamanca.
- Foucault, M. (1987). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (S. veintiuno Editores (ed.); 12a. edición).
- Gallardo García, R. M. (2016). Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma. *Anuario Da Faculdade de Direito Da Universidade Da Coruña*, 20(0), 139-160. <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1918>
- Gallego, M., Cabrera, P., Ríos, J., & Segovia, J. L. (2010). *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. Universidad Pontificia Comillas.

- García García, L. G. (2010). *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*. Editorial Porrúa.
- González Alvo, L. (2017). Una aproximación a los orígenes de la administración penitenciaria federal. Las "comisiones de cárceles" y el Proyecto de Reformas de Claros y Muratgia (1890-1912). *Anuario Del Instituto de Historia Argentina*, Vol. 17, 1-25. <https://bit.ly/3ScJIDU>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Callado, C., & Baptista Lucio, P. (2015). *Metodología de la investigación* (6ta. Ed.). Mc Graw Hill Education.
- Howard, J. (2003). *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Fondo de cultura económica. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hulsman, L. (2007). *Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario. Conferencia en el marco del Programa UBA XXII: Universidad en la Cárcel, en el Centro Universitario de Devoto*. <https://bit.ly/3jLL9H3>
- Larco Chacón, C. (2019). Historia de las prisiones en Ecuador (1874-1980). In J. D. Cesano, J. Nuñez, & L. González Alvo (Eds.), *Historia de las prisiones sudamericanas. Entre experiencias locales e historia comparada (Siglos XIX y XX)* (pp. 283-332). Editorial Humanitas. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/110990>
- Código Orgánico Integral Penal, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento 180 (2014). Lopera Quiroz, O. L. (2009). *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*.
- López Melero, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, V, 401-448. <https://bit.ly/3zQqM3u>
- Lucas, C. (1838). *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement, de des principes, de ses moyens, et de ses conditions d'application*.
- Mata y Martín, R. (2016). *Fundamentos del sistema penitenciario*. Editorial Tecnos.
- Melossi, D., & Pavarini, M. (2010). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglo XVI - XIX)*. Siglo XXI Editores S.A.
- Mir Puig, C. (2018). *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad* (Atelier (ed.)).
- Miranda, M. J., & González Sánchez, I. (2018). Academia, cárcel y relaciones de poder. Entrevista con Ma Jesús Miranda. *Encrucijadas - Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 16, 1-16. <https://bit.ly/3U3WMhI>
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes. Tomo I* (Traducido). Librería General de Victoriano Suárez. <https://bit.ly/31vAwIh>
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (tirant lo).
- Prieto Montes, J. L. (2012). Guía práctica para la elaboración del diagnóstico clínico criminológico. *International E-Journal of Criminal Sciences*, 6, 1-17. <https://bit.ly/47KjU86>
- Reglamento para la admisión y tramitación de las solicitudes de indulto dirigidas a la Asamblea Nacional, 1 (2016).
- Reglamento para la concesión de indulto, conmutación o rebaja de penas, cepweb 2013 (2021).
- Rodríguez-Magariños, F. (2014). Introducción. Historia de las prisiones. La Historia de las Penas: De Hammurabi a la Cárcel Electrónica, 1-557. <https://url2.cl/w8Ugs>
- Rodríguez Yagüe, C. (2018). Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05(20), 5. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-05.pdf>

- Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación social, del 30 de junio de 2020. (2020). *Registro Oficial EE-958*.
- Rubio Hernández, H. E. (2012). La prisión. Reseña histórica y conceptual. *Ciencia Jurídica*, 2, 11-28.
- Sanz Delgado, E. (2020). Antecedentes normativos del sistema de individualización científica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXIII.
- Solar Calvo, M. del P. (2019). *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Colección Derecho Penal y Procesal penal.
- Téllez Aguilera, A. (1999). Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52(1), 323-338. <https://bit.ly/3SsCSM3>
- Valencia Grajales, J. F., & Marin Galeano, M. S. (2017). El panóptico más allá de vigilar y castigar. *Revista Kavilando*, 9(2), 511-530. <https://bit.ly/3h5aSIk>
- Valenzuela de la Torre, N. (2007). *La rehabilitación social en el Ecuador, y en el contexto del código de ejecución de penas*. <https://bit.ly/3U7IYnl> / La rehabilitación social en el ecuador, y en el contexto del código de ejecución de penas.pdf
- Voltaire. (1998). *Tratado sobre la tolerancia* (M. (Traductor) Armiño (ed.)). ePubLibre.

SECCIÓN IV

DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Capítulo 12

LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN ASUNTO PENDIENTE PARA EL DERECHO

Marilena Coromoto Asprino Salas

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

mcaspirino@pucesi.edu.ec

Resumen

El desarrollo de los sistemas inteligentes y el notable incremento de sus aplicaciones se ha llevado a cabo en ausencia de un sistema normativo que permita eliminar o minimizar sus riesgos y proteger los derechos de las personas ante sus efectos y consecuencias, dando lugar a un panorama de incertidumbre y desprotección en el seno de la sociedad. El objetivo perseguido con el estudio fue analizar la necesidad de regular jurídicamente el uso de la IA, a través de la identificación y estudio de los factores que justifican tal necesidad y de la evaluación de los impactos que la falta de regulación conlleva para las personas y para la sociedad. En este sentido, se logró identificar un conjunto de factores de diversa naturaleza: unos derivados de la propia funcionalidad de estos sistemas; otros de las violaciones de derechos producidas en casos reales y otros del incremento de las aplicaciones de la IA en diversas áreas; lo que permitió dar respuesta a las preguntas de investigación formuladas: ¿Puede considerarse que la falta de regulación de la IA es un asunto pendiente para el derecho? ¿Cuáles son los factores que generan la necesidad de regular el uso de esta alta tecnología? Por la naturaleza del problema estudiado, la investigación se desarrolló desde un enfoque cualitativo mediante la aplicación del método analítico-sintético y de la técnica de revisión documental. Esta última sirvió para procesar la información obtenida del estudio de casos internacionalmente relevantes, así como de actuaciones de la praxis judicial internacional y de aportes científicos de la doctrina especializada. Como principal conclusión se obtuvo que la regulación de la IA es una tarea pendiente para el derecho que es menester asumir a pesar de su complejidad y de las dificultades que atentan contra su efectiva concreción.

Palabras clave: inteligencia artificial; derechos humanos; regulación jurídica.

Abstract

The development of intelligent systems and the notable increase in their applications has been carried out in the absence of a regulatory system that allows them to eliminate or minimize their risks and protect the rights of people from their effects and consequences, giving rise to a panorama of uncertainty and lack of protection within society. The objective pursued with the study was to analyze the need to legally regulate the use of AI, through the identification and study of the factors that justify such need and the evaluation of the impacts that the lack of regulation entails for people and for society. In this sense, it was possible to identify a set of factors of diverse nature: some derived from the functionality of these systems; others from the violations of rights produced in real cases and others from the increase in AI applications in various areas; which allowed us to answer the research

questions formulated: Can the lack of regulation of AI be considered a pending issue for the law? What are the factors that generate the need to regulate the use of this high technology? Due to the nature of the problem studied, the research was developed from a qualitative approach, through the application of the analytical-synthetic method and the documentary review technique. The latter served to process the information obtained from the study of internationally relevant cases, as well as actions of international judicial praxis and scientific contributions from specialized doctrine. The main conclusion was that the regulation of AI is a pending task for the law that must be assumed despite its complexity and the difficulties that threaten its effective implementation.

Keywords: artificial intelligence; human rights; legal regulation.

Introducción

Contexto y evolución del problema de la investigación

La simbología bíblica y mitológica del Leviatán ha sido utilizada para evocar la seguridad del Estado, base fundamental del desarrollo social y económico experimentado por los países occidentales en los últimos siglos.

La seguridad del Leviatán y del orden político que a su imagen se desarrolla, ha venido afianzándose en las incuestionables seguridades ganadas por la ciencia, cuyo espectacular progreso en la consecución de nuevas certidumbres continúa hasta bien entrado el siglo XX. (Esteve Pardo, 2009, p. 10)

En su obra, el eximio autor catalán Esteve Pardo hace una preclara reflexión acerca de la pérdida paulatina de la seguridad —en términos humanos y jurídicos— en el actual contexto global de incertidumbre, el cual se ha convertido en el rasgo característico y definitorio de la posmodernidad. Tal incertidumbre se traduce en precariedad en las relaciones sociales y laborales y, en general, en las condiciones de vida de las personas, con considerables afectaciones a su esfera de derechos. Mientras que otras disciplinas como el arte, la filosofía y la sociología pueden adaptarse y coexistir con la incertidumbre, el derecho no puede hacerlo, por cuanto a él corresponde la toma de decisiones y la tarea de generar seguridades y certidumbres (Esteve Pardo, 2009). El derecho y la incertidumbre son en esencia incompatibles, pero le corresponde al derecho actuar y generar respuestas cónsonas con la realidad aún en condiciones de incerteza.

La incertidumbre global contemporánea se debe, en gran medida, a los avances de la ciencia y la tecnología. Como bien señala el autor *in comento*, cuanto más estrechamente ligado esté nuestro destino al desarrollo de la ciencia, más vulnerables seremos a la incertidumbre que crea el progreso científico, el cual se reconoce a sí mismo como incierto en muchos aspectos (Esteve Pardo, 2009). De esta manera, algunos de los nombres más importantes del mundo de la tecnología pidieron a los laboratorios que dejaran de entrenar los sistemas de IA más potentes durante al menos seis meses, citando “profundos riesgos para la sociedad y la humanidad” (CNN Tecnología, 2023, párrafo 1).

Hoy por hoy la humanidad atestigua la inclusión de la ciencia en la agenda de los debates políticos y jurídicos sobre temas tan diversos y complejos como el cambio climático, las células madre, los organismos modificados genéticamente, las vacunas con ARN mensajero y la IA.

Todo ello en el contexto de un vertiginoso proceso de desarrollo y expansión que, a criterio de Alemán Ramos y García García (2018):

Se trata de un fenómeno propio de la sociedad posmoderna, orientada a los servicios, compleja, basada en el conocimiento-tecnología y centrada en el individuo, contrapuesta a la moderna, industrial, organizada, basada en la producción y que buscaba la igualdad social. (p. 24)

Ahora bien, tradicionalmente, el derecho ha tenido un tiempo de nacimiento y maduración propio, típico del ejercicio de la función legislativa, sustancialmente diferente a los tiempos del vertiginoso desarrollo de la tecnología, lo que ha aumentado el nivel de obsolescencia de las normas jurídicas por la distancia temporal existente entre la necesidad de regulación y la respuesta de los órganos legislativos. Esto hace que el desarrollo tecnológico se esté produciendo en ausencia de soluciones jurídicas a los retos y riesgos que el mismo plantea, aun cuando conlleva amenazas y violaciones de los derechos fundamentales de las personas.

Sin duda alguna, el legislar en esta materia y bajo estas condiciones es una tarea ardua que conlleva muchos desafíos. Quizás a ello se deba el que no exista una normativa vinculante que regule el uso de las aplicaciones de la IA, a pesar de las evidencias existentes de su potencial para lesionar los derechos de las personas y para atentarse contra la seguridad jurídica en general. Sea cual sea la *prima ratio* de este vacío, es un asunto prioritario reflexionar acerca de la necesidad impostergable de regular la IA, a partir del examen de ciertos hechos y situaciones actualmente en desarrollo donde se evidencia un impacto negativo en la seguridad jurídica y en el ejercicio de derechos fundamentales, constituyendo ésta la principal motivación para el desarrollo de la investigación.

Por lo expuesto, se plantearon las siguientes preguntas de investigación:

¿Puede considerarse que la falta de regulación de la IA es un asunto pendiente para el derecho?

¿Cuáles son los factores que generan la necesidad de regular el uso de esta alta tecnología?

El objetivo perseguido con el estudio, es analizar la necesidad de regular el uso de la IA a través del derecho, mediante la identificación de los factores que generan dicha necesidad y la evaluación de los impactos generados en las personas y en la sociedad por la ausencia de regulación.

Antecedentes de investigación

En armonía con la problemática expuesta en párrafos precedentes, la búsqueda de información arrojó resultados donde el tema de la regulación se plantea como un reto. Así, en el escenario hispano y dentro del campo específico de la robótica, interesantes cuestionamientos han sido realizados por Santos González (2017) en su investigación *Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro*, en los términos siguientes:

Es un hecho que la nueva generación de robots convivirá con los humanos y la legislación debe adaptarse y regular cuestiones de gran importancia jurídica cuáles son: ¿quién asume la responsabilidad de los actos u omisiones de los robots inteligentes?, ¿cuál es su condición jurídica?, ¿deben tener un régimen especial de derechos y obligaciones?, ¿qué soluciones vamos a dar a los conflictos éticos relacionados con su conducta? y por último, ¿deben establecerse medidas mínimas organizativas, técnicas y legales para minimizar los riesgos de seguridad

a los que está expuesta la tecnología asumiendo que su desarrollo no debe verse como una amenaza sino como una oportunidad y que los robots pueden estar interconectados? (p. 25)

En el mismo escenario, Núñez Zorrilla (2018) en el estudio intitulado *Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial* advierte de la necesidad de regular la responsabilidad civil por los daños causados por robots, así como los factores éticos derivados de las relaciones entre robots y seres humanos y el posible reconocimiento de personalidad jurídica a los robots (p. 9), enfatizando su carácter urgente.

Otro elemento de análisis que ha despertado el interés de los investigadores, es la distancia existente entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo y entre la teoría y la práctica en lo referente a la materialización de logros legislativos concretos.

En tal sentido, sobre la moratoria legislativa existente en esta materia, Abdalá, Lacroix y Soubie (2019) en el documento de trabajo Nro. 185 del CIPPEC, destacan la brecha que existe entre el debate científico y político en torno a la regulación de la inteligencia artificial en gran parte del mundo y los pocos países desarrollados que han establecido estándares vinculantes para la investigación, la producción y el uso de la misma (p. 10).

Se ha evidenciado con la investigación que la Unión Europea es la entidad geopolítica que más ha avanzado en el estudio del tema, aunque los resultados obtenidos se han centrado en temas particulares y precisos como el de la protección de datos personales, área que también ha sido objeto de preocupación en América Latina, en donde un grupo de países poseen leyes nacionales y autoridades administrativas para hacer valer los derechos de protección de datos ante los avances de la IA: Argentina, Uruguay, México, Perú, Costa Rica, Colombia y Panamá (Veronese y Nunes Lopes, 2021, p. 7).

En lo que respecta a las causas de la ausencia de regulación y a la necesidad de la misma, se identificaron dos aportes muy importantes. Por un lado, Astaiza (2023) toca el tema de la responsabilidad estatal en la regulación de esta tecnología, señalando

la importancia y la necesidad de regular aspectos como la ética y la responsabilidad de la ia y los algoritmos deben animar al Congreso a regular el asunto. De igual forma, en manos de las altas corporaciones judiciales de Colombia está la responsabilidad de crear reglas que permitan la comprensión y el manejo de los conflictos suscitados por la ia y los algoritmos. (p. DIXI)

Por otra parte, los citados autores Abdalá, Lacroix y Soubie (2019) en su estudio *La política de la Inteligencia Artificial: sus usos en el sector público y sus implicancias regulatorias*, proponen una tesis estructurada en cuatro ejes que facilitan la comprensión de los factores determinantes de la necesidad de desarrollar la referida regulación: “la caja negra, los sesgos de los algoritmos, la ética de la selección y el manejo de la información” (p. 6).

De manera general, las investigaciones consultadas llevan a concluir que los logros parciales obtenidos por ciertos Estados en la materia, no resuelven el problema de la ausencia de una normativa jurídicamente vinculante que imponga límites precisos a su desarrollo y minimice sus riesgos. La aspiración de contar con un marco regulatorio del uso de la IA ha pasado a ser una demanda cuasi global que requiere de mucha investigación, así como de acuerdos políticos y de respuestas institucionales oportunas para que pueda convertirse, más pronto que tarde, en una realidad. El aporte de este trabajo es sintetizar los factores que inciden en la necesidad de regulación como asunto prioritario que el derecho debe asumir.

Marco conceptual

Los primeros referentes históricos del uso de la IA se remontan a los años 30 con Alan Turing, considerado el padre de la inteligencia artificial. Los fundamentos teóricos de la misma se encuentran en el experimento que propuso en un artículo científico publicado en 1950 intitulado “Computing machinery and intelligence”. Conocido como el Test de Turing, dicho experimento consiste en que un ser humano mantiene una conversación con una computadora y con otra persona a la vez, sin saber cuál de los dos con quienes interactúa es realmente una máquina. La computadora supera el test si la persona que formula la pregunta, no puede distinguir si las respuestas provienen del ser humano o de la máquina. Para lograr esto, las computadoras deben tener las capacidades de procesamiento natural del lenguaje, representación del conocimiento, razonamiento y aprendizaje automático (learning machine) y solución de problemas.

Los sistemas de inteligencia artificial están diseñados para operar con distintos grados de autonomía, modelando y representando conocimientos, utilizando datos y calculando correlaciones (UNESCO, 2021, artículo 2, literal a). A mayor autonomía, mayores problemas a la hora de establecer responsabilidades jurídicas por las consecuencias de las decisiones adoptadas, debido a la llamada “brecha de responsabilidad” (*Liability Gap*, en inglés), noción nacida del debate filosófico instaurado en torno a la preocupación de que los sistemas inteligentes autónomos pueden hacer muy difícil e incluso, imposible, atribuir responsabilidad a las personas por eventos adversos ocasionados y obtener una indemnización para la víctima. Tema que será abordado más adelante, al hacer referencia a algunos casos reales en el contexto del análisis de los riesgos que conlleva el uso de la IA.

El término inteligencia artificial denota a aquellos sistemas que exhiben un comportamiento inteligente en el sentido de que son capaces de analizar su entorno y actuar con cierto grado de autonomía para lograr objetivos específicos (Comisión Europea, 2018, párrafo 2).

Una de las definiciones más sencillas y claras de la IA ha sido dada por la experta Cecilia Danesi en la entrevista realizada por Marybell Jara para el programa Visión Legal T1E8 el 11 de septiembre de 2021 en los términos siguientes:

Inteligencia Artificial. Hace referencia a un conjunto de datos procesados por un algoritmo (entendido como frecuencia de pasos lógicos) que arroja una predicción o decisión.

Por su parte, fiel al sentido etimológico del término, la Real Academia la define como la disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. (Diccionario de la lengua española en línea, s.f.)

En lo que respecta al término “regulación”, no aparece definido en los diccionarios jurídicos. Un estudio realizado por una estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia en el año 2014, arroja luz sobre este particular. En su estudio *La construcción de un concepto llamado regulación*, la autora ubica sus orígenes en los campos de la economía, las finanzas y la administración privada y la identifica en este campo con la función de la Administración de intervención en el área económica (Campanelli Espíndola, 2009). Destaca la autora la indeterminación conceptual que ha imperado en el ámbito jurídico diciendo que “son pocos los países en los cuales el Derecho aporta una definición positiva y articulada de regulación” (p. 260), esto a pesar de ser un término de amplio uso en el argot legal. Ante esta situación, se acudió a otras fuentes para precisar su significado.

Regulación. La Real Academia (s.f) lo define como “acción y efecto de regular” y lo enlaza con términos sinónimos como reglamentación, ordenación, normativa, preceptiva, reglamento, legislación, codificación. (Diccionario de la lengua española en línea).

En el presente estudio el término regulación se utiliza en alusión a las normas jurídicas emanadas de los órganos estatales competentes en el ámbito nacional, tanto legales como sub legales o reglamentarias; y en el ámbito internacional, a los tratados, fuente de derecho según la Convención de Viena. Es decir, el análisis se centra en la regulación normativa, por tanto, se han excluido del mismo las estrategias o marcos de acción implementados por los Estados para regular de manera administrativa o práctico-técnica el uso de la IA.

Métodos

El enfoque con que se abordó el estudio es cualitativo. Los métodos utilizados para el desarrollo de la investigación fueron elegidos a partir de la naturaleza del problema, del objetivo planteado y de las preguntas formuladas. El diseño del estudio es documental, estando enfocado en la adquisición y manejo de datos informativos secundarios, para lo cual se realizaron búsquedas exhaustivas en fuentes confiables de reconocida validez científica como repositorios digitales de instituciones de prestigio, revistas científicas indexadas y arbitradas, páginas oficiales de organismos internacionales, portales de noticias fidedignas, entre otras.

En lo que respecta al alcance de la investigación conviene destacar que el nivel de profundidad es descriptivo, pues se centra en la descripción de los problemas que está generando la ausencia de regulación normativa, configurando premisas de estudio en torno a los factores que exacerban la necesidad de creación de la misma, pero sin entrar a analizar en profundidad ni a estos factores de incidencia ni a las causas de la mora legislativa existente.

Para el análisis de la información se aplicó el método analítico-sintético, el cual permitió identificar las partes constituyentes del todo y estudiarlas de manera separada: el impacto de la IA en términos de riesgos para las personas y la sociedad y las situaciones que actúan como factores que determinan la necesidad de regulación para eliminar y/o minimizar tales riesgos, para posteriormente integrarlas en la elaboración y presentación de los resultados más relevantes obtenidos con el estudio.

Finalmente debe indicarse que, en consonancia con el diseño del estudio, la técnica de investigación aplicada fue el análisis documental. Así, con el propósito de estudiar el impacto de la IA en las personas, se estudiaron situaciones de violaciones de derechos producidas en el contexto internacional, específicamente el caso *State vs Loomis* (Martínez Garay, 2018) atinente a la aplicación del algoritmo Compas, que puso de manifiesto los riesgos del empleo de esta aplicación en el proceso penal (Roa, Sanabria y Dinás, 2022) y el algoritmo PredPol creado para la investigación y prevención del delito. Este último, con base en datos anteriores, identifica las áreas de la ciudad con mayor probabilidad de comisión de delitos en horas determinadas (PredPol Corporate Security, s.f.). Asimismo, se revisaron los aportes de juristas expertos como Cecilia Danesi y Martínez Baena, para estudiar diversos temas dentro de la problemática general del uso de la IA.

El instrumento utilizado para la organización de los datos fue la matriz digital de información, la cual se revisó y actualizó de manera permanente a lo largo de la investigación. Con el fin de verificar la consistencia de los datos obtenidos, fueron cotejados entre distintas fuentes con el

fin de aumentar la confiabilidad del análisis; y se priorizaron los elementos y factores identificados según su relevancia e impacto en el problema. Esto último favoreció en gran medida la labor del estudio, dada la complejidad y amplitud del mismo.

Resultados y Discusión

En primer lugar, conviene recordar que el papel del Derecho en la sociedad es proporcionar soluciones a los problemas surgidos de la realidad histórica y, en la línea de pensamiento de Hobbes, crear un marco de seguridad donde todos los riesgos sean controlados. Pero tal y como se explicó en apartados anteriores, el notable desarrollo de la tecnología y la velocidad con que éste se ha producido –sin que las instituciones existentes, incluyendo las jurídicas, puedan “asimilarlo” y manejarlo– ha generado un panorama de pérdida paulatina de seguridad y de incremento de la incertidumbre, rasgo característico de la posmodernidad. La incertidumbre que acompaña al actual desarrollo de la IA ha sido reconocida incluso por algunos de sus creadores e impulsores. En este sentido, a medida que proliferan los productos de inteligencia artificial –incluidos los de gigantes tecnológicos como Google y Microsoft– Elon Musk ha formulado advertencias reiteradas sobre los peligros de la inteligencia artificial (Daffy y Maruff, 2023, párrafo 3).

La dificultad para su valoración deriva de su carácter ambivalente, pues al mismo tiempo que aporta beneficios lleva también implícitos un conjunto de riesgos que deben conocerse, considerarse y evaluarse para actuar en consecuencia. Respecto de los primeros, investigadores del área han generado resultados académicos enfocados en diferentes ámbitos, por ejemplo, Suárez Prieto (2018) en su estudio intitulado *Los beneficios de la IA en el sector empresarial*; Martínez-García *et al* (2019) en su trabajo *Avances de la Inteligencia Artificial en salud*; y Ana Fernández (2019) en su disertación sobre la *Inteligencia Artificial en los servicios financieros*, entre otros, en donde destacan las bondades que la aplicación de la inteligencia artificial ofrece en materia de rendimiento, productividad, optimización del tiempo, etc. Asimismo, Galeano (2019) aborda el punto pero en un contexto general y señala entre otros, los siguientes beneficios: La IA aumenta la eficiencia; rompe barreras de ubicación y distancias; libera a los trabajadores para realizar tareas operativas que no agregan valor y analiza una gran cantidad de datos.

Respecto de los riesgos es menester señalar que la investigación ha puesto en evidencia la existencia de ciertas situaciones inquietantes que se identifican y describen como factores que legitiman la regulación normativa de la IA, los cuales se exponen a continuación.

La afectación de derechos

La IA conlleva un conjunto de retos de naturaleza ética que, de no gestionarse de manera adecuada, pueden desembocar en afectaciones de derechos. Seguro citado por González (2019) los resume de la manera siguiente:

- La definición de la dirección en que van los intereses que la mueven, dada la ausencia de neutralidad de la inteligencia artificial.
- La concreción de la responsabilidad humana que subyace bajo cualquier tipo de creación artificial.
- La definición de los tipos de inteligencia que se desea crear.

- La precisión del uso político que se dará a la inteligencia artificial y cuáles serán las medidas que permitan garantizar su uso equitativo (párrafo 3).

Efectivamente, la indefinición ética en torno a su uso y desarrollo hace de la IA un terreno fértil para la violación de ciertos derechos fundamentales. Es el caso de los **derechos a la información y a la libre elección**, que resultan afectados cuando las personas no saben que están interactuando con sistemas de inteligencia artificial como los *chatbots* de atención al cliente, cuyo uso va en aumento gracias a sus bondades, las cuales han sido reseñadas por el articulista del New York Times Steve Lohr en los términos siguientes:

Los chatbots de atención al cliente se están volviendo menos robóticos. Además, según investigadores, analistas y ejecutivos de la industria, están en proceso de mejorar de manera significativa durante los próximos años, debido a los avances en inteligencia artificial. Serán más inteligentes, más conversacionales, más parecidos a los humanos y, lo más importante, podrán brindar una mejor atención. (Párrafo 4)

Pero este riesgo no se limita a los *chatbots*, sino que se extiende al uso de automóviles inteligentes, mapas y navegadores, asistentes de voz y domótica en el hogar, entre otras aplicaciones que conllevan interacción entre las personas y estos sistemas.

Adicionalmente, en el estudio de las situaciones que conllevan afectaciones de derechos, se ha precisado que ciertas aplicaciones de la IA utilizadas para la prevención e investigación del delito (algorítmica predictiva) pueden afectar la **seguridad jurídica** y la **presunción de inocencia**, principios de naturaleza universal. Vale citar como ejemplo el uso que se viene dando desde hace algunos años en algunos estados de los Estados Unidos de un programa para pronosticar la comisión de actos delictivos al cual se hizo referencia anteriormente. En base al tipo de crimen, el lugar donde se cometió y la fecha, el algoritmo que utiliza PredPol señala las zonas de la ciudad donde es más probable que se cometa un crimen a ciertas horas (González, 2015). Si bien la policía defiende la alta tasa de efectividad del sistema, hay quienes denuncian algunos efectos negativos de su aplicación: problemas de detención ex ante (detenciones inconstitucionales) y monitoreo en zonas residenciales de negros y latinos con un bucle de retroalimentación pernicioso (Danesi, 2021).

Mención especial merece el caso Estado de Wisconsin vs Loomis por la violación del derecho al debido proceso en su desarrollo, el cual se resume a continuación. Eric Loomis fue acusado de cinco delitos por su intervención en un tiroteo que fue realizado desde un vehículo. Al definir la pena, el juez de instancia tomó en cuenta los resultados arrojados por la herramienta COMPAS –que indicaron un alto riesgo de reincidencia– para condenarlo a seis años de prisión y otros cinco de supervisión post penitenciaria, así como para excluir la posibilidad de suspender la condena en la sentencia (Castellano, 2021).

A través de su abogado, el condenado formalizó un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin alegando que el juez se basó en información imprecisa y poco fiable, esto es, en una decisión automatizada no particularizada a su caso concreto, la cual además tomó en cuenta de manera indebida su género para la fijación de la pena (De Miguel Beriaín citado por Castellano, 2021), más el recurso incoado no prosperó. El Tribunal Supremo de Wisconsin se pronunció a favor del uso del COMPAS manifestando su adecuación a las garantías establecidas en la Constitución, argumentando que no se violó el derecho a un juicio justo por el hecho de que la defensa no pudiese acceder a una explicación adecuada sobre la fórmula de los algoritmos del sistema COMPAS (Estado de Wisconsin vs. Loomis, 2016). Para apoyar esta posición, “el Tribunal señaló que la exactitud de los instrumentos utilizados y

la capacidad de los jueces para entender su posible mal funcionamiento eran suficientes para asegurar los derechos de los acusados” (Castellanos, 2021, p. 291)

Es necesario señalar para la comprensión del caso que en los Estados Unidos se ampara el secreto industrial y comercial de los fabricantes de software, lo que afecta el derecho a la defensa de las personas con un *score* alto de posible reincidencia, quienes no pueden conocer las razones por las que el sistema arrojó ese resultado. Esto lleva a reflexionar sobre otro factor adicional que incide en la necesidad de regular jurídicamente el uso de la IA.

La existencia de inconvenientes estructurales en el uso de la IA

La IA de por sí, tal y como funciona y ha sido concebida, posee un conjunto de inconvenientes estructurales que requieren su intervención y regulación. A continuación, se exponen de manera resumida los cuatro ejes identificados por Abdalá *et al* (2019) señalados en párrafos anteriores, que concentran las razones detrás del llamado a regular la IA, los cuales nacen de la misma estructura y funcionalidad de estos sistemas inteligentes.

1. La caja negra. Aunque la regulación de la IA puede verse como una extensión de otras regulaciones actuales sobre la adquisición, procesamiento y uso de información, los algoritmos utilizados son intrínsecamente diferentes. Gran parte del procesamiento, almacenamiento y uso de la información se realiza en una caja negra prácticamente indescifrable lo cual es altamente inconveniente en el caso de las herramientas de diagnóstico y tratamiento médico (Lodge y Mennicken, 2017).

Efectivamente, con relación a la “*black box*” o caja negra, es prácticamente imposible analizar y evaluar el razonamiento que subyace en las conclusiones de la IA en casos judiciales o en otras situaciones que involucren el uso de esta tecnología, lo cual representa un grave problema a la hora de defender a un procesado o de impugnar una decisión sustentada en un resultado de la IA (afectación del derecho a la defensa). En lugar de una evolución, esto representa una involución respecto a lo logrado en los últimos dos siglos en materia de la garantía del debido proceso.

Se han dado reacciones jurisprudenciales en respuesta a esta falta de explicabilidad de la decisión tomada por la IA, pudiendo citar como ejemplo la sentencia emanada del Tribunal Ordinario de Bolonia de fecha 31 de diciembre de 2020, que declaró ilegal un algoritmo incorporado en el sistema de reserva de Deliveroo porque generaba discriminaciones entre los repartidores, sustentándose el fallo en la imposibilidad de determinar los criterios de cálculo utilizados por el algoritmo para producir las estadísticas en las que basa sus decisiones (Tribunale Ordinario di Bologna, Causa 2949/2019).

2. Los sesgos de los algoritmos. Se afirma que estos sesgos se originan en su programación inicial, llevada a cabo por los desarrolladores y programadores. (Abdalá *et al*, 2019).

Con respecto a los sesgos, conviene enfatizar que constituye uno de los problemas de la IA más estudiados y difundidos. Los sistemas inteligentes pueden intensificar y magnificar los sesgos humanos. Las personas reflejamos en nuestras acciones nuestras subjetividades, eso es normal. Los creadores de sistemas inteligentes no escapan a esta circunstancia. No todos los diseñadores de programas de IA tienen formación en ética y en DDHH, lo que les impide medir las consecuencias que de su uso puedan derivarse. Hay muchos casos en

los que técnicas como el reconocimiento facial para identificar a prófugos de la justicia, han arrojado falsos positivos.

Una de las razones por las que los algoritmos reproducen situaciones de discriminación radica en los datos con los que han sido entrenados. “Si estos datos contienen discriminaciones, el algoritmo aprende a discriminar”, advierte Ginés I Fabrellas citando el caso de Amazon, que entrenó, y acabó rechazando, un algoritmo de contratación. Con el objetivo de identificar a los mejores candidatos para los puestos de trabajo, Amazon analizó los perfiles de personal contratado en los últimos 10 años. Sin embargo, dado que la mayoría de los candidatos contratados eran hombres, el algoritmo rechazaba automáticamente las hojas de vida de las mujeres en los procesos de selección. (Ginés I Fabrellas, 2022)

El tema de los sesgos es uno de los más controversiales de cara a los riesgos del uso de la IA por la grave violación de derechos que comportan, como en el caso del sistema inteligente auxiliar de justicia utilizado en el caso Loomis anteriormente descrito. En el uso del algoritmo COMPAS, se ha puesto en evidencia la existencia de un sesgo racial indirecto, el cual ha generado muchos falsos positivos con personas afroamericanas y muchos falsos negativos con personas caucásicas que luego reincidían. Al respecto, Danesi (2021) ha señalado que el instrumento aplicado para la obtención de los datos (cuestionario) en este algoritmo ha sido objeto de críticas y ha conducido a los expertos a plantearse una serie de interrogantes en torno a las condiciones en que las personas deben responder las preguntas, a la comprensibilidad de las mismas y al tipo de pregunta formulada. La autora resalta esto último, en el caso de preguntas que no apuntan hacia el tipo penal sino a la persona en sí y a su condición socioeconómica: ¿Cree usted que una persona con hambre tiene derecho a robar? ¿Le han expulsado de la escuela? ¿Es hijo de padres divorciados? ¿Personas de su barrio han sido arrestadas?

Por supuesto, esto ha incidido en las críticas que se han hecho en contra del uso de herramientas como COMPAS y HART, enfocadas algunas en la existencia de “un enfoque discriminatorio o determinista en el diseño del algoritmo” (Castellano, 2021, p. 287).

3. Ética de selección. Además de los sesgos, es necesario abordar el tercer eje dentro de la propuesta teórica de Abdalá *et al*, cual es la ética de selección, referido a aquellos casos donde el sistema inteligente adopta decisiones en una situación de conflicto. Los autores exponen el caso emblemático del vehículo inteligente que en ciertas circunstancias debe elegir entre poner en riesgo la vida de sus ocupantes o de terceras personas y otros casos afines:

Algo similar ocurre con el Domo de Hierro israelí o el Phalanx® weapon system de Estados Unidos, cuyo algoritmo conectado a un radar escanea, detecta y decide qué objetos representan un peligro concreto y deben ser derribados (...) Es, en este sentido, indispensable definir a quién se atribuye la responsabilidad ética y legal por las consecuencias de las decisiones tomadas de manera autónoma. (Abdalá *et al*, 2019, p. 7)

Efectivamente, casos como los señalados plantean un grave problema para el derecho a la hora de definir y establecer la responsabilidad legal por los daños ocasionados. En el discurso casuístico hay que mencionar que dos periodistas de Los Angeles Times reseñaron en abril de 2022 el caso de un vehículo Tesla dotado de piloto automático que en la ciudad de Gardena mató a dos personas, cuestionando si el conductor pudiera ser acusado de homicidio involuntario, tal y como hizo la fiscalía.

Los fiscales del condado de Los Ángeles presentaron dos cargos de homicidio involuntario contra el conductor del Tesla, Kevin George Aziz Riad, de 27 años. Los expertos creen que se

trata del primer procesamiento por delito grave en Estados Unidos de un conductor acusado de causar una muerte mientras utilizaba un sistema de asistencia al conductor parcialmente automatizado. (Smith y Mitchell, 20 de enero de 2022, párrafo 3).

Por supuesto, la indefinición de la responsabilidad impacta de manera negativa al sistema de responsabilidad civil, institución jurídica consolidada en el tiempo, por lo que ha sido objeto de estudio por parte de expertos como Susana Navas Navarro (2022) en España e Iturmendi Morales (2020) en el marco del derecho de la Unión Europea. Se trata de un tema complejo y apasionante, pero en aras de los límites de extensión del trabajo, es necesario pasar a hacer referencia al último de los ejes que inciden en la necesidad de regular normativamente la IA.

4. El manejo de la información. Según Schrock (2018), la implementación de cualquier sistema de inteligencia artificial depende en gran medida de la absorción continua de datos, así como del flujo y la gestión de información. En este contexto, la discusión sobre la regulación del acceso y uso de la información de la IA se refiere a definir cómo y a quién se le otorga acceso a estos datos.

En la actualidad, señalan Abdalá et al (2019), el poder reside en la información y a la persona se le impone una carga excesiva pues debe proteger sus derechos de privacidad. En el proceso de recolección de información, es fundamental y necesario contar con el consentimiento de las personas involucradas, quienes deben conocer para qué se está recabando la misma, quiénes tendrán acceso a sus datos y qué empresas u organizaciones están a cargo de este proceso y dispondrán al final de la información, para no vulnerar sus derechos.

En otro sentido, la necesidad de proteger los datos de los usuarios de sistemas de IA es un tema ampliamente abordado y discutido tanto desde su aspecto formal y doctrinario como desde el historial casuístico. Por ejemplo, trascendió en el año 2017 que el sistema británico de salud pública pretendió permitir el acceso a los historiales sanitarios de 1,6 millones de pacientes a una empresa propiedad de Google (Deepmind) para que probase un software con esta información, lo cual fue negado mediante un dictamen por la autoridad de protección de datos del Reino Unido, la Information Commissioner's Office (ICO). (El Periódico de Aragón, 04 de julio de 2017).

Otro caso renombrado fue protagonizado por Facebook, empresa acusada de haber compartido los datos de 87 millones de usuarios con una empresa consultora del ámbito político denominada Cambridge Analítica. La Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos ordenó a la red social a pagar US\$5.000 millones como sanción por las malas prácticas en el manejo de la seguridad de los datos de los usuarios, considerándose que constituye la multa más alta que se haya impuesto a una compañía por violación del derecho a la privacidad de los usuarios hasta el año 2019 (BBC News Mundo, 2019).

Por casos como el descrito, especialistas del área del derecho se han pronunciado en torno a la necesidad de protección de los datos de las personas, como Melo (2022) quien califica a los datos personales como las “monedas de cambio en las plataformas on line” (p. 25) y Ponce Cedeño *et al* (2023) quienes definen como problema al uso y al almacenamiento indiscriminados de datos protegidos de los usuarios de plataformas digitales, lo que atenta contra el derecho a la intimidad y la privacidad de las personas (p. 87).

En este orden de ideas, se pasa a analizar otro factor que incide en la necesidad de regulación jurídica de la IA, cual es el imperativo de resolver la disociación entre la realidad fáctica del uso de la IA y la falta de respuesta por parte del derecho.

Los hechos sin el Derecho

Según cifras recientes, “el mercado de la inteligencia artificial tiene un valor de mercado actual de casi 100.000 millones de dólares y se espera que se multiplique por veinte para 2030, hasta casi 2 billones de dólares.” (CEPYME News, 2023, párrafo 4). Mercado que está impactando a todas las organizaciones, siendo necesario crear un marco de gestión de riesgos y entender las implicaciones de la tecnología sobre la gente (Economía Digital, 2023).

Además de los *chatbots* y los autos inteligentes, el número de aplicaciones de la IA que desde hace varios años son utilizadas por los usuarios de manera cotidiana es muy significativo, como los asistentes virtuales como Alexa y Siri, las plataformas de streaming, procesos de selección de personal, transporte y navegación (GPS), entre muchas otras; y todo esto, en ausencia de una regulación normativa.

Llama particularmente la atención el desarrollo de los sistemas inteligentes en el ámbito de la administración de justicia y del ejercicio profesional de los abogados en estas condiciones de moratoria legislativa. Para el desempeño de los profesionales del derecho, han irrumpido para asistirlos en la búsqueda de jurisprudencia y para arrojar predicciones sobre los posibles resultados de los procesos para, en base a ello, diseñar estrategias de litigio en el juicio. Como ejemplos, pueden citarse los siguientes:

Tabla 1. Sistemas inteligentes que apoyan la labor de los abogados

SOFTWARE	ESTADO	TIPO
Doctrine.fr	Francia	Buscador
Prédicite	Francia	Análisis excepto casos penales
Case Law Analytics	Francia	Análisis excepto casos penales
Juris Data Analytics	Francia	Buscador/Análisis excepto casos penales
Luminance	Reino Unido	Análisis
Watson/Ross (IBM)	Estados Unidos	Análisis penal/Riesgo de incidencia
Hart	Reino Unido	Análisis
Lex Machina	Estados Unidos	Análisis

Fuente: Conferencia en línea de la Dra. Cecilia Danesi en el ciclo de capacitaciones en TICs. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia. <https://youtu.be/fS6d4Xnnz3A>

Asimismo, diversos sistemas inteligentes están siendo utilizados como herramientas auxiliares de la administración de justicia, permitiendo sistematizar acciones y procesos rutinarios (e inclusive repetitivos) dentro de los procesos judiciales. En el contexto latinoamericano es necesario citar, entre otros, dos ejemplos destacados: Prometea y Pretoria. Sobre Prometea, Estévez, Fillottrani y Linares (2020) han proporcionado la información siguiente:

En 2017, la Fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desarrolló PROMETEA, un sistema que aplica inteligencia artificial (IA) para preparar automáticamente dictámenes judiciales. La herramienta le ha permitido a la Fiscalía incrementar la eficiencia de sus procesos de manera

significativa: una reducción de 90 minutos a 1 minuto (99%) para la resolución de un pliego de contrataciones, otra de 167 días a 38 días (77%) para procesos de requerimiento a juicio, y de 190 días a 42 días (78%) para amparos habitacionales con citación de terceros, entre otros. Esta ganancia permitió que los empleados y funcionarios dedicados a realizar las tareas automatizadas pudieran dedicar más tiempo a aquellos casos más complejos que requieren un análisis más profundo, mejorando la calidad de sus dictámenes en estos casos específicos. (Estévez, Fillottrani y Linares, 2020, s.p.)

En lo que respecta a Pretoria debe señalarse que es un proyecto en desarrollo implementado por la Corte Constitucional colombiana, cuyo objetivo es aumentar la eficiencia del proceso de selección de los casos de tutela judicial de los derechos fundamentales, a partir de los cuales crea su jurisprudencia (Saavedra y Upegui, 2021, p. 5).

Como puede observarse, a pesar del escepticismo imperante en torno al uso de instrumentos informáticos para representar los procesos mentales realizados por los jueces antes de dictar sentencia, los programadores –debidamente asistidos por expertos de la ciencia jurídica– han desarrollado sistemas inteligentes (denominados sistemas expertos jurídicos) que pueden representar tales procesos al momento de evaluar las pruebas y los escritos presentados por las partes en juicio, evaluación que les lleva a decidir en un sentido o en otro (Martínez Bahena, 2013, p. 827). Algunos juristas muestran la complejidad de esta situación, a través de un análisis profundo del rol del juez como centro ejecutor del racionamiento jurídico que desemboca en la sentencia. En este sentido, Moral Soriano ha manifestado que “en estas circunstancias podría ser posible, y a veces inquietante, la figura de un juez robot, un futuro por el que se expresan nuestros temores (o esperanzas) sobre la irrupción de esta compleja tecnología en el razonamiento jurídico.” (p. 155). Por su parte, Huergo Lora (citado por Moral Soriano) considera que en estos casos “son desplazados los criterios “racionales”, derivados de principios o argumentos, porque las predicciones algorítmicas sustituyen la causalidad por la correlación (...) hasta convertir al derecho en papel mojado” (p. 159). Por supuesto, hay voces como la de Campos Vargas *et al* (s.f) que se manifiestan a favor del uso de estos sistemas como “un auxiliar del administrador de justicia que permita la complementariedad y garantice la seguridad jurídica de los ciudadanos que acuden o activan el aparato judicial” (p.1). La discusión está en pleno desarrollo.

De igual manera, se está aplicando la IA en la valoración de la prueba. Efectivamente, esta tecnología puede utilizarse para valorar los patrones de voz de los testigos y determinar si se contraponen los dichos de ellos entre sí o para determinar si el testigo no es fiable y está mintiendo, pero no sin dificultades, tal y como lo expresa Castellano (2021) cuando señala que,

construir una herramienta que recoja todos los datos del caso concreto y que los combine adecuadamente para valorar la credibilidad de la declaración no es una tarea fácil. Buena muestra de ello es el programa ADVOKATE, empleado para valorar la credibilidad de los testigos, que se basa en la distancia del observador, la visibilidad, el conocimiento previo entre el testigo y la persona observada, la competencia y conocimiento que se atribuye al testigo –edad, estudios, capacidad mental, etc.–, si se detectan errores en la descripción y contraste de la realidad, el tiempo de observación y el tiempo transcurrido entre los hechos y la declaración. (p. 289)

Menos complejo parece ser el uso de la IA en la valoración de la prueba documental (lenguaje, expresiones, vocabulario, fiabilidad y autenticidad del documento) y pericial, convirtiéndose así en un valioso apoyo para la interpretación y valoración humana de las mismas por parte del juez.

El desarrollo y materialización de todas estas aplicaciones de los sistemas inteligentes en la administración de justicia aún en ausencia de un marco normativo regulatorio, han servido para

mostrar zonas de conflicto a las que urge regular, a las que se unen otras, decantadas también por la experiencia del uso de la IA:

- a. La denominada “brecha de responsabilidad” (liability gap, en inglés), surgida del hecho de que la mayoría de las legislaciones no prevén la responsabilidad por daño derivado del uso de algoritmos de IA.
- b. El tema de la protección de los datos de los usuarios de los sistemas, el cual ha venido siendo objeto de regulación jurisprudencial, pudiendo citar como ejemplos la Sentencia de 05-02-2020 del Tribunal de Distrito de La Haya, Asunto C/09/550982/HA ZA 18-388 que ha declarado ilegal un algoritmo para la evaluación de las características personales de los ciudadanos y la Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia, de diciembre de 2020, anteriormente comentada.
- c. La determinación del sujeto activo del delito cuando la muerte se ha ocasionado por un vehículo autónomo (caso Tesla).
- d. Las actualizaciones de estos sistemas, que obligan al usuario a estar conectado con el proveedor o productor de los mismos de manera permanente. Existe un “sujeto” que puede transformar el producto en obsoleto o hacerlo más peligroso (Figura del guardián en la teoría del riesgo creado).
- e. El problema de los sesgos en la elaboración de perfiles.
- f. La falta de transparencia en el caso de algoritmos protegidos por la propiedad intelectual.
- g. La censura y la violación de la libertad de expresión en la gestión de contenido en las redes sociales a través de sistemas de IA.

Como puede observarse, tanto el estudio de los casos citados como el análisis de la doctrina y la jurisprudencia generadas en torno a los riesgos y problemas que van aparejados con el uso de la IA, evidencian la necesidad de emitir una regulación normativa cónsona con las necesidades de tutela de los derechos de las personas y de garantizar la seguridad jurídica en el contexto social.

Conclusiones

A pesar de los problemas éticos, sociales y legales derivados del uso masivo de la IA y de constituir éstos objeto de análisis en debates y foros de discusión internacionales, aún no se ha logrado concretar la iniciativa de crear una regulación normativa que elimine o minimice los impactos negativos y que imponga límites al desarrollo de la IA.

Desde la década de los ´80 el enfoque precautorio se ha venido consolidando como una valiosa herramienta para la gestión de los riesgos en condiciones de incerteza científica. Nacido en el marco de la protección de la biodiversidad en el CDB, se ha venido extendiendo a otras instancias decisorias, en los casos en que el órgano competente debe pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una actividad aunque no exista certeza sobre la relación causa efecto entre ésta y el potencial daño. Sin embargo, a pesar del significativo componente de incertidumbre que acompaña al desarrollo de los sistemas inteligentes en lo que respecta a la

imposibilidad de precisar su alcance en los años por venir y que ha servido de fundamento a llamados de atención dados por sus mismos propulsores, hasta ahora, la carrera por el desarrollo y aplicación de la IA no se detiene.

La experiencia ha demostrado que son muchos los riesgos que existen en torno al manejo de esta alta tecnología, los cuales han propiciado la identificación de un conjunto de factores que hacen necesaria la regulación del uso de la IA, muchos de ellos originados en la propia funcionalidad de los sistemas inteligentes como la denominada caja negra que impide conocer el cabal funcionamiento del algoritmo afectando con ello el derecho a la defensa de los procesados; y los sesgos, fuente de discriminación hacia grupos específicos de personas atentando contra sus derechos fundamentales. De allí que se considere que la regulación de la IA debe hacerse desde el ámbito del derecho, en su condición de ordenador de las relaciones sociales y garante de la seguridad jurídica, siendo su creación un asunto pendiente del mismo.

Sin embargo, esta tarea es compleja y difícil, por la confluencia de diversas circunstancias, tales como la rapidez con que se expande esta tecnología; la diversidad de sectores y actividades donde ya está siendo empleada; los diferentes enfoques culturales, éticos y legales con que se aborda el fenómeno del crecimiento de la IA que obstaculizan el establecimiento de estándares internacionales; la falta de consenso político en el escenario internacional sobre cómo debe regularse y cómo deben gestionarse los riesgos éticos y de seguridad que su uso conlleva.

Finalmente conviene puntualizar que, si bien hay quienes defienden el desarrollo irrestricto de la IA bajo el argumento de la inconveniencia de detener el avance de la ciencia, con la investigación realizada pudo constatarse que un significativo número de expertos se manifiestan a favor de su regulación.

Regular el uso de la IA implica normar sobre hechos consumados, sobre “criaturas empíricas” —como denomina Moral Soriano (2023) de manera singular a los algoritmos— las cuales, como bien señala la autora, deben trasladarse al mundo normativo.

Referencias

- Abdala, M. B., Lacroix, S. y Soubie, S. (2019). *La política de la Inteligencia Artificial: sus usos en el sector público y sus implicancias regulatorias*. Documento de Trabajo N° 185, CIPPEC. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/10/185-DT-Abdala-Lacroix-y-Soubie-La-pol%C3%ADtica-de-la-Inteligencia-Artificial-octubre-2019.pdf>
- Alemán Ramos, P. y García García, A. (2018) La Conceptualización de la Sociedad Actual: Aportaciones y Limitaciones. *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* N° 24, p. 17. <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i24.380>
- BBC News Mundo (24 de julio de 2019). *Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios*. Nota de prensa. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124#:~:text=A%20Facebook%20se%20le%20acusa,la%20privacidad%20de%20los%20consumidores>.
- Campanelli Espíndola, M.J. (2014). La construcción de un concepto llamado regulación. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 12, segundo semestre/2014, pp. 257-268. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5137235.pdf>
- Carrillo, M. R. (2014). *La gobernanza de la inteligencia artificial: contexto y parámetros generales*. *Journal of Evolution & Technology*, 24(1), 44-62. [DOI: 10.17103/reei.39.07]

- Castellano, P. (2021). Inteligencia Artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control. *THÉMIS-Revista de Derecho* 79. enero-junio 2021. pp. 283-297. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8328965.pdf>
- Campos Vargas, D., Montañez Galvis, H. y Córdoba Olmos, Y. (s.f). *Transformación digital del proceso ejecutivo: La Inteligencia Artificial como auxiliar del administrador de justicia*. Universidad Autónoma de Bucaramanga - Convenio UNISANGIL YOPAL. https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/22775/2020_Articulo_Campos_Vargas_Daissy_Camila.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CEPYME News (10 de mayo de 2023). Estadísticas de Inteligencia Artificial. [Mensaje en un blog] <https://cepymenews.es/estadisticas-inteligencia-artificial-para-2023>
- CNN Tecnología (30 de marzo de 2023). *Inteligencia Artificial: Elon Musk y otros líderes tecnológicos piden una pausa en la carrera de la Inteligencia Artificial por considerar que está "fuera de control"*. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/30/elon-musk-y-otros-lideres-tecnologicos-piden-una-pausa-en-la-carrera-de-la-inteligencia-artificial-por-considerar-que-esta-fuera-de-control/>
- Comisión Europea (2018). *Comunicación: Inteligencia Artificial para Europa*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>
- Danesi, C. (11 de septiembre de 2021). *Inteligencia artificial y derecho*. Entrevista realizada por Marybell Jara en el programa Visión Legal T1E8. <https://www.youtube.com/live/5loCPfFNZIY?feature=share>
- Duffy, C. y Maruff, R. (18 de abril de 2023). *Inteligencia Artificial: Elon Musk advierte que la IA podría causar la destrucción de la humanidad aunque invierte en ella*. CNN nota de prensa. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/18/elon-musk-advierte-ia-podria-causar-destruccion-civilizacion-trax/>
- Economía Digital (30 de junio de 2023). *McKinsey: Ninguna industria quedará al margen del impacto de la IA generativa*. <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2023/06/30/649c4baee5fdeae72e8b461e.html>
- Esteve Pardo, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Estévez, E., Fillottrani, P. y Linares, S. (2020). *Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banco Interamericano de Desarrollo. <http://dx.doi.org/10.18235/0002378>
- Fernández, A. (2019). *Inteligencia artificial en los servicios financieros*. Banco de España, Boletín económico 2/2019 Artículos analíticos. <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/8448/1/be1902-art7.pdf>
- Galeano, M.J. (16 de mayo de 2019). *10 Beneficios de la Inteligencia Artificial*. Foco [Mensaje en un blog] <https://foco.lanacion.com.py/2019/05/16/10-beneficios-de-la-inteligencia-artificial/>
- Ginés i Fabrellas (06 de mayo de 2022). *Algoritmos y discriminación en el ámbito laboral*. <https://dobetter.esade.edu/es/algoritmos-discriminacion-trabajo#:~:text=%E2%80%99CSi%20estos%20datos%20contienen%20discriminaciones,de%20personas%20que%20finalmente%20descart%C3%B3>
- González, M. (2015). *¿Cómo funciona Predpol, el software que dice predecir dónde van a suceder crímenes?* [Mensaje en un blog] <https://www.xataka.com/aplicaciones/como-funciona-predpol-el-software-que-dice-predecir-donde-van-a-suceder-crimenes>

- González, B. (18 de noviembre de 2019). *Los cuatro retos éticos de la inteligencia artificial*. [Mensaje en un blog] Universitat Oberta de Catalunya. <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2019/296-retos-eticos-inteligencia-artificial.html>
- Inteligencia Futura. (s.f). *Para superar la prueba de Turing*. Home page. <https://inteligenciafutura.mx/blog/para-superar-la-prueba-de-turing>
- Iturmendi Morales, G. (2020). Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial. *Revista Actualidad Civil*, Nro. 11.
- Lohr, S. (06 de marzo de 2022). *Por qué los chatbots se están poniendo más inteligentes*. [Mensaje en un blog] The New York Times en español. <https://www.nytimes.com/es/2022/03/06/espanol/chatbot-que-es.html>
- Lozano, J. (12 de enero de 2022). ¿Cómo se debe regular la inteligencia artificial? [Mensaje en un blog] Recuperado de <https://www.bbva.com/es/opinion/la-union-europea-decidida-a-regular-la-inteligencia-artificial/>
- Martínez Bahena, G. (2013). *La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho*. Alegatos. Sección artículos de investigación. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>
- Martínez Garay, L. (2018). Peligrosidad, algoritmos y *due process*: El caso State vs Loomis. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 20 (julio de 2018), págs. 485-502.
- Martínez-García, D., Dalgo-Flores, V., Herrera-López, J., Analuisa-Jiménez, E. y Velasco-Acurio, E. (2019). Avances de la inteligencia artificial en salud. En *Revista Científica Dominio de las Ciencias*. Vol. 5, núm. 3, julio 2019, pp. 603-613. DOI: 10.23857/dc.v5i3.955
- Melo, V. (2022). Inteligencia artificial, desinformación y protección de datos personales. In *Itinere Revista Digital de Estudios Humanísticos de la Universidad Fasta*, Año XII - Vol. 12 - Núm. 1 - 2022, pp. 25-37.
- Moral Soriano, L. (2023). Criaturas empíricas en un mundo normativo: la inteligencia artificial y el derecho. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 7, pp. 151-174.
- Navas Navarro, S. (2022). Responsabilidad civil e inteligencia artificial. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Num. 100, Septiembre-Octubre 2022, pp. 106-115.
- Núñez Zorrilla, C. (2018). Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial. *REDE. Revista española de derecho europeo*, N.º. 66, págs. 9-53.
- Ponce Cedeño, A., Robles Zambrano, G. y Díaz Basurto, I. (2023). La inteligencia artificial y el derecho a la intimidad-privacidad. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*. Año VIII. Vol. VIII. N.º 1, pp. 84-93. <https://doi.org/10.35381/racji.v8i1.2493>
- PredPol Corporate Security (s.f). Home page. <https://www.predpol.com/>
- Real Academia (s.f). Diccionario de la lengua española en línea. <https://dle.rae.es/inteligencia>
- Reale, M. y Mateos, A. (1997). *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*. Trad. Ángeles Mateos. Madrid: Editorial Tecnos.
- Roa, M., Sanabria, J. y Dinás, K. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>
- Robles Carrillo, M. (2020). La gobernanza de la inteligencia artificial: Contexto y parámetros generales. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales REEI*, núm. 39, junio 2020, pp. 1-27. DOI: 10.17103/reei.39.07

- Santos González, M. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, pp. 25-50.
- Saavedra, V. y Upegui, J.C. (2021). *PretorIa y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos*. Derechos Digitales. https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/CPC_informe_Colombia.pdf
- Smith, H. y Mitchell, R. (20 de enero de 2022). Un Tesla con piloto automático mató a dos personas en Gardena. ¿Es el conductor culpable de homicidio involuntario? Nota de prensa. Los Angeles Times. <https://www.latimes.com/espanol/california/articulo/2022-01-20/un-tesla-con-piloto-automatico-mato-a-dos-personas-en-gardena-es-el-conductor-culpable-de-homicidio-involuntario>
- Suárez Prieto, J. (2018). Los beneficios de la inteligencia artificial en el sector empresarial. (Proyecto de grado, Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Santo Tomás, Bogotá). <http://dx.doi.org/10.15332/tg.pre.2020.00091>
- Telefónica (s.f). *Una regulación europea de la Inteligencia Artificial adecuada y sin fronteras*. <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/una-regulacion-europea-de-la-inteligencia-artificial-adecuada-y-sin-fronteras/>
- Ulrich Astaiza, W. E. (2023). La necesidad de un marco ético y legal obligatorio para la inteligencia artificial y los algoritmos en Colombia. *DIXI*, 25(2), 1-28. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2023.02.04>
- UNESCO (2021). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. UNESDOC Biblioteca Digital. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa
- Unión Europea (2018). *Inteligencia Artificial para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>
- Veronese, A. y Nunes Lopez, A. (2021). Trayectoria normativa de la inteligencia artificial en los países de Latinoamérica con un marco jurídico para la protección de datos: límites y posibilidades de las políticas integradoras. *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, Issue 2, pp. 1-31.

Capítulo 13

INTELIGENCIA ARTIFICIAL ÉTICA, TUTELA, SISTEMAS PROCESALES Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Juan Pablo Mariño Tapia

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

jpmarinio@pucesi.edu.ec

Resumen

El desarrollo abrumante de la tecnología, presenta retos en todos los aspectos de la vida humana, pues la dualidad persona-tecnología es cada vez más frecuente, curiosamente la tecnología avanza a pasos agigantados, haciendo ver como obsoleto al propio pensamiento y creatividad propia de los seres humanos; la globalización, el internet, la inmediatez, la facilidad de acceso a todo tipo de información definitivamente han cambiado la vida, el pensamiento y la forma de ver el mundo actual; esto obliga a la administración de justicia a ofrecer una tutela judicial realmente efectiva, dinámica que se compadezca con las necesidades de la sociedad en un contexto tecnológico, ágil y por sobre todo eficaz, eficiente y efectivo. Este contexto, deja ver nuevos conflictos, nuevas necesidades, otras dinámicas y a la par nuevas formas de resolver conflictos; cada vez, apoyadas mayormente por la tecnología; una tecnología “inteligente”, capaz de aprender y en muchos casos capaz de enseñar, con un potencial de desarrollo inimaginable, la cual debe vincularse a los servicios de justicia para volverlos más cercanos, ágiles y eficientes, siempre de la mano del servicio al usuario con calidez y calidad, sin dejar de lado la ética profesional que debe imperar en todo el aparataje de justicia. La sociedad en su avance, permite, es más, necesita cada vez con mayor intensidad el uso de herramientas tecnológicas, cargadas de inteligencia artificial, que facilitan muchos aspectos en la vida de los seres humanos, lo que provoca que los sistemas procesales busquen el apoyo en herramientas tecnológicas de avanzada, las cuales en varias ocasiones incluso serán capaces de resolver el conflicto e impartir derecho y aquí precisamente es en donde entran en juego aspectos éticos que definen a la justicia como valor, más allá del derecho, lo que nos llevará a la materialización de un Estado constitucional de derechos y justicia social. Se torna necesario entonces, aplicar ética no solo en la praxis interna del administrador de justicia o en general de todos quienes conforman el poder judicial, sino que dicha ética debe estar aplicada a la utilización de herramientas tecnológicas, buscando filosofías más allá del “deber ser”, logrando una evolución hasta el “querer ser”, explicada en la filosofía Nihilista de súper humanos, que nos conduzcan a sociedades más justas, evolucionadas en las que el pensamiento humano prime por sobre todo, en armonía con inteligencias artificiales siempre puestas como una herramienta al servicio de la humanidad.

Palabras clave. Inteligencia Artificial, ética, conflicto, proceso.

Abstract

The overwhelming development of technology presents challenges in all aspects of human life, since the duality person-technology is becoming more and more frequent, curiously, technology advances by leaps and bounds, making the very thought and creativity of human beings seem obsolete; globalization, the internet, immediacy, the ease of access to all kinds of information have definitely changed life, thought and the way of seeing the world today; this forces the administration of justice to offer a truly effective, dynamic judicial protection that meets the needs of society in a technological context, agile and above all effective, efficient and effective.

This context reveals new conflicts, new needs, new dynamics and at the same time new ways of resolving conflicts; each time, mostly supported by technology; an “intelligent” technology, capable of learning and in many cases capable of teaching, with an unimaginable potential for development, which must be linked to the justice services to make them closer, more agile and efficient, always hand in hand with the service to the user with warmth and quality, without leaving aside the professional ethics that must prevail in all the apparatus of justice. Society in its progress, allows, indeed, needs with increasing intensity the use of technological tools, loaded with artificial intelligence, which facilitate many aspects in the life of human beings, which causes the procedural systems to seek support in advanced technological tools, which in several occasions will even be able to resolve the conflict and impart law and this is precisely where ethical aspects come into play that define justice as a value, beyond the law, which will lead us to the realization of a constitutional state of rights and social justice.

It becomes necessary then, to apply ethics not only in the internal praxis of the administrator of justice or in general of all those who make up the judiciary, but such ethics must be applied to the use of technological tools, seeking philosophies beyond the “should be”, achieving an evolution to the “want to be”, explained in the Nihilist philosophy of super humans, leading us to more just, evolved societies in which human thought prevails above all, in harmony with artificial intelligences always placed as a tool at the service of humanity.

Keywords: Artificial Intelligence, ethics, conflict, process.

Introducción

La globalización, el internet, nuevas tecnologías y creaciones de inteligencia artificial, son el presente del mundo entero, en el que la humanidad se ve absorbida cada día con más fuerza por ese conjunto de técnicas, pues la realidad global es la inmediatez, el acceso a información de todo tipo y con ello el riesgo de respuestas equivocadas o mal interpretadas.

La realidad de la sociedad tiene un impacto directo en su desarrollo, por consiguiente en sus conflictos y en un efecto cascada, incide directamente en la administración de justicia y en los sistemas procesales, encargados de proveer a la sociedad una respuesta adecuada y acorde a su verdadera existencia e idiosincrasia, que día a día exige procesos más ágiles y seguros, pues no se puede bajo ningún concepto confundir la velocidad con la eficiencia, es por eso que en la administración de justicia, encabezada por los jueces se involucren herramientas tecnológicas, e inclusive aparatos de inteligencia artificial con capacidad de respuesta eficaz e inmediata que coadyuven a impartir la justicia que la ciudadanía necesita. (Sin que la ayuda sustituya el conocimiento, la apreciación y la decisión del juzgador).

En este contexto se desarrolla el presente artículo, con un fuerte miramiento a los valores éticos necesarios en todo administrador de justicia para conseguir agilizar procesos modernos, rápidos, pero eficientes y por sobre todo siempre propensos a enaltecer la justicia como valor superior, a través de la correcta aplicación del derecho, brindando una tutela independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa a la población.

El conflicto, la tutela judicial efectiva, el Juez y la inteligencia artificial

Los historiadores afirman que el conflicto es tan antiguo como el *homo sapiens*, pues desde tiempos inmemoriales los seres humanos han batallado por varias razones, en un principio por sobrevivir, por alimento, por abrigo o por refugio, tal como los animales –con base a su instinto– lo hacen en la naturaleza hasta nuestros días.

La gran diferencia radica en que, para el ser humano, el conflicto, ha cobrado otros sentidos más profundos y más difíciles de resolver pues la racionalidad muchas veces se ve superada por sentimientos y sensaciones que incentivan el conflicto más que la solución.

La explosión demográfica y con ello el aumento de interacciones humanas con una gran cercanía no sólo física, sino cercanía entre los derechos de los individuos, provoca cada vez con mayor frecuencia colisiones entre derechos de unos y otros, lo que a la postre deja ver que el conflicto humano ha cambiado el escenario primitivo o instintivo por uno racional, es decir el conflicto surge por percepciones o intereses más avanzados que en determinados momentos van contra normas de comportamiento moral en sociedad.

Por otro lado, el ser humano dotado de razón; ante conflictos más profundos, ha encontrado nuevas y mejores formas de resolver sus asuntos. Esta evolución progresiva ha permitido dejar de lado reglas naturales como la *imposición del más fuerte*, optando por formas más sensatas de resolver el conflicto, por citar un ejemplo ampliamente conocido, la denominada “*ley del Talión*”, que, dicho sea de paso, puede ser la base de lo que hoy se conoce como el “*principio de proporcionalidad*”. Volviendo al punto, y apenas si para contextualizar la idea, la ley del Talión buscaba “sancionar” una conducta o un delito cometido, con un castigo equivalente y de esta forma la “venganza” era la solución del conflicto, resarcando de alguna forma el agresor a su víctima el daño que pudo causar.

La importancia del ejemplo en el contexto del presente trabajo, viene dada en tanto existe un elemento primordial para poder establecer la severidad del castigo: *la proporcionalidad*. Y es que, para establecer una posible equivalencia entre el daño causado y el castigo impuesto, era necesario hacer uso de la “razón”, propia del ser humano y aplicada a la resolución del conflicto. En esta línea de aproximación, podemos afirmar que la razón y el pensamiento humano se constituyen en la herramienta principal y perfecta para la resolución de conflictos; claro está, apoyados en cuerpos normativos generales que permitan su aplicación, en donde surge la idea del Juez, para resolver conflictos.

Así referido, hace mucho sentido la expresión de Carnelutti (2014) cuando en su obra denominada “*Cómo se hace un proceso*” en una definición muy filosófica del juez afirma:

“Juez es, en primer lugar, es uno que tiene juicio”¹¹

¹¹ Francesco Carnelutti, *cómo se hace un proceso*, (Bogotá; editorial Temis, 2014), 33.

Así podemos destacar una característica inseparable de todo administrador de justicia, ¡la razón!; y, es que, si seguimos la línea de Carnelutti, es fácil preguntar ¿cómo alguien que no tenga su propio juicio –razón– puede persuadir de entrar en razón a quien o quienes la han perdido y así resolver el conflicto?

Las sociedades son dinámicas, cambiantes, al igual que el derecho. Lógico entonces pensar que, si el derecho objetivamente busca permitir el desarrollo armónico de una sociedad a partir de la imposición de normas, dichas normas evolucionarán a la par del desarrollo de la sociedad. Hoy en día, la tecnología ha cambiado y cambia cada día la dinámica social con su desarrollo galopante, tanto que, en la actualidad, la inteligencia artificial es creadora de nuevas realidades e infinitas posibilidades. Al respecto Lasse Rouhiainen (2018) manifiesta que la inteligencia artificial:

“... es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal como lo haría un ser humano “ (Azula J. 2022, p. 37).¹²

Este concepto nos deja ver que la ciencia ha logrado desarrollar aprendizaje por parte de máquinas, o mejor dicho se han creado máquinas con posibilidad de aprender, que además pueden ser capaces de resolver problemas y necesidades reales a través de un sistema organizado de operaciones, y que, cada vez más la tecnología en su desarrollo busca “humanizarse”, a tal punto que –en la actualidad– se habla de una inteligencia artificial; inteligencia que otrora era una característica única de los seres humanos e impensable talvez en épocas anteriores.

Los propios seres humanos, con pensamiento infinito hemos dotado a las máquinas de inteligencia, pero por evolucionada que sea la inteligencia artificial, podrá convertirse y de hecho lo viene haciendo con mucha fuerza, en una herramienta que permita optimizar tiempos y ganar eficiencia en muchas actividades propias de la humanidad y no está exenta la administración de justicia, que cumple no solo la función de aplicación normativa sino la de tutelar derechos e impartir justicia.

El juez de inteligencia artificial es un concepto fascinante que ha entrado en mente, como respuesta al avance de la tecnología, de la mano de la necesidad de respuestas ágiles, inmediatas y eficaces para la ciudadanía, sin descuidar jamás que este pensamiento debe abordar cuestiones legales y éticas relacionadas con los sistemas de inteligencia artificial y las realidades de la población.

Un juez de inteligencia artificial no será más que un programa o algoritmo diseñado para tomar decisiones judiciales de manera imparcial y eficiente, utilizando la lógica y la información proporcionada, con capacidad de aprender.

El pensamiento de este tipo de juez (artificial) plantea varias ventajas y desafíos. Por un lado, se argumenta que un juez de inteligencia artificial puede ser más objetivo y neutral, ya que no se ve afectado por prejuicios o emociones humanas. Además, podría analizar grandes cantidades de información y precedentes legales en poco tiempo, acelerando los procesos judiciales.

Sin embargo, como toda novedad también trae consigo preocupaciones sobre la implementación de un juez de inteligencia artificial; pues la inteligencia artificial puede verse afectada por

¹² Lasse Rouhiainen, inteligencia artificial 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro, (Barcelona; Editorial Planeta, S.A., 2018), 17.

sesgos inherentes a los propios datos de entrenamiento utilizados o algoritmos defectuosos de la máquina, lo que podría conducir a decisiones injustas o discriminatorias.

Cabe hacer una puntualización, talvez evidente pero necesaria, la inteligencia artificial es un sistema y como tal siempre carecerá de la razón proveniente del pensamiento que es exclusivo de la especie humana y que involucra además valores morales como integridad, honestidad, honradez, empatía, entre otros que al final del día son elementos importantes en la resolución de conflictos y es precisamente esta parte moral y hasta sentimental, la que permite atar el derecho con la justicia.

Algunos críticos de la inteligencia artificial aplicada a la administración de justicia argumentan que la justicia humana es un proceso complejo que requiere empatía y comprensión de los contextos individuales, y realidades socio económicas colectivas, algo que las máquinas aún no pueden replicar completamente, decimos aun cuando nuestro real pensamiento dice jamás podrán emular completamente.

Sea cual sea el camino al que la evolución tecnológica nos lleve, siempre habrá la necesidad de contar con un sistema organizado y uniforme que otorgue certeza a los ciudadanos en la resolución de conflictos y a la vez dicha necesidad se convierte en la génesis de los sistemas procesales en los cuales se asienta la administración de justicia, que unifican los procedimientos a seguir en cada caso concreto.

Al igual que en la vida de todos los seres, la actividad procesal tiene un sinnúmero de posibilidades y caminos a seguir para conseguir sus fines. Hay quienes afirman que *“todos los caminos conducen a Roma”*; y, en realidad, en el ámbito del derecho pueden ser varios los argumentos, las consideraciones y en sí la secuencia que se siga para llegar a un fin determinado, pasando por varios modelos, herramientas y aportes tecnológicos que a la postre se encaminan a un mismo objetivo; que, en el campo procesal, se resume a la resolución de un conflicto.

Precisamente la Función Judicial, en la estructura del Estado, es la encargada de satisfacer la necesidad ciudadana de contar con un aparato organizado y estructurado como garantía de la tutela judicial efectiva de sus derechos, así la Corte Constitucional ecuatoriana en sentencia 117-14-SEP-CC, caso N° 1010-11-EP, en lo pertinente ha dicho:

“...el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.”¹³

Con esto, queda claro que los ciudadanos tienen el derecho de obtener la resolución de sus conflictos en torno a los derechos establecidos por la Constitución, dentro de un sistema procesal organizado que permita impartir justicia y satisfacer la tutela judicial efectiva, para esto la administración de justicia, cumple su función a través de lo que se denomina jurisdicción; potestad entregada a los administradores de justicia que a la par de permitirles resolver los conflictos puestos a su conocimiento en razón de sus competencias, permite que sus decisiones

¹³ Sentencia Corte Constitucional Ecuador 117-14-SEP-CC, caso N° 1010-11-EP.

estén revestidas de fuerza para ejecutarlas; fuerza que viene dada por el propio soberano, y que se ejecuta por las vías legales establecidas.

En este contexto se puede afirmar que la administración de justicia es de doble vía; es decir, el pueblo “soberano” necesita un sistema ordenado y sistemático que se convierta en una herramienta útil y eficaz para la aplicación normativa y con ello por supuesto la resolución de conflictos que le entreguen justicia a la ciudadanía y ésta necesidad a su vez provoca que el mismo pueblo “soberano” sometido a la Constitución, atribuya al juez la potestad pública de decidir y la fuerza para ejecutar su decisión, quedará pues la pregunta, ¿se podría atribuir esta potestad a una inteligencia artificial?

Más allá de la interrogante, esta dualidad provoca que cualquier sistema procesal sea necesario y a la vez suficiente; necesario porque brinda certeza, organización y eficiencia; al fin sin un sistema procesal determinado la resolución del conflicto se verá difuminada por incidentes, trabas e inseguridades para las partes en conflicto lo que hace indispensable contar con un sistema procesal determinado; y, a la vez suficiente porque el sistema procesal en sí mismo bastará para que la resolución de conflicto pueda ser puesta en escena a través de la ejecución del fallo, dentro del mismo proceso.

El Ecuador, desde el año 2016 mantiene un sistema de oralidad procesal, un proceso moderno, ágil y amigable; acorde a la evolución social del país, sin embargo en términos generales la oralidad no es un tema reciente, por ejemplo el derecho Anglosajón, cuyo hito inicial es la costumbre y en donde el debate y el litigio en sí se lo lleva a efecto de manera verbal, con sus propias características que no entraremos a analizar, más en nuestra región en principio han predominado sistemas escritos, para Latinoamérica, ya desde más o menos los años 60's, se comienza a bosquejar la idea de un Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuya tramitología procedimental es netamente oral, y el cual después de varias décadas ha servido como antecedente para que cada vez más países de la región mantengan sistemas procesales verbales.

El Ecuador, dentro de su sistema procesal por audiencias, busca agilidad en los procesos y con esto satisfacer adecuadamente la tutela judicial efectiva, pues un proceso más eficiente y rápido a la postre es un garante de cumplimiento de tutela efectiva, ya lo decía el romano Séneca *“Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”* y precisamente el desarrollo de la sociedad exige mejores sistemas procesales no solo en agilidad sino en eficiencia, en esta línea el proceso oral imperante en el Ecuador establece que el juez debe tomar la decisión en audiencia y comunicarla a las partes procesales, es decir el juez resuelve el conflicto oralmente en la misma audiencia, lo que supone que el ejercicio racional de recepción, asunción y valoración de la prueba se los realiza de primera mano, robusteciendo el principio de inmediación, que permite al administrador de justicia estar presente durante todo el acto procesal –audiencia– en conjunto con las partes procesales y medios probatorios y nutrirse de todos los elementos posibles para la toma de una decisión, que será lo que resuelva el conflicto.

Esta particular cercanía que aporta el principio de inmediación en los sistemas orales es la que exige un arduo trabajo de la razón del juez para conseguir el establecimiento de pertinencia entre hechos, alegaciones pruebas y normativa que será en definitiva lo que motivará de acuerdo a su sana crítica y experiencia el fallo del juez, esta tarea racional que día a día realiza el juez es en donde la inteligencia artificial puede encontrar un amplio campo de acción, vista como una herramienta, idónea, complementaria para la aplicación correcta del derecho, más no como un ser capaz de impartir justicia, pues este valor requiere a su vez de muchos otros valores inherentes, propios de la humanidad únicamente.

No podemos negar que los seres humanos, cada vez mantenemos mayores interacciones virtuales, pues los sistemas electrónicos y el avance a pasos agigantados de la tecnología ha cambiado completamente la manera de interacción de los individuos, valga decirlo también cada vez más las interacciones son impersonales, pues la tecnología rompe barreras de tiempo y espacio, otorgando inmediatez. Por ejemplo, dos personas que físicamente se encuentren en dos extremos opuestos del planeta, en cuestión de segundos pueden mantener una conversación –interacción social– o mejor aún por medio de video observarse y mantener un contacto cercano e inmediato a miles de kilómetros. Para nadie es una novedad el avance tecnológico y electrónico en el mundo y la administración de justicia, los sistemas procesales y la resolución de conflictos no pueden quedarse de lado en este desarrollo vertiginoso que ofrece la tecnología.

La inteligencia artificial es una magnífica herramienta que puede aportar sencillez, dinamismo, eficiencia, e incluso certeza en las decisiones diría yo; eso sí, su introducción debe ser paulatina, con fuertes análisis tanto éticos como técnicos en su aplicabilidad. Para contextualizar la idea de vincular la administración de justicia a la inteligencia artificial, diremos que no se puede pensar en reemplazar personas por máquinas por lo dicho en líneas anteriores y por lo que se dirá en líneas posteriores de este artículo.

La inteligencia artificial puede tener varios espacios en la operatividad de la administración de justicia incluso con un impacto directo en la satisfacción de tutela; basta partir por los tres momentos que la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido en la sentencia 117-14 citada ut supra, para entender como la tutela judicial efectiva puede verse potenciada a través de herramientas tecnológicas avanzadas como la inteligencia artificial.

En primer lugar el acceso de los ciudadanos a la justicia debe ser el bastión en el que se asienta toda la tutela judicial efectiva, de esta manera la tecnología permite rebasar la barrera de la infraestructura, pues con inteligencia artificial, podemos tener un mecanismo capaz de recibir demandas y requerimientos que los ciudadanos hacen a la administración de justicia en cada barrio, en cada comunidad; es decir, la inteligencia artificial permite acercar la justicia a la ciudadanía, que no necesitará trasladarse hasta una Unidad Judicial o un lugar determinado, sino que en cada barrio la inteligencia artificial preparada para dar respuestas inmediatas, recibir información, documentación, traducirla en demandas y enviarlas electrónicamente hasta un destinatario competente para satisfacer el requerimiento permitirá cercanía y con esto la población en general tendrá una herramienta que brinda un acceso eficaz y ágil al sistema de justicia del país, que rompe completamente las barreras de espacio y tiempo en territorio, por supuesto no se puede dejar de lado sistemas electrónicos que permiten el mismo acceso a través de internet desde los hogares de los justiciables, sin embargo en barrios alejados y carentes de internet en donde se refleja la brecha tecnológica, la inteligencia artificial centralizada en un lugar específico de cada barrio o comunidad permite acortar la referida brecha tecnológica existente en la actualidad, de esta manera se brinda un acceso oportuno cercano y permanente que se extiende más allá de la infraestructura física.

Una vez que la administración de justicia conoce el requerimiento –*en el contexto procesal en que se desarrolla este artículo, lo denominaremos conflicto*– entra en escena el segundo momento que configura la tutela judicial efectiva, el cual se centra en la capacidad de respuesta de la propia administración de justicia para resolver el conflicto que entra a fase procesal, pues es importante destacar que parte del derecho a la tutela judicial, es el tiempo que el usuario debe esperar para obtener una respuesta adecuada por parte del administrador de justicia. En este segundo momento también los lazos de la inteligencia artificial, permitirán celeridad y

seguridad en la administración de justicia y en la respuesta brindada a los justiciables, para lo cual es necesario modernizar los sistemas internos de la función judicial, buscando un equilibrio de certeza, seguridad y agilidad, dando un paso adelante hacia el manejo de expedientes electrónicos, que puedan estar a la par del sistema procesal oral moderno implementado en el Ecuador. En este punto se pueden destacar elementos de inteligencia artificial capaces de grabar en audio el contenido de las audiencias, con capacidad de sintetizar aspectos importantes y traducirlo a documentos organizados –actas– que se trasladen al expediente electrónico al cual puedan acceder públicamente tanto funcionarios de la administración de justicia, como los usuarios externos del sistema, lo que permitirá contar con expedientes en tiempo real e inmediato que se traducen en la disminución de tiempos de respuesta para los usuarios del sistema de justicia.

Contar con inteligencia artificial, en chats de tiempo real, permitirá dar respuestas informativas a las preguntas de la ciudadanía sobre la administración de justicia; y a la vez la inteligencia artificial, podrá guiar adecuadamente a los ciudadanos para la presentación de sus trámites, considerando cual es la mejor forma para cada uno de los consultantes.

Finalmente, el tercer momento, en cuanto a la tutela, propiamente involucra al Juez, quien a través de su ejercicio racional es el encargado de dar respuestas al conflicto planteado. En este acápite es importante volver al concepto citado sobre la inteligencia artificial, en tanto busca equipararse al ser humano en la “*toma de decisiones*”, ¿y por qué es importante hablar de la toma de decisiones? porque el juez es quien toma las decisiones en el proceso para resolver el conflicto, y vale relieves una diferencia, pues estas decisiones del juez se basan en el ejercicio racional de interpretar, analizar y canalizar medios probatorios y sucesos dentro del proceso, sin dejar de lado el conocimiento y experiencia del juzgador para resolver el conflicto. Juzgar, no solo significa aplicar derecho. La tarea de juzgar como se ha venido repitiendo en este artículo, lleva consigo el más noble de los valores como lo es el de la justicia, que inclusive para muchos ha sido considerada sagrada y hasta divina por todo lo que su esencia representa, y en este contexto es imposible separar la justicia de la ética y de la moral, pues en su concepción más básica, desde el plano filosófico, la justicia llevará siempre implícita la voluntad de dar a cada uno lo suyo. Dicho sea de paso, a través de un proceso se puede dotar al juez «a través de medios probatorios» de insumos que le permitan apreciar que le corresponde a cada quien, en el contexto e idiosincrasia propia de la sociedad en la que se presenta y se resuelve el conflicto.

Es por esto que afirmamos que la inteligencia artificial si bien puede hasta nutrir las decisiones del juez en aspectos jurídico técnicos, es muy difícil y hasta imposible, que sea capaz un robot de impartir justicia; impartir derecho. ¡Sí! y de una manera muy eficiente, ágil y con minimización de márgenes de error, pero la justicia para ser impartida necesita espíritu y este se encuentra presente en la vida, que es una característica propia de los seres humanos, de ahí que la inteligencia artificial pueda contribuir al juez con herramientas como posibilidades, documentos, normativa e hipótesis de solución inclusive, pero al final será el juez quien nutrido de todos estos elementos, apoyado por herramientas tecnológicas, pero siempre centrado en su humanidad, imparta justicia a través del derecho y le dé a su fallo la fuerza y la coherencia suficiente para ejecutarlo y así completar el círculo de la tutela judicial efectiva, que en resumen será la posibilidad de presentar el conflicto a la administración de justicia y luego de un proceso célere, ágil y eficiente, pueda tornarse en realidades palpables la resolución del conflicto, y de esta manera la justicia cumplirá su fin.

En definitiva, el avance tecnológico trae consigo elementos importantes que se deben tomar en cuenta dentro de cualquier sistema procesal que pretenda ser moderno y estar a la par del

dinamismo de la sociedad que, dicho sea de paso, cada vez con más fuerza acostumbra a recibir respuestas inmediatas y en tiempo real. Es por eso que la inteligencia artificial como herramienta al momento del desarrollo de audiencias y la resolución de conflictos, trae consigo un gran desarrollo, pues el administrador de justicia necesita pensar con agilidad y certeza. Para esto, como se esbozó en líneas anteriores, un sistema de inteligencia artificial puede formar parte de la audiencia y acorde a los datos recibidos en la misma, más la información cargada en forma de datos, llegar a proponer hipótesis posibles al administrador de justicia que tendrá por medio de la inteligencia artificial una certeza de derecho.

La inteligencia artificial también podrá ser capaz de “recodar” inmediatamente y a totalidad lo suscitado en todas las causas, proporcionando como herramienta los argumentos y análisis que éste hubiere realizado en casos análogos, manteniendo la normativa siempre actualizada. En fin, muchas ventajas que se pueden lograr con una herramienta de cierta forma autónoma que proporcione información relevante en cada caso, que permita fortalecer el fallo.

Vale insertar una aclaración: la inteligencia artificial es un concepto de ingeniería, como tal, es un sistema electrónico que siempre será una herramienta y bajo ningún concepto podrá suplir la razón humana en el campo jurídico; y, principalmente en la administración de justicia. Por eso afirmamos nuevamente que la inteligencia artificial puede otorgar derecho y talvez con un margen de error mucho menor, pero jamás podrá otorgar justicia, pues esta requiere una interiorización racional que también se nutre de sentimientos, sensaciones, experiencias y realidades humanas que hacen –de la decisión de un juez– una fusión de derecho y justicia; y, es precisamente en el cuidado de esa fusión en donde para nosotros debe residir la ética del juez.

La justicia ejercida por inteligencias artificiales en su totalidad, sería como accionar una partida de ajedrez con una máquina, y si esto es así; partamos de una pregunta, ¿se puede jugar ajedrez con un robot?

La respuesta categórica es: ¡Sí!, por supuesto que sí, pues a través de un aparato electrónico se puede iniciar una partida de un juego exclusivamente diseñado para dos, contando con una sola persona, pero habrán a la vez dos inteligencias, concurrirá por un lado la razón humana invadida de experiencias, sensaciones, emociones y demás; y, por otro, la inteligencia artificial fría, preparada y “capaz de aprender”, más el ser humano en su juego realmente involucrará en su estrategia: razón, experiencia, conocimiento, sentimiento y emoción, mientras la inteligencia artificial, utilizará sus algoritmos y los movimientos del contrario para defender y atacar con movimientos únicamente lógicos en base a posibilidades y estadísticas; y, surge otra pregunta ¿qué sucede cuando las proposiciones superan la lógica, o simplemente no guardan un sentido lógico?, pues aquí entra en juego la infinita razón humana que puede partir de presupuestos inclusive ilógicos y a través de ejercicios racionales y experiencias encontrar respuestas y soluciones lógicas, éticas y justas.

Si trasladamos el tablero de ajedrez a la realidad procesal en general, pues en principio cualquiera de las partes de un proceso podría ser reemplazada por una inteligencia artificial en cuanto a la actuación o la manera de llevar el proceso, más que pasará si entre los conflictos “humanos” cambiantes por la propia naturaleza de la humanidad aparecen realidades que superan la lógica normal o lo que la inteligencia artificial podría considerar como una lógica válida, simplemente la inteligencia artificial no tendrá manera de resolver el conflicto planteado, porque su centro es la lógica, y bien vale un ejemplo.

Existe quien afirma que la NASA cuenta con un cartel, en el cual se expresa que una abeja no tiene la capacidad aerodinámica de volar según la física, pero como la abeja no lo sabe, simplemente vuela, este ejemplo coloquial sirve para enfatizar la idea de que no siempre la lógica formal o tradicionalmente aceptada es la única respuesta posible, pues la lógica humana es infinita y adaptable, por su puesto también es falible y susceptible de errores que le son naturales, pero esa resiliencia y esa humanidad lógica es la que permite al juzgador —ser humano— ser el único capaz de impartir justicia y de aplicar el derecho a la justicia, no solo de impartir derecho, por eso la inteligencia artificial debe ser una herramienta para que el administrador de justicia la imparta con un margen mínimo de error.

En última instancia, el papel de un juez de inteligencia artificial aún se encuentra en una etapa especulativa, que bajo estos argumentos a nuestros ojos será prácticamente imposible lograrlo completamente. Si bien la tecnología ha avanzado rápidamente, y se supera día a día, todavía hay muchas consideraciones legales, éticas y prácticas que deben abordarse antes de pretender implementar un sistema de este tipo y más en una función tan sublime como la justicia.

En fin, el debate sobre el equilibrio entre la automatización y la intervención humana en el sistema judicial continúa y requerirá una cuidadosa reflexión y regulación para garantizar la justicia y el respeto de los derechos fundamentales.

Inmediación. Actividad probatoria, ética y profesionalismo

El Juez, el proceso y las partes deben ser uno solo, pues cada uno tiene un aporte y un sentido que contribuye; y, a la vez se nutre de los aportes de los otros, pues esto permite una interacción permanente con una circulación constante de información y aporte que nutre la actividad procesal y enriquece el debate jurídico en el proceso, pensamos que esa es la esencia misma de la inmediación en la causa pues la actividad nutrida de todas las interacciones organizadas en el proceso es la que al final se verá plasmada en una decisión que resuelva el conflicto.

Por eso el proceso, debe compadecerse con su causa y fin; y convertirse en una herramienta para la resolución de conflictos. En un aspecto más filosófico podríamos considerar a la actividad procesal como un instrumento para impartir justicia, y no solo para administrar derecho, pues como ya lo hemos dicho, la justicia lleva en sí misma principios éticos y morales; los cuales, apreciados racionalmente dentro de un enfoque normativo, permitirán que el conflicto se solucione integralmente, y es esta búsqueda de derecho, justicia, ética y moral, la que permite apreciar que la mejor manera de contar con todos los elementos es una interacción directa, inmediata, que involucre a las partes, al juez y a los medios de prueba, y, a la vez obliga a que la administración de justicia busque y afiance herramientas tecnológicas que permitan esta interacción inmediata superando barreras de tiempo y espacio, pues ahora la inmediatez y la cercanía son conceptos muy distintos a los de hace veinte años atrás.

En el centro de todo proceso aparece la actividad probatoria, pues en el argot jurídico hay un adagio que dice *“tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”*, de esta manera adelantando una conclusión afirmaremos que los medios de prueba son el vehículo que efectiviza y vuelve materia los derechos intangibles de los justiciables, por ello el juez, encargado de asimilar toda la información proporcionada por las partes, clasificarla, analizarla e interiorizarla para llegar a una decisión, necesariamente debe tener la aptitud jurídica del conocimiento técnico suficiente que le permita vincular jurídicamente hechos, pruebas y derecho a la justicia, así pues el juez tiene una carga sobre sus hombros, para este artículo la llamaremos el

peso de la toga, pues esta investidura de ninguna forma es un estatus personal, más bien la magistratura de la toga le impone al juez el más alto deber de preparación técnica, profesional y adecuada acorde al dinamismo y evolución propia del derecho cambiante lo que le exige siempre mantenerse a la vanguardia en sus conocimientos, lo han dicho muchos pensadores, la peor calamidad del inocente es la ignorancia del juez.

La preparación constante de quien administra justicia, será el puntal para hacer derecho, para construir decisiones enmarcadas en un cuadro constitucional acorde a la normativa, es innegable la necesidad y hasta obligación de todo juez de prepararse día a día, pero en esta sublime tarea de impartir justicia, la preparación debe trascender del conocimiento y profesionalización y transitar fuertemente por el espíritu, así pues el juez debe preparar su conciencia y sus actos día a día en la moralidad, cultivando valores como la honestidad, la empatía, la honradez, sintiendo así el peso de la toga sobre sus hombros, responsabilidad que al final del día conllevará a conjugar el ideal de justicia con el derecho, tarea que solo la humanidad total, integrados alma, espíritu, mente y cuerpo será capaz de llevar adelante.

La preparación ética y profesional del juez debe ser una constante para el administrador de justicia, en la actividad probatoria, no solo deberá reflejarse en la asunción, interiorización y valoración de los medios puestos a su disposición dentro del proceso, sino que esa preparación debe transmitirse a las partes procesales, a través de criterios sólidos, con base en argumentos fuertes que guíen adecuadamente la actividad probatoria de las partes, cuidando por supuesto siempre la imparcialidad pero buscando que los medios de prueba permitan al juzgador encontrar la verdad del proceso, sin miramientos a las partes, sino de una manera profesional, con conocimiento, con la razón en su máxima expresión y con valores éticos fuertes que permitan una decisión segura, justa y motivada; pues el juez se construye de valores éticos, formación profesional permanente y capacidad racional de análisis y síntesis, y porque no decirlo también se construye de herramientas tecnológicas adecuadas como medios de apoyo.

La tecnología ha desempeñado y desempeña un papel cada vez más importante para la administración de justicia en general y la actividad probatoria no es una excepción, está presente en la actividad probatoria del proceso tanto que ha revolucionado la forma en que se recopilan, presentan y analizan pruebas en los diferentes procesos judiciales.

En la dinámica actual de la sociedad, el avance tecnológico, sobre todo a partir de la pandemia mundial por COVID 19, puso de manifiesto la versatilidad e inmediatez con la que puede cambiar la concepción sobre los medios de prueba, y adecuarlos a las necesidades del proceso, siempre tendientes a ser el vehículo para la resolución del conflicto.

La prueba documental especialmente en poco tiempo ha sufrido un cambio de ciento ochenta grados, dejando de lado el concepto tradicional que asimila documento siempre con un “papel” que contiene cierta información, es decir a partir de la tecnología se retira, si cabe el término, la necesidad de que el documento sea físico, y se lo traslada a un mundo mucho más expedito como es el campo electrónico, convirtiendo lo que se conocía otrora como documentos en de mensajes de datos, firmas electrónicas, en fin una serie de aparatos y herramientas capaces de almacenar información determinada.

La era digital permite crear documentos con respaldo únicamente electrónico o trasladar documentos físicos y volverlos digitales, evitando así barreras de tiempo y espacio, pues los datos contenidos en un documento electrónico pueden viajar instantáneamente de un extremo a otro, a través de vías como el internet, pero dicha dinámica social, también tiene sus efectos

en la actividad procesal, pues los medios probatorios tienen una vía telemática o electrónica, la cual debe manejar con total ética y profesionalismo el administrador de justicia, para ser el garante de la seguridad, eficiencia y eficacia de los medios probatorios encaminados al fin procesal que es la resolución del conflicto.

Lo importante siempre será que el documento electrónico, bien sea su origen propiamente digital o bien sea una transformación de físico a digital, no pierda su esencia y validez para que su contenido pueda servir como elemento probatorio en el proceso, en este contexto es importante referirnos a la prueba digital que no es una utopía sino más bien en la actualidad se actúa prueba digital dentro de los procesos judiciales, algunos autores la toman como “evidencia” digital, así Juan David Cardona (2020) toma un concepto de CISTOLDI y NUÑES quienes afirman:

*“la evidencia digital es un tipo de evidencia física construida de campos magnéticos y pulsos electrónicos, que por sus características deben ser recolectados y analizados con herramientas y técnicas especiales...”*¹⁴

De la cita tomada, queremos hacer énfasis en cuanto a la “evidencia física” pues dicha concepción sobre la prueba digital nos deja ver que lo que cambia es el formato del medio probatorio, pero el concepto sigue siendo el mismo y pues para poder apreciarlo es importante hacerlo desde su origen, es decir desde el formato al que pertenece, pues así diferenciaremos documentos materiales y documentos digitales, y la evidencia física pasa a ser un concepto de existencia, de contenido y de veracidad, pues si bien el documento material se puede apreciar en su propia materia, el documento digital, se vuelve materia apreciable por los sentidos a partir de las herramientas correctas como se afirma en la cita que antecede.

Como se dijo anteriormente, la prueba digital es una realidad de los procesos judiciales, pues el aumento de la digitalización de la información, y la creación digital, provoca que cada vez sean más comunes las pruebas electrónicas, como correos electrónicos, mensajes de texto, registros telefónicos, registros de navegación en Internet, documentos públicos emitidos en formato digital, etc.

En este contexto, nuevamente hemos de referirnos a la inteligencia artificial y sus infinitas posibilidades, pues la tecnología significa un avance para todos y en todos los ámbitos, pero este avance tecnológico también trae cargas de responsabilidad para los abogados quienes deben utilizar técnicas especializadas para recolectar y preservar adecuadamente esta evidencia digital, que luego deberá reproducirse para la valoración del juez en el proceso.

En este punto la inteligencia artificial nuevamente es la herramienta que puede hacer más ágil el análisis formal de los documentos digitales o en general de elementos electrónicos y además con mínimo de fallas, pues así en asuntos procesales la implementación de inteligencia artificial, es una herramienta importante mediante la cual el documento ingresado, su información, su origen, procedencia, e inclusive validez y autenticidad se analizarán a partir de una base de información jurídica que reconozca todas las particularidades, necesidades y demás, para convertirse en un filtro formal del medio probatorio que conceda al juez certeza y confianza en el medio probatorio para su valoración, interiorización y análisis contextual en la valoración misma del contenido el documento, y su posterior exteriorización que se verá reflejada en el fallo.

¹⁴ Juan David Cardona, *la valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales*, (Bogotá; grupo editorial Ibañez, 2020), 42.

Debemos acotar, que el ser humano por su propia naturaleza es susceptible de cometer ciertos errores, es ahí en donde siempre la inteligencia artificial será una herramienta que propenda a minimizar errores, que permitan a la postre al administrador de justicia concentrarse con mayor fuerza en asuntos de fondo, con la seguridad de un análisis técnico podemos decir casi pericial por parte de una inteligencia artificial que se enfoque en el origen del documento y que el mismo no contenga montajes o errores similares en cuanto a la parte formal y de procedencia.

Como lo dijimos anteriormente la actividad probatoria es el punto medular del proceso, tradicionalmente se han establecido varios medios probatorios, como documentales, testimoniales, periciales entre otros, más es importante volver los ojos al desarrollo tecnológico y reconocer que todos los medios probatorios pueden ser susceptibles de ser electrónicos o digitales, ya sea la declaración de un testigo a través de video conferencia, es decir con una presencia virtual que debido a la inmediatez y el tiempo real de llamada seguirá siendo una prueba directa para el juzgador; más en este punto del presente artículo nos vamos a centrar con mayor fuerza en la prueba documental que por su naturaleza es la que más cambios y dificultades presenta en su utilización como un instrumento procesal.

En primer lugar, es un consenso general de la doctrina que la prueba documental abarca instrumentos públicos o privados, es decir que sin importar si su emisión nace de autoridad competente en uso de atribuciones concedidas por ley o de particulares en uso de su autonomía de la voluntad privada, pues la calidad de electrónico viene dada en la forma de su creación, es decir su respaldo y contenido a ser apreciado, se encontrará en una base de datos y la firma que pueda llevar el documento también será en forma de dato lo que permitiría decir que se trata de un documento digital o electrónico que puede ser público o privado.

El conflicto aparece en la mixtura que se presenta en un procedimiento oral, y así lo revela el propio Código Civil Modelo para Iberoamérica, pues, a pesar de tratarse de un procedimiento oral, se conservan escritas ciertas piezas fundamentales como la demanda, contestación, sentencia entre otras y en general la tramitología del procedimiento es oral —en audiencias—, pero los reposos del expediente serán mixtos.

En el caso del Ecuador la norma procesal imperante en materias no penales, es el Código Orgánico General de Procesos, en el cual se pueden distinguir dos momentos en cuanto a la actividad probatoria, el primero se refiere a la obligatoriedad de anunciar en los actos de proposición los medios probatorios que van a utilizar las partes en el proceso, además de manifestar que con la prueba documental que cuenten las partes deberán adjuntarla al correspondiente acto de proposición este anuncio de medios guarda relación con el derecho a la defensa en sí mismo, pues lo que busca es que las partes del proceso tengan pleno conocimiento de los medios probatorios que propone su contraparte, para que puedan contradecir de una manera técnica y adecuada, lo que a la postre conlleva un proceso capaz de garantizar una resolución adecuada del conflicto, por supuesto sin querer ser redundante la decisión adecuada dependerá del profesionalismo, formación e integridad del juzgador al momento de valorar los elementos probatorios y la normativa imperante.

Aquí surge un primer inconveniente a tomarse en cuenta, y consiste en la forma de anunciar el medio probatorio, pues no será suficiente anunciar prueba documental, sino será necesario que las partes identifiquen si la prueba está contenida en un documento electrónico y de ser así, pues en ese sentido deberá ser anunciado, partiendo de que los documentos electrónicos son documentos originales, pero siempre y cuando se mantenga su base original; en este sentido surge una duda, pues si el objeto de que los medios de prueba estén debidamente anunciados

es para que la contraparte respectiva pueda ejercer su derecho a contradecir, ¿cómo tendrá acceso a documentos electrónicos?, pues al “imprimir” un documento de esta índole lo hacemos material, pero a la vez le hemos quitado su naturaleza electrónica y el documento materializado no pasará de ser una reproducción o simple copia que no alcanzará para hacer fe en juicio y esto nos lleva a la necesidad de un proceso oral más abierto en el cual el juez cuide la validez de los medios probatorios pero que pueda ser más objetivo, nutrido por supuesto del apoyo de herramientas de inteligencia artificial, que se encarguen de la parte formal y permitan acreditar la veracidad de los documentos, y reproducirlos desde sus versiones originales, a partir de herramientas o aparatos tecnológicos que permitan su apreciación sensorial.

Volviendo al contexto, como se dijo las partes están obligadas a anunciar sus medios de prueba en los actos de proposición, al respecto como lo venimos insistiendo a lo largo de este artículo, el avance tecnológico nos ha volcado a una era electrónica, digital galopante, pues cada vez más se dejan de lado documentos escritos –físicos– y se pasa a documentos de tipo digital, más versátiles más fáciles de transportar e incluso más seguros si se tiene en cuenta todos los detalles; este avance tecnológico ha causado impacto en la administración de justicia en general, pues ahora se cuenta con cuerpos normativos procesales encaminados a dar plena eficacia y validez a los documentos electrónicos, recepciones de testigos y audiencias telemáticas, pero este avance como vimos en líneas anteriores conlleva varios aspectos a considerar para no perder la forma adecuada y cuidar la esencia y naturaleza propia del documento, desde su fuente original, además trae consigo la responsabilidad de los propios usuarios del sistema, por excelencia abogados en el patrocinio y defensa de las causas quienes *deben* y resalto la palabra *deben*, proponer un anuncio acorde a los medios que se pretende introducir al proceso, pues dicho anuncio deberá también incluir la herramienta o medio tecnológico necesario para una apreciación directa y correcta del documento, y en caso de contar con dichas herramientas, pues la parte será quien pueda proporcionar dichos medios para que su prueba pueda reproducirse desde su formato original, es decir sin perder su esencia ni calidad probatoria, lo que permitirá al final del día sortear positivamente los retos e inconvenientes que este cambio tan abrupto trae consigo.

Claro debemos destacar las bondades de la tecnología y de procesos digitales o electrónicos en su totalidad, procesos que dicho sea de paso serán amigables con el planeta, en tanto a consumo de papel, tinta y otros insumos que deberán ser reemplazados por herramientas tecnológicas avanzadas, que permitan interacciones en tiempo real a todos quienes formamos parte de la comunidad jurisdiccional.

Luego del anuncio de los medios de prueba, llega un segundo inconveniente a tomar en consideración, el cual se presenta en la misma audiencia, pues en el Ecuador el segundo momento ya en una interacción de oralidad, las partes deben realizar su anuncio oral en la audiencia, es decir el mismo anuncio del acto de proposición, se explica en audiencia en donde el juez analiza los medios probatorios partiendo de elementos establecidos en la ley como son la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, y pronuncia su decisión sobre admitir o excluir determinados medios de prueba.

La prueba que ha sido admitida por el administrador de justicia pasará a una fase de “producción” que es el momento en el que las partes introducen el contenido de los medios de prueba al proceso, pues aquí nuevamente al tratarse de documentos electrónicos, su reproducción deberá hacerse desde la fuente a través de herramientas tecnológicas para que se pueda apreciar por las partes, por el juez y en las audiencias públicas también por los asistentes, de esta manera la tecnología se introduce con mucha fuerza ahora en los procesos judiciales y

pasar a inteligencias artificiales capaces de analizar pertinencia, conducencia, utilidad y procedencia de los medios probatorios documentales, sin lugar a dudas será una herramienta de eficiencia y economía de tiempo en los procesos judiciales, dicho además que el juez propiamente podrá concentrarse en el fondo mismo de los medios de prueba para valorarlos en interrelación con los hechos del proceso y la normativa vigente, sin dejar de lado su ética y formación moral y profesional.

El juez, su justificación, argumentación, ponderación y motivación del fallo

Un juez, es quien guía todo el proceso, en primera instancia son los jueces quienes construyen el proceso, a partir de los aportes de las partes, es por esto que dicha construcción debe ser adecuada, acorde a la normativa, con respeto irrestricto a los derechos de las partes involucradas en el proceso, lo que puede lograrse solamente a través de técnicas de argumentación que el juez debe interiorizar para luego ponerlas en escena en sus decisiones, sin descuidar la ética que su cargo amerita.

En primer momento, dentro de este trabajo consideramos al proceso haciendo un símil con un trabajo investigativo que realiza el juez, en búsqueda de la resolución del conflicto, así al igual que en todo trabajo investigativo, es importante plantear cual es el “*problema*” o en la esfera procesal el juez debe primero identificar con total claridad cuál es el conflicto planteado, pues partiendo en este enfoque el administrador de justicia debe *justificar* las posibilidades y necesidades del conflicto, de las partes, de las pruebas y del proceso en sí mismo, entendiendo ciertas líneas generales que serán las proposiciones lógicas que buscará el juzgador en el proceso, y el impacto que esta búsqueda tendrá en el mismo y consecuentemente en la resolución del conflicto, es decir en primer lugar todo juez debe trazar un bosquejo de camino por el que hará transitar la causa, y paso a paso se irá haciendo camino al andar con la ayuda de las partes y los medios de prueba.

Hay que entender que, dentro de un proceso judicial, la necesidad y el motivo de investigar por parte del juez, se justificarán en el mismo objeto del derecho procesal, que es la resolución del conflicto, pues hay quien afirma que el juez busca la verdad del proceso, por consiguiente, para hacerlo es importante e indispensable una investigación *sui generis* procesal construida en bases sólidas, jurídicas y éticas cuyo resultado será la resolución del conflicto planteado.

En este símil, también es importante puntualizar algunas sutiles pero elementales distinciones entre un trabajo de investigación de tipo académico, que buscará un aporte científico a la comunidad y un trabajo investigativo de índole procesal que a la postre permitirá satisfacer tutela de una forma efectiva, resolver el conflicto y devolverle a la sociedad un desarrollo armónico, pues así el problema de la investigación científica lo asimilamos con el conflicto a resolver dentro del proceso, pues en ambos casos dicho planteamiento sea problema o se llame conflicto, derivará en hipótesis posibles a despejarse durante el trabajo investigativo, con la diferencia que dentro del sistema procesal el conflicto se resuelve con la sentencia y por ende habrá una sola hipótesis verdadera, que dicho sea de paso pasará a ejecutarse a órdenes del mismo juzgador.

En definitiva el juez debe tener muy presente lo que busca, que al final será despejar la duda razonable y encontrar la verdad procesal para resolver el conflicto planteado, para lo cual debe apoyarse en instituciones jurídicas sólidas que le permitan establecer elementos a enlazar con los medios probatorios que las partes puedan aportar al proceso, por ejemplo si se trata de un *cuasicontrato de enriquecimiento sin justa causa*, precisamente el referido cuasicontrato será

la institución jurídica que marque lo que se debe demostrar en el proceso, es decir en el ejemplo el desplazamiento patrimonial, el enriquecimiento del uno a costas del empobrecimiento del otro, entre otros; en este sentido se obtendrá un proceso organizado que permita una adecuada búsqueda y posterior resolución del conflicto.

Es importante acotar también que el juez debe argumentar su fallo y así lograr que el derecho entre en acción cumpliendo sus finalidades y brindando su funcionalidad al Estado a través de la función judicial, pues no basta con que el derecho se encuentre escrito en cuerpos normativos, sino que dichas normas se tornen en realidades que permitan hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, pues así las normas ganarán eficacia, no está por demás aclarar que las normas deben coherentes y posibles en cuanto a la aplicación, pues así el derecho característicamente dinámico se irá adaptando a las necesidades de la población, no solo con cuerpos normativos sino con jueces que los aplican con ética y profesionalismo, con conocimientos y análisis oportunos de lo que cada caso en particular puede requerir.

Este análisis práctico interiorizado a conciencia, satisface la idea de aplicación del derecho, pues los ciudadanos deben recibir de la administración de justicia una respuesta adecuada, fundamentada y motivada que explique porque la concesión o negativa de acuerdo al caso concreto, así surge el concepto de argumentar con la finalidad de dar sustento a una determinada posición de pensamiento, la cual se verá fortalecida en tanto a la calidad de los argumentos que la componen, que es otro escenario ideal para el desarrollo de la inteligencia artificial aplicada al derecho.

Vale destacar que la decisión del juez llega nutrida de un arduo trabajo investigativo que se desarrolla dentro de un proceso judicial y apoyado en herramientas tecnológicas, con fuerza en inteligencia artificial en asuntos de puro derecho, el administrador de justicia puede ocupar toda su razón para identificar posibles hipótesis e ir construyendo en base a pruebas una decisión justa y acorde a derecho.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, marco en el cual la Carta Magna da luz a todo el sistema normativo imperante, y una de las garantías del debido proceso, que enaltece el derecho a la defensa, es la garantía de la motivación, mediante la cual toda autoridad debe motivar sus decisiones, así el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador en su letra l) reza:

“l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”

Hay que comprender que toda decisión sea jurisdiccional o administrativa siempre debe cumplir un parámetro de motivación al menos mínimo o como la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 1158-17-EP/21, de fecha 20 de octubre de 2021, la denomina *“motivación suficiente”*, en este contexto la motivación es un requisito esencial de todas las resoluciones de los poderes públicos, dentro de las cuales se incluyen resoluciones administrativas, las sentencias y resoluciones judiciales, que en general deben contener a) La enunciación de los antecedentes de hecho o presupuestos fácticos determinados por las partes y sobre los cuales se debe decidir; b) la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión y que se aplican sobre los hechos preestablecidos; y, c) la explicación de pertinencia de la aplicación de los preceptos jurídicos a los antecedentes de hecho, es decir, el desarrollo

del porqué un determinado precepto jurídico es consecuencia jurídica directa y necesaria de un determinado antecedente de hecho.

Motivación que debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica, pues la autoridad pública debe observar en sus decisiones, las reglas de recto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos; y, que debe contener un parámetro de ser suficiente, es decir no se puede establecer estándares maximizados de motivación que signifiquen una aplicación correcta del derecho por parte del juez, lo que conlleva a que para considerar motivada una decisión el juez no puede cometer una equivocación en la aplicación normativa, pues pueden existir casos de error por parte del administrador de justicia, los que como ya lo hemos dicho pueden minimizarse con el apoyo de tecnologías concretas aplicadas al derecho y en particular a la administración de justicia; pero, dichos errores bajo ningún concepto deben formar parte del deseo del juez, pues su deseo debe ser siempre el ideal de justicia, aplicando el derecho, argumentándolo de acuerdo a la experiencia de la profesión, al conocimiento pero siempre con un fuerte apego a la ética, que en la carrera jurisdiccional nos permitirá alcanzar el ideal de justicia.

Este ideal de justicia requiere un sistema organizado y moderno con introducción de elementos tecnológicos que la permita al juez conjugar en el proceso los hechos presentados por las partes, las pruebas que puedan aportar, su conocimiento del derecho y así llegar a una determinación que se verá reflejada en un fallo; Carlos Bernal Pulido nos dice:

*“En el mundo jurídico global cada día se acepta más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios”*¹⁵

Por lo dicho, podemos afirmar que el juzgador tendrá también dos procedimientos para la incorporación del derecho a los hechos que son materia de la acción, y por ende resolver el conflicto, todo dependerá de lo que se quiera aplicar, el autor citado expresa que las reglas se aplican a través de la subsunción, en tanto los principios se aplican a partir de la ponderación.

Esta diferenciación cobra sentido al entender que las reglas, en su construcción, establecen premisas que pueden cumplirse o no; es decir se marca un hecho determinado como proposición, y dicha conducta tendrá una consecuencia jurídica, consecuencia que dicho sea de paso está establecida en la ley, de esta manera las conductas que cumplan el presupuesto establecido como regla, serán sujeto de la consecuencia establecida en la ley, y a esto se le puede llamar subsunción; dicho de otra forma, cuando los hechos suscitados caen dentro del presupuesto factico entonces cabe aplicar la consecuencia establecida en la ley, derecho, así los hechos se subsumen al derecho y tenemos una respuesta, ya establecida como consecuencia.

Por el otro lado, está la ponderación, que consiste en un trabajo para encontrar la respuesta a un principio que es un concepto mucho más abstracto y que no tiene la misma construcción que la regla, es decir no tiene un presupuesto factico y una consecuencia establecida, sino que al ser abstracto supone *per se* una mayor discrecionalidad del juez en la aplicación de los principios como base normativa para resolver un conflicto, y es allí donde entra con mucha fuerza la ética y la formación del juzgador.

Esta distinción entre reglas y principios nos lleva a afirmar que la inteligencia artificial, como herramienta en la administración de justicia, puede ser capaz de aplicar perfectamente procedimientos de subsunción, porque se puede obtener elementos primos que permitan una

¹⁵ Miguel Carbonell, *argumentación jurídica el uso de la ponderación y la proporcionalidad* (Quito editora jurídica, 2015), 59.

conclusión, es decir todo está preestablecido, más, el administrador de justicia no solo es un aplicador de derecho, sino el encargado de resolver el conflicto y existen muchos casos abstractos cuya resolución supone un ejercicio interior mayor para ponderar la decisión más justa y que satisfaga enteramente al derecho, pues en esta línea, la inteligencia artificial se queda corta por su ausencia de espíritu.

La esencia de la administración de justicia, es la base de la justicia misma como valor, lo que permite en este escenario decisiones muchas veces moduladas a la realidad de las personas que claman justicia y no solo fallos plenos de derecho, pero carentes de espíritu.

Conclusión

Las sociedades evolucionan y tornan al derecho dinámico en base a nuevas necesidades que se generan, provocando una evolución normativa constante, por consecuencia la aplicación del derecho también cambiante, debe contar con procesos mutables que se adecuen a las necesidades de la ciudadanía. Ahora se vive la era de la inmediatez, pues todo es raudo, veloz, tal vez a costo de pérdida de relaciones interpersonales directas, hay una realidad que nos comunica y nos acerca estando a miles de kilómetros, para la administración de justicia es un reto estar a la vanguardia tecnológica con sistemas aplicados en inteligencia artificial y herramientas eficientes, tanto para respuestas inmediatas a las inquietudes de los usuarios, cuanto como herramienta de apoyo para los usuarios internos del sistema, operadores de justicia, quienes puedan contar con elementos que aporten seguridad y contribuyan con agilidad en el servicio.

En este mundo cambiante, atiborrado de tecnología, la ética procesal es esencial para preservar la integridad del sistema de justicia y garantizar que se la administre de manera justa y equitativa, acorde a las necesidades de los ciudadanos, así todos los partícipes de esta rama jurídica, abogados, jueces, operadores de justicia, deben adherirse a estos principios éticos en procura de mantener la confianza en el sistema y proteger los derechos de las personas involucradas en procesos judiciales.

La justicia al igual que la ética, son valores que necesitan ser interiorizados como sentimiento para que puedan ser ineludables en este mundo cambiante, aún más para el juez que es quien administra la justicia, por lo que será ideal alcanzar una idea filosófica de *querer ser* y no solo ser.

Parafraseando el pensamiento filosófico de Friedrich Nietzsche, quien esboza su propia idea de lo que él ha denominado el “*súper hombre*”, en la idea central de esta filosofía, la posibilidad de convertirse en un súper humano se basa en la posibilidad de que un ser humano común tenga la capacidad interior de crear y establecer para sí mismo, con consecuencias directas en su entorno, su propio sistema ético individual, es interesante acotar que esta filosofía lleva implícita la posibilidad de mutar valores preestablecidos a lo que Nietzsche les da la calidad de tradiciones morales; este pensamiento deja ver la posibilidad de cambiar esta naturaleza propia de los individuos y así dominarse como ser a partir de su propia voluntad.

Nietzsche, en su filosofía del súper hombre revela un proceso de metamorfosis para llegar al “*querer ser*”, en síntesis hay tres estados para llegar hasta el punto de dominarse uno mismo, el primer estado es el que el filósofo lo ha determinado como un camello, que es quien sigue la moralidad tradicional, sin preocuparse el porqué de las cosas o de las condiciones morales aprendidas por tradición; en el segundo estado se encuentra la metamorfosis de camello a

león, aquí se encuentra un ser revolucionario, valiente, consiente que lucha contra la imposición moral tradicional, entendiendo el porqué de dichas conductas marcadas, esta etapa de metamorfosis pensada por el filósofo alemán, deja ver que para crear una concepción real, interior, con una conciencia de lo que significa la ética, es necesario replantearse y enfrentar lo tradicional como un león con sabiduría, para alcanzar un estado de conciencia y entendimiento verdadero de la ética.

Finalmente, alcanzado este entendimiento se llegará a la fase final de la metamorfosis, pasando de un león a un niño, como representante de creación y pureza, apartado de egoísmos e intereses personales que puedan desviar su comportamiento ético y luego de este proceso convertirse en un súper humano capaz de con su propia voluntad “*querer ser*” y dejar de lado la filosofía impuesta de deber ser, pues el querer hacer las cosas de manera correcta con conciencia ética trasladado al plano de la administración de justicia permitirá contar con súper jueces o mejor dicho contar con jueces súper éticos con valores ineludables que enaltecerán la justicia.

En definitiva, no se trata de ser más abogados, se trata de ser más humanos en un mundo robotizado.

Bibliografía

- Carnelutti, F. (2014) *cómo se hace un proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rouhiainen, L. (2018). *inteligencia artificial 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*. Barcelona: Editorial Planeta, S.A.
- Cardona, J. (2020). *la valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales*, Bogotá; grupo editorial Ibañez.
- Carbonell, M. (2015). *argumentación jurídica el uso de la ponderación y la proporcionalidad*. Quito editora jurídica.
- Sánchez Pascual, Andrés., Nietzsche, Friedrich. *Así habló Zaratustra: un libro para todos y para nadie*, (España: Alianza Ed., 1990)

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Sentencia No. 117-14-SEP-CC, caso N° 1010-11-EP

Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021

NORMATIVA

Constitución de la República del Ecuador.

Código Orgánico General de Procesos (Ecuador).

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Código Iberoamericano de Ética Judicial.

SECCIÓN V

DERECHO AMBIENTAL

Capítulo 14

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRANSGÉNICOS EN EL ECUADOR DESPUÉS DE LA SENTENCIA CCE NO. 22-17-IN Y ACUMULADOS-2022

Mónica Alejandra Angulo Pozo

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

maangulo1@pucesi.edu.ec

Cristian Fernando Espinosa Cevallos

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

cfespinosa1@pucesi.edu.ec

Carlíx de Jesús Mejías

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

cdmejias@pucesi.edu.ec

Edgar Vinicio García Acosta

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

evgarcia@pucesi.edu.ec

Resumen

El tema de los transgénicos es un campo temático que siempre ha generado controversia y discusión; específicamente, en materia de inocuidad. En el Ecuador, ante la duda o la incertidumbre, se regula su ingreso a partir del principio de precaución, el cual orienta el diseño y aplicación de las políticas públicas tanto ambientales, como alimentarias. La Constitución prohíbe las tecnologías y los organismos genéticamente modificados que puedan afectar la salud humana, la soberanía alimentaria y los ecosistemas. En consecuencia, prohíbe en términos relativos el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al país, excepto en caso de interés nacional y previo cumplimiento del procedimiento previsto en la Constitución. Sin embargo, la legislación secundaria sobre la materia autorizó su ingreso, sin la aplicación del referido procedimiento, lo cual provocó varias demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la cual finalmente se pronunció en el sentido de dichas pretensiones en su sentencia dictada en el año 2022. En este contexto, el objetivo de este trabajo fue evaluar la actual situación del régimen jurídico de los transgénicos en el Ecuador después de la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley correspondiente, mediante el análisis y la interpretación correspondiente, con el fin de comprender el alcance de dicha sentencia en el ordenamiento jurídico nacional. El enfoque de este trabajo fue cualitativo y su nivel de profundidad descriptivo. Los métodos utilizados fueron el analítico y el hermenéutico. La técnica principal aplicada fue la documental. Después de las consideraciones pertinentes, se concluyó que la Corte Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 56 de la referida Ley, cumplió con su deber de control de la supremacía de la Carta Fundamental. En consecuencia, a partir de esta Sentencia, el artículo 56 de dicha Ley recuperó su redacción original y el artículo 401 de la Constitución recuperó su pleno vigor jurídico. De esta manera, se restableció el ordenamiento jurídico nacional alterado.

Palabras Clave: precaución, transgénicos, Ecuador, Sentencia Constitucional.

ABSTRACT

The issue of transgenics is a thematic field that has always generated controversy and discussion; specifically, in terms of safety. In Ecuador, in the event of doubt or uncertainty, their entry is regulated based on the precautionary principle, which guides the design and application of both environmental and food public policies. The Constitution prohibits technologies and genetically modified organisms that may affect human health, food sovereignty and ecosystems. Consequently, it prohibits in relative terms the entry of genetically modified seeds and crops into the country, except in cases of national interest and prior compliance with the procedure provided for in the Constitution. However, the secondary legislation on the matter authorized its entry, without the application of the aforementioned procedure, which caused several claims of unconstitutionality before the Constitutional Court, which finally ruled in the sense of said claims in its ruling issued in the year 2022. In this context, the objective of this work was to evaluate the current situation of the legal regime of GMOs in Ecuador after the Judgment declaring the unconstitutionality of article 56 of the corresponding Law, through the corresponding analysis and interpretation, with the in order to understand the scope of said ruling in the national legal system. The focus of this work was qualitative and its level of depth was descriptive. The methods used were analytical and hermeneutical. The main technique applied was documentary. After pertinent considerations, it was concluded that the Constitutional Court, by declaring the unconstitutionality of article 56 of the aforementioned Law, fulfilled its duty to control the supremacy of the Fundamental Charter. Consequently, as of this Sentence, article 56 of said Law recovered its original wording and article 401 of the Constitution recovered its full legal force. In this way, the altered national legal system was reestablished.

Keywords: caution, transgenics, Ecuador, Constitutional Sentence

Introducción

El tema de los transgénicos u organismos genéticamente modificados (OGM) siempre ha generado controversia, tanto en el marco nacional, como en el internacional, cuyo debate centra su atención en su inocuidad o repercusión sobre la salud de las personas o sobre el ciclo biológico de los ecosistemas. Un sector sostiene que su consumo produce consecuencias peligrosas para las personas, el ambiente y la biodiversidad; mientras otro afirma que no existe certeza científica alguna de sus perjuicios contra la salud y la biodiversidad. De todas maneras, ante la duda y la incertidumbre, algunos países han optado por la prudencia en su regulación; como es el caso del Ecuador.

Ciertamente, en el referido debate se destaca la falta de certeza científica de los efectos de los transgénicos, lo cual implica una señal de advertencia y prudencia, que encuadra en los supuestos del principio de precaución previsto en la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), en la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semilla y Fomento de la Agricultura Sustentable (LOASFAS), así como en el Código Orgánico del Ambiente (COA, 2017), cuya regulación evidencia la especial protección que el país tiene de su rica biodiversidad (artículo 395 CRE). En efecto, la precaución es el principio que orienta la política nacional en materia de biodiversidad, ambiental y alimentaria. En este orden de ideas, pretende evitar la configuración de riesgos o situaciones imprevisibles, signadas por la duda y la incertidumbre.

En este contexto, el artículo 401 (CRE) estableció como regla general una prohibición relativa del ingreso de cultivos y semillas transgénicas al país, cuya excepción procederá solamente

en caso de interés nacional, debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional. Este precepto fue desarrollado por la Ley (LOASFAS, 2017), cuyo artículo 56 autorizaba el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al país para ser utilizados con fines investigativos, sin necesidad de aplicar el procedimiento previsto en la Constitución. Ahora bien, el referido artículo de la Ley fue objeto de varias demandas ante la Corte Constitucional, la cual se pronunció mediante la sentencia No. 22-17-IN y acumulados, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 e incluyó también los artículos 28, 35 y 55 de la LOASFAS.

En virtud de lo antes expuesto, el objetivo de este trabajo fue evaluar la actual situación del régimen jurídico de los transgénicos en el Ecuador después de la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley correspondiente, mediante el análisis y la interpretación correspondiente, con el fin de comprender el alcance de dicha sentencia en el ordenamiento jurídico nacional.

Métodos

El enfoque de este trabajo fue cualitativo, porque correspondió a una investigación documental, que seleccionó y analizó datos que permitieron cumplir con los objetivos propuestos, utilizando descripciones e interpretaciones de la información obtenida mediante técnicas abiertas y flexibles. El nivel de profundidad fue descriptivo porque no solamente implicó analizar e interpretar la Sentencia de la Corte Constitucional, sino que también describió la relación del principio de precaución con la regulación de los transgénicos, lo cual implicó identificar su correspondiente régimen jurídico vigente en el Ecuador, con el fin de evidenciar la nueva situación de la ley correspondiente (LOASFAS) después de la referida Sentencia constitucional.

Los métodos utilizados fueron el analítico y el hermenéutico. El primero permitió desglosar y analizar el contenido tanto de la norma constitucional, como de la referida legislación secundaria reguladora de los transgénicos; mientras tanto, el segundo permitió interpretar el contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico nacional.

La técnica fundamental utilizada fue la documental, la cual correspondió a una revisión y selección de artículos de revistas científicas y algunos libros disponibles en repositorios físicos o digitales, cuyo instrumento estuvo representado por fichas bibliográficas, tanto textuales como de resumen. De igual manera, como apoyo, se aplicó una entrevista tanto a docentes de la Escuela Ciencias Agrícolas y Ambientales (ECA) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Ibarra, como a un exmagistrado de la Corte Constitucional del Ecuador.

Resultados y discusión

Consideraciones previas sobre el principio de precaución

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente o Conferencia de Estocolmo (Naciones Unidas, 1972) es, sin duda alguna, la de mayor proyección internacional, cuyo contexto incluyó el principio de precaución, el cual subyace en las directrices que orientaron la normativa ambiental desarrollada en los países miembros. (Arcila, 2009). En el siguiente encuentro internacional, la Declaración de Río de Janeiro de 1992, se redactó la advertencia de que “cuando haya peligro de algún daño grave e irreversible, la falta de certeza científica

absoluta no deberá utilizarse como razón para posponer la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (Principio 15).

En 1998 se realizó la reunión de Wingspread (Estado de Wisconsin-USA), la cual trató el tema del principio de precaución que formó parte de la Declaración de Wingspread. Años después, surgió en Latinoamérica el Protocolo de Cartagena del Convenio sobre Seguridad de la Biotecnología (2002).

Frente a la fuerza expansiva de las nuevas tecnologías, el principio precautorio funciona como una señal de alarma. De allí que Embid (2009) comentó que dicho principio nació como una necesidad de racionalizar las decisiones tomadas en un contexto protagonizado por las nuevas tecnologías y los posibles riesgos que ellas implicaban. De esta manera, “se configuran en torno a dicho principio diferentes técnicas jurídicas destinadas a combinar la necesidad de decisiones efectivas para prevenir graves riesgos para el medio ambiente y la salud y seguridad humana” (Embid, 2009, p.88).

De igual manera, Bonamigo, (2010), en su investigación sobre la precaución y su expresión en términos de un nuevo principio bioético y biojurídico, destacó la importancia de la declaración de la UNESCO (2005) de reconocer la precaución como un principio general del derecho. “Las aplicaciones explicitadas en el documento amplían su ámbito de actuación para distintas áreas: desarrollo sostenible, protección al medio ambiente, salud, seguridad alimentaria” (Bonamigo, 2010, p.351).

El principio de precaución es una perspectiva de gestión ambiental y una forma de advertir riesgos en el uso de las nuevas tecnologías, que permitió a los Estado la facultad de señalar límites y medidas de bioseguridad para evitar actividades que generen dudas e incertidumbre científica. De allí que implique un conjunto de acciones orientadas a reducir los posibles impactos negativos sobre el ambiente y salud humana. Es decir, es una tendencia de cuidado y protección del entorno natural y humano en el marco del desarrollo sostenible (Tacuri y Valarezo, 2019).

La Constitución, a partir de su artículo 15, estableció que “El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto.” En este sentido, “prohibió contaminantes orgánicos tóxicos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud o que afecten la soberanía alimentaria y los ecosistemas” (artículo 15 CRE). De igual manera, el artículo 73 (CRE) autorizó al Estado aplicar “medidas de precaución y restricción a las actividades que puedan ... destruir los ecosistemas o alterar sus ciclos naturales. [Además], prohibió introducir material orgánico e inorgánico que pueda modificar ... el patrimonio genético nacional”.

En efecto, “En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas eficaces y oportunas.” (artículo 396 CRE). De allí que exista una especial protección de la naturaleza y una rigurosa política pública frente a los riesgos que se puedan derivar de la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de biodiversidad nacional. La definición del principio de precaución está contenida en el numeral 7 del artículo 9 del Código Orgánico del Ambiente (COA):

Quando no exista certeza científica sobre el impacto o daño que supone para el ambiente alguna acción u omisión, el Estado a través de sus autoridades competentes adoptará medidas eficaces y oportunas destinadas a evitar, reducir, mitigar o cesar la afectación. Este principio reforzará al principio de prevención.

La precaución y la prevención son principios claves de la política ambiental nacional e internacional. La aplicación del primero, como se ha dicho, no exige certeza absoluta del riesgo o peligro que se busca evitar para proteger el bien tutelado; mientras el segundo, sí requiere que haya certeza de que, en efecto, sucederá lo anunciado si no se toma la decisión pertinente. La definición legal del principio es el siguiente (numeral 8 del Artículo 9 COA):

Cuando exista certidumbre o certeza científica sobre el impacto o daño ambiental que puede generar una actividad o producto, el Estado a través de sus autoridades competentes exigirá a quien la promueva el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir, mitigar y cesar la afectación.

En síntesis, el principio de precaución está expresado en el ámbito nacional a partir del segundo Inciso del artículo 73 CRE, del artículo 396 CRE y numeral 4 del artículo 395 CRE, los cuales fundamentan el contenido del artículo 401 CRE, que establece la prohibición relativa del ingreso de material transgénico al Ecuador; excepto en caso de interés nacional y previo cumplimiento del correspondiente procedimiento constitucional

Consideraciones previas sobre los transgénicos

Desde un comienzo, el ser humano intentó mejorar las plantas y adaptar los animales a la vida sedentaria y agrícola. En efecto, “el paso de la vida nómada a la sedentaria o agrícola, estuvo precedida por la “domesticación” de plantas y animales –escogiendo las variedades más interesantes para reproducirlas y para cruzarlas más adelante–, lo cual iniciará un proceso de selección artificial” (Fontana, 1999, p.90). Esta tendencia se mantiene en los avances de la biotecnología, cuya expresión actual son los organismos genéticamente modificados o transgénicos, los cuales son parte del debate tanto nacional como internacional, el cual centra la discusión en su inocuidad y en las posibles consecuencias sobre la salud y la biodiversidad. Sobre este tema, en Nairobi en el 2000, se firmó el Protocolo de Bioseguridad y cada país firmante se comprometía a legislar sobre la materia y, en consecuencia, mantener la seguridad en el uso y comercialización de los productos transgénicos.

Aunque la investigación de Larach (2001) data de años atrás, es importante su referencia para conocer el proceso de negociación y posterior aprobación del Protocolo de Bioseguridad, así como las discusiones sobre la aceptación del principio precautorio en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC):

Los organismos transgénicos involucran aspectos contradictorios. Por una parte, la manipulación genética de cultivos permite el desarrollo tanto de productos con toxinas insecticidas, disminuyendo el uso de defensivos agrícolas que pueden dañar el medio ambiente como de alimentos con propiedades vitamínicas y proteicas, que pueden mejorar los indicadores sociales en los países en desarrollo. Por otra parte, el negocio de la ingeniería genética está concentrado en un número reducido de grandes empresas multinacionales agroquímicas y farmacéutica y los efectos de los cultivos transgénicos sobre los ecosistemas no son aún conocidos (p.5).

Esta investigación analizó las ventajas y desventajas del uso de material transgénico con fines de consumo humano. “Entre las ventajas, está el incremento de la producción de alimentos, que puede ser una solución al problema mundial de su escasez, porque hasta ahora se desconoce la existencia de efectos nocivos para la salud humana que se hayan identificados” (p.5).

El tema de la biotecnología será siempre, sin duda alguna, un reto para el derecho. En el caso de los transgénicos, aunque su discusión es actual, su experiencia se remonta a la aparición

de la agricultura y el comienzo de la selección de las plantas para el consumo humano y domesticar animales como herramienta de trabajo y como sustento. Pero el tema cobró fuerza a partir del desarrollo de la biotecnología. En cuanto a los transgénicos, Amat (2008) advirtió algunos problemas, entre ellos la poca transparencia e información sobre la biotecnología:

Tales factores han llevado a la conformación de un estado de incertidumbre en buena parte de los ciudadanos, respecto a la aplicación de la biotecnología en agricultura y en el desarrollo alimentario, circunstancia que ha sido “conveniente” aprovechada desde distintos ámbitos sociales y grupos de presión para inducir a la opinión pública y a los consumidores a un mar de confusiones y de temores, muchas veces, infundados, inexactos o directamente falsos (2008, p.17).

El tema de los transgénicos, como se sabe, forma parte de la discusión tanto en Europa, como en Sur América. En el primer ámbito, Puigdomenech (2013) se propuso determinar si estaban justificadas las restricciones europeas en materia de transgénicos; mientras tanto, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) promovía la investigación de Bárcena, Katz, Morales y Schaper (2014), la cual “analizó las potencialidades de los cultivos transgénicos y sus posibles efectos adversos sobre el medioambiente y la salud humana y animal” (pág. 11).

La biotecnología, según el Código Orgánico del Ambiente del Ecuador, es “Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.” (Glosario, 2017, p. 102). Modernamente, se entiende en los siguientes términos:

... la aplicación de técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional (Glosario, p.102).

Desde hace años, como se ha dicho, “los seres humanos han estado modificando el genoma de animales y vegetales. Por ejemplo, el trigo ordinario es una creación cien por ciento humana. De hecho, nunca podría haber sobrevivido en condiciones naturales, ya que sus semillas no se dispersan.” (Freedman, 2013, p. 78).

La diferencia entre las técnicas de transgénesis y los procedimientos tradicionales reside en que estos últimos suelen intercambiar o alterar grandes cantidades de genes. La transgénesis, en cambio, permite insertar en el genoma de una planta un único gen (o un pequeño grupo de ellos), procedente de otra especie vegetal o incluso de una bacteria, un virus, o un animal.” (Freedman, 2013, p. 74).

Sin embargo, los transgénicos aún son cuestionado por un sector de la ciencia y lo consideran como el resultado de mucha ingenuidad científica, porque los genes pueden cambiar de múltiples formas. Mientras otro sector sostiene que esta discusión ya no tiene sentido, porque hace años los científicos consignaron pruebas “absolutorias” de los transgénicos; no obstante, todavía siguen las mismas objeciones de hace más de cuarenta años.

Con independencia de quien tenga razón, hay algo innegable: a pesar de la abrumadora cantidad de estudios que indican que los transgénicos son seguros para el consumo, el debate sobre su uso continúa haciendo estragos. Los escépticos argumentan que no cabe hablar de exceso de precaución cuando lo que estamos haciendo es jugar con las bases genéticas del suministro mundial de alimentos. Pero para los investigadores como Goldberg, la persistencia de los temores sobre los OMG resulta poco menos que desesperante: “A pesar de cientos

de millones de experimentos genéticos efectuados sobre organismos terrestres y los miles de millones de comida que se han ingerido sin causar ni un solo problema, hemos regresado a la ignorancia” (Freedman, 2013, p. 72).

Ahora bien, aunque no haya evidencia científica que descalifique a los transgénicos, el derecho acudió al principio de precaución como una forma de advertencia ante posibles riesgos evitables. De allí que cada Estado tiene la facultad de permitir o rechazar el ingreso de transgénicos en su territorio, aplicando medidas oportunas y eficaces. La importancia de la regulación de los transgénicos dentro del Ecuador fue destacada por Santos (2013):

Es indispensable que exista un marco regulatorio de los transgénicos en el país que cubra los aspectos de investigación, incluyendo pruebas en invernadero y campo; y, asimismo, en la liberación de transgénicos al ambiente. Es imperativo que se trate caso por caso, ya que un evento transgénico es diferente a otro dependiendo de los genes que se introduzcan y de las especies que se mejoren. La ingeniería genética es una herramienta que puede ser usada como una alternativa para la mejora genética de los cultivos; como, por ejemplo, el de desarrollar plantas de banano resistentes a la Sigatoka negra. La Sigatoka negra afecta en gran medida la productividad del banano (p.79).

En efecto, al Ecuador no se le puede privar el desarrollo o evolución científica simplemente por especulaciones; sin embargo, es razonable la prudencia y el cuidado que el Estado debe tener sobre dicha materia.

Casquier y Ortiz (2017) “analizaron, desde la bioética, el impacto del uso de la biotecnología moderna en el mejoramiento transgénico de los cultivos”:

La única forma de solucionar el problema de alimentar a la población mundial, sin destruir el medio ambiente, es teniendo una agricultura más productiva, incrementando los rendimientos de las explotaciones, pero a la vez educando a los agricultores, a los empresarios y a los consumidores. La ventaja que nos da esta nueva agricultura biotecnológica es que, a pesar de todas las objeciones que se le presentan, parece que va a ser la llamada a contribuir con la conservación de la biodiversidad (p. 299).

Ningún país debería mantenerse al margen del desarrollo científico, pero el uso de este desarrollo no debe responder a intereses particulares, sino a los intereses de la humanidad en su conjunto. Se debe también respetar la naturaleza, pero eso no significa dejarla tal como está, hay que conocerla, aprender de ella y usarla para nuestro beneficio, ya que la vida depende de ella para seguir existiendo (p. 300).

Cabrera et al., (2021) comentan que en los países en los que su legislación prohíbe el ingreso de cultivos transgénicos, no se prohíbe su consumo, como el caso de Ecuador. Ahora bien, quizás ello se deba a que “a pesar de la controversia ... la Organización Mundial de la Salud (OMC) mantiene que los alimentos modificados genéticamente actuales disponibles en el mercado internacional han pasado las evaluaciones de seguridad y es improbable que presenten riesgos para la salud.” (García y Hernández, 2023, p.111).

En cuanto a la discusión sobre la inocuidad, según los técnicos del agro Santiago Mafla, Lenis Beruti y Maritza Mier (2023, enero), los transgénicos no representan riesgo alguno, por cuanto que fueron creados con el propósito de mejorar y potenciar las propiedades de un producto, originando varios beneficios, especialmente para la agricultura”. En todo caso, no existen pruebas científicas, ni estudios comprobados que sostengan que estos sean perniciosos para la salud del hombre, ni mucho menos perjudiciales para la Naturaleza. En realidad, sostuvo

Berutti, “las afirmaciones condenatorias de los transgénicos son motivadas, generalmente, por el desconocimiento de la materia, porque realmente no existen estudios científicamente comprobados que las validen”.

En cuanto al riesgo de perder la originalidad de la biodiversidad, Santiago Mafla sostuvo que “actualmente ese riesgo existe con el ingreso de productos como la papa, que se importa desde Colombia y que posee características distintas a la papa nativa del Ecuador, que no necesariamente transgénicos”. Con respecto a la introducción de transgénicos en el agro para la elaboración de productos destinados al consumo interno y externo, los entrevistados comentaron que en el Ecuador existe una variedad de productos que contienen transgénicos y que son consumidos por la población, porque forman parte de la dieta alimenticia de animales para el consumo humano. “Lo que hace falta es que se cumpla con el etiquetado de todos los productos que contienen o son elaborados con material transgénico, lo cual se corresponde con el derecho del consumidor a la información de los productos ofrecidos en el mercado.”

En síntesis, según los técnicos del agro, los transgénicos no representan peligro alguno para la biodiversidad ni para la salud de las personas; sin embargo, ante la duda y la incertidumbre, de todas maneras, la legislación nacional optó por la prudencia y precaución, lo cual se reflejó en la redacción del artículo 401 CRE, que estableció una prohibición relativa de los transgénicos; es decir, no cerró la posibilidad de su ingreso al país, sino que sólo la sometió a un procedimiento específico. En este sentido, dicho artículo estableció la prohibición relativa como la regla; pero al mismo tiempo pautó su correspondiente excepción de permitir el ingreso, previo cumplimiento del debido procedimiento.

La Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, semillas y fomento de la Agricultura Sustentable (LOASFAS) pretendió desarrollar el referido precepto constitucional en su artículo 56, permitiendo el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, únicamente para ser utilizados con fines investigativos; pero sin seguir el procedimiento establecido en la Constitución para tal efecto, lo cual fue resuelto por la sentencia de Corte Constitucional del Ecuador (2022).

El régimen jurídico de los transgénicos y la Sentencia CCE No. 22-17-IN

El régimen jurídico de los transgénicos en Ecuador está representado, fundamentalmente, por la Constitución, la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable, el Código Orgánico del Ambiente y su correspondiente Reglamento. En este contexto, el artículo 401 CRE declaró al “Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas; excepcionalmente y solamente en caso de interés nacional, debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrá introducir transgénicos al país”.

El artículo 56 de la referida Ley (LOASFAS) tenía el siguiente contenido:

Se permite el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, únicamente para fines investigativos. En caso de [que] se requiera el ingreso para otros fines distintos, se deberá seguir el procedimiento establecido en la Constitución para tal efecto.

Constituyen infracciones especialmente muy graves, el ingreso o uso no autorizado de semillas y cultivos genéticamente modificados para cualquier fin que no sea el de investigación científica.

Sin embargo, la versión original del artículo 56 de la LOASFA, establecía lo siguiente: “Constituye infracción especial muy grave introducir, tener, intercambiar o comercializar semillas o cultivos genéticamente modificados, sin contar con la autorización prevista en la Constitución de la República.” Dicho contenido fue modificado a partir de la objeción presidencial, por lo que se incluyó tanto una norma referente al permiso para ingresar materiales transgénicos, como otra relacionada con la infracción por ingresar dicho material al país sin autorización alguna.

En efecto, el artículo 56 de la Ley (LOASFAS), en el capítulo III de las infracciones por introducción de semillas y cultivos transgénicos, permitía el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, únicamente para ser utilizados con fines investigativos; pero en caso de se requiera el ingreso para otros fines distintos, se deberá seguir el procedimiento establecido en la Constitución para tal efecto. Seguidamente, estableció que “Constituyen infracciones especiales muy graves, el ingreso o uso no autorizado de semillas y cultivos genéticamente modificados para cualquier fin que no sea el de investigación científica.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017).

De la lectura del referido artículo se evidencia que la Ley había incluido una “excepción” a la “excepción” ya prevista en el artículo 401, el cual establece como regla la prohibición relativa del ingreso al país libre de semillas y cultivos transgénico. Esta excepción, como se ha dicho, es solamente en casos de interés nacional y previo cumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución. Pues bien, la pretendida “excepción de la excepción” incluida en la referida Ley, autorizaba el ingreso de semillas y cultivos transgénicos para fines investigativos, sin seguir el procedimiento constitucional.

El caso es que a partir de la aprobación de la referida Ley (LOASFA), surgieron controversias sobre la autorización de ingreso al Ecuador de semillas y cultivos transgénicos con fines investigativos, las cuales se tradujeron en demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, por cuanto la Ley inobservaba las disposiciones constitucionales. Entre las acciones presentadas, estaban las siguientes:

- Demanda en contra del artículo 56 LOASFAS, presentada por Ramiro Ávila Santamaria y otros abogados (27/09/2017), exigiendo la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 de LOASFA, porque vulneraba varios artículos constitucionales: 1, 57, 95, 103, 104, 105, 136, 138 y 401 (Corte Constitucional del Ecuador No. 0053-17-IN).
- Demanda presentada por Carlos Pérez, presidente de “Ecuador Runakunapak Rikcharimuy, Ecuarunari” y Blanca Chancoso (13/06/2017), solicitando la declaración de inconstitucionalidad del mismo artículo de la LOASFAS, porque violaba artículos constitucionales: 13, 14, 15, 73, 84 numeral 2, 281, 396, 400, y 401. (Corte Constitucional del Ecuador No. 0037-17-IN).

La LOASFAS entró en vigencia en el año 2017 y seguidamente se presentaron las correspondientes demandas de inconstitucionalidad. Luego, después de cinco años, aproximadamente, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 56, 28, 35 y 55 de la referida Ley, reordenando su contenido para adaptarlo a la razón y propósito del artículo 401 de la CRE. En los casos No. 22-17-IN y acumulados, el 12 de enero 2022, en virtud de la presentación de acciones públicas de inconstitucionalidad del artículo 56 de la LOASFAS, emitió una decisión mediante sentencia expulsando dicho artículo del ordenamiento jurídico nacional, cuya nueva redacción se leerá como sigue: “Constituyen infracciones especiales muy graves, el ingreso o uso no autorizado de semillas y cultivos genéticamente modificados” (Sentencia, 2022, p. 56).

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 de dicha Ley (conjuntamente con otros artículos relativos al manejo de semillas y cultivos transgénicos). A partir de aquí, los artículos 55, 56, 28 y 35 de la LOASFAS guardan conformidad con lo determinado en el artículo 401 de la CRE; es decir, mantiene la prohibición del ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional del Ecuador en términos generales, con la correspondiente excepción prevista en el propio texto constitucional. La sentencia de la Corte Constitucional se publicó en el Registro Oficial el 18 de julio 2022, en la Edición Constitucional 54 (Corte Constitucional del Ecuador, 2022).

En el análisis constitucional, párrafo 71, la CCE realizó el control formal de constitucionalidad al artículo 56 de la LOASFAS, preguntándose si “La permisión del ingreso de cultivos y semillas transgénicos, que consta en el artículo 56 de la LOASFAS, siguió el trámite previsto en la Constitución; y que, por lo tanto, sería constitucional por la forma.” En consecuencia, la respuesta fue la siguiente:

La permisión para el ingreso de semillas y cultivos transgénicos “para ser utilizados con fines investigativos” que indica el texto del artículo 56 de la LOASFAS impugnado fue introducida por la Presidencia de la República a través de su facultad como legislador por medio de una objeción parcial en el trámite legislativo para la formación de una ley orgánica, como lo es la LOASFAS. Adicionalmente, el artículo 401 de la CRE contempla una declaración general que señala que el Estado ecuatoriano es libre de cultivos y semillas transgénicas, pero coloca como excepción a esta declaratoria que el ingreso puede permitirse por medio de la Presidencia de la República, cuando haya “interés nacional” que además cumpla con una debida fundamentación y con la aprobación de la Asamblea Nacional. Por lo que es claro que el texto constitucional coloca como una excepcionalidad el posible ingreso de semillas y cultivos genéticamente modificados, mediando condiciones obligatorias para que sea procedente dicha excepción. Sin embargo, este artículo no prevé un trámite específico para que dicha excepcionalidad sea procedente (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-17-IN y acumulados, 2022, párr. 73).

La Corte declaró que la excepción constitucional para el ingreso de semillas y cultivos transgénicos no podría ser incluido en una ley, sino mediante trámite especial previsto en la propia Constitución:

Dada la especificidad de la disposición constitucional, no podía ser viabilizada a través de una ley de carácter general y abstracta. Por tanto, sobre la base del artículo 226 de la CRE, no fue pertinente que la Presidencia de la República propusiera la excepcionalidad en el proceso de formación de una ley, ni que la Asamblea la aprobara. Lo cual hace que la permisión que consta en el artículo 56 de la LOASFAS sea inconstitucional por la forma, en virtud de que no respetó ni cumplió el trámite que debió haberse seguido.

Además, La Ley Orgánica de la Función Legislativa (2009) establece en su artículo 48 que, entre las facultades de la Asamblea nacional, está tramitar la solicitud del ingreso de material genéticamente modificado: El pleno de la Asamblea Nacional, en dos debates, aprobará o rechazará, con la mayoría absoluta de sus integrantes, la petición de la presidente o presidente de la República en relación con la introducción de semillas y cultivos transgénicos.

En todo caso, después de la Sentencia No. 22-17-IN que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la referida Ley; especialmente el artículo 56, el cual recuperó el contenido de su redacción original, referido a las infracciones por ingresar semillas y cultivos transgénicos al país sin autorización alguna. En consecuencia, se rescató el pleno vigor del artículo 401 de la Constitución, porque se armonizó la regulación legislativa con la previsión constitucional. Es

decir, la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 28, 35, 55 y 56 de la LOASFAS, significó la recuperación del rango y la supremacía de la Constitución.

Finalmente, habiéndose determinado la inconstitucionalidad del artículo 56 de la LOASFAS, la Corte expresó que era necesario expulsar del ordenamiento jurídico la norma relacionada con la permisión, porque no observaba el trámite para su configuración. El párrafo 82 de la referida sentencia, aclaró que la decisión que tiene efecto inmediato. “Por lo tanto, cualquier investigación o proceso de importación iniciados al amparo del artículo 56 de la LOASFAS que actualmente se estén ejecutando podrán finalizar, sujetándose a todas las disposiciones emitidas por las autoridades competentes para mantener la bioseguridad”:

...A partir de la notificación de esta sentencia, entrará en vigencia el texto de la sanción y no podrá iniciar ninguna otra investigación e importación relacionada sin que primero haya existido el trámite pertinente según lo analizado en este acápite. Este Organismo considera que, por la determinación de este vicio formal, no resulta pertinente pronunciarse sobre los demás cargos relacionados con la inconstitucionalidad por la forma o por el fondo. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-17-IN y acumulados, 2022, párr. 82).

La sentencia de la Corte Constitucional, finalmente, se publicó en el Registro Oficial el 18 de julio 2022, en la Edición Constitucional 54, por tanto, entra en vigencia a partir de esta fecha.

En resumen, las demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 56 LOASFA y sus correspondientes pretensiones, fueron por la extralimitación de la legislación secundaria en su intento de desarrollar el contenido de la disposición constitucional. Es decir, mientras estuvo vigente el artículo 56 de la LOASFAS, previo a la sentencia de inconstitucionalidad, su contenido no guardaba conformidad con el Artículo 401 de la Constitución, pues sobrepasaba su propósito y razón, autorizando el ingreso de semillas y cultivos transgénicos con fines de investigación, obviando el procedimiento específico de salvaguarda previsto en la propia Constitución.

En cuanto al ingreso al Ecuador de material transgénico para fines científico, Ramiro Ávila Santamaría (2023, enero) comentó que, en general, existen tres posibilidades de manejo: permisión, prohibición, y prohibición con excepciones. Ecuador está en el tercer escenario, porque puede haber ingreso sólo con fines investigativo, aunque no haya certeza de que la modificación genética pueda tener algún beneficio. En este contexto, comentó que, posiblemente, a propósito de la investigación se abrió la puerta para traer cualquier cosa, lo cual sería un fraude a la Constitución y a la ley.

En cuanto a la importancia de los transgénicos para la ciencia nacional, Ávila Santamaría comentó que su ingreso para fines investigativos, después de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 de la referida Ley, “es clave saber cuál es el objetivo de la investigación; si el objetivo es encontrar curas, remedios para la salud, una dolencia, un padecimiento colectivo, él aceptaría la investigación; pero si el objetivo de la investigación tiene que ver con mejorar la semilla para que no se pudra el tomate y dure 80 años, no estaría de acuerdo porque eso rompe el ciclo evolutivo de la semilla o de la fruta. Entonces, la clave es para qué: si el fin es comercial, él estaría absolutamente en contra; pero si el fin es la salud, el bienestar, el beneficio de una especie o del ser humano, estaría totalmente de acuerdo.

Conclusiones

El principio de precaución es el fundamento de la prohibición relativa del ingreso de los cultivos y semillas transgénicas en el Ecuador; es decir, aunque no existe demostración científica alguna de los efectos negativos de dicho material, la legislación nacional los regula con significativa cautela y prudencia; como se evidencia en el contenido del artículo 401 de la Constitución.

La Corte Constitucional interpretó que el artículo 56 de LOASFAS no era coherente con la disposición contenida en el Artículo 401 de la Constitución, que prohíbe de manera relativa el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, con la única excepción de casos de interés nacional debidamente fundamentado por el presidente de la República y aprobación de la Asamblea Nacional. Esta excepción tiene sentido porque, sin duda alguna, ningún país puede mantenerse al margen del desarrollo científico y tecnológico, sólo que su uso y aplicación debe ser controlado y debe responder a intereses nacionales; respetando el ambiente y la naturaleza, ya que la vida depende de ella para seguir existiendo.

La Corte Constitucional, cumpliendo su deber de controlar el acatamiento de la Carta Fundamental, reestableció plenamente el contenido del artículo 401 CRE, que había sido alterado por el artículo 56 de la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semilla y Fomento de la Agricultura Sustentable, porque si bien es cierto que no existe certeza científica del perjuicio de los transgénicos, también es cierto que la propia Constitución pautó un procedimiento específico para que su ingreso al territorio nacional sea sometido un riguroso control por parte de la Asamblea Nacional. A partir de esta Sentencia, el artículo 56 de la referida recuperó su redacción original y el artículo 401 de la Constitución recuperó su pleno vigor jurídico. De esta manera, se restableció el ordenamiento jurídico nacional alterado.

Referencias bibliográficas

- Amat, P. (2008). *Derechos de la Biotecnología y los Transgénicos*. Tirant lo Blanch.
- Arcila, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39 (111), 283-304., file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetElPrincipioDePrecaucionYSuAplicacionJudicial-3193827%20(6).pdf
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abril-2017.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable*. Registro Oficial Suplemento 10 de 08-jun.-2017.
- Ávila Santamaría, R. (2023, enero). Tomado de la entrevista realizada por Cristian Fernando Cevallos Espinosa al exmagistrado de la Corte Constitucional del Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría.
- Bárcena, A., Katz, J., Morales, C., & Schaper, M. (2014). Los transgénicos en América Latina y el Caribe: un debate abierto. Organización de las Naciones Unidas. CEPAL. https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/2404/S042070_es.pdf
- Beruti, L.; Mier, M y Mafla, S. (2023, enero). Tomado de la entrevista realizada por Cristian Fernando Espinosa Cevallos a los docentes de la Escuela de Ciencias Agrícolas (ECA) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Ibarra.

- Bonamigo, E. (2010). *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico* (tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España). http://www.estsp.ipp.pt/fileManager/editor/Documentos_Publicos/Comissao%20de%20Etica/Acervo%20C.E./Principios_bioeticos/7.pdf
- Cabrera, J., Bravo, A., Quevedo, J., Tuz, I., García, R., & Herrera, S. (enero - junio de 2021). Ecuador libre de cultivos transgénicos: un enfoque desde la perspectiva agroecológica y jurídica. *La Técnica: Revista de las Agrociencias*(25). Dialnet-EcuadorLibreDeTransgenicos-8232807.pdf
- Casquier, J., & Ortiz, R. (2017). Las semillas transgénicas: ¿Un debate bioético? *Derecho PUCP*, 281-300. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31737.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Declaración de Estocolmo. (1972). Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Acción Pública de Inconstitucionalidad de acto normativo*. Caso No. 0037-17-IN. Juez Ponente: Dr. Manuel Viteri Olvera. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0431564c-6dde-4267-8d8c-f4ac76497b61/0037-17-in-auto.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Caso No. 0053-17. IN. Jueza ponente: Dra. Roxana Silva Chicaiza. 0053-17-in-auto.pdf (corteconstitucional.gob.ec)
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia N° 22-17-IN y acumulados/22. Juez ponente Agustín Grijalva Jiménez. www.corteconstitucional.gob.ec
- Declaración de consenso de Wingspread sobre el principio de precaución. (2004). <http://www.sehn.org/wing.html>
- Embid, A. (2009). *Retos Jurídicos de la radiación no ionizante* (tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid). file:///C:/Users/Usuario/Desktop/CARPETAS%20TESIS/antonio_embid_tesis.pdf
- Freedman, D. (2013). "Cultivos transgénicos: sigue el debate ¿Son la única vía para paliar el hambre en el mundo o un experimento planetario no controlado?" (pp. 72, 74, 75, 78 y 79). En: *Investigación y Ciencia*. Número monográfico. Prensa Científica, S.A.
- García, M.L y Hernández, T. (2023) Alimentos transgénicos t seguridad alimentaria, ¿son la solución contra el hambre y la desnutrición en los países en desarrollo? (F. d. UAH, Ed.) *Riecc*, 8: DOI: <https://doi.org/10.37536/RIECS.2023.8.1363>
- Protocolo de Cartagena del Convenio sobre Seguridad de la Biotecnología (2002). (DO L 201 de 31.7.2002, pp. 50-65).
- Puigdomenech, P. (2013). Los cultivos transgénicos en Europa ¿Está científicamente justificada una postura tan restricta? (pp. 76 y 77). En: *Investigación y Ciencia*. Número monográfico. Prensa Científica, S.A.
- Santos, E. (Ed). (2013). *Transgénicos, una cuestión científica*. Quito, Ecuador: Editorial Universidad de las Américas, Instituto de Investigaciones Biomédicas. https://www.researchgate.net/profile/Cesar-Paz-Y-Mino/publication/326504306_Transgenicos_Una_cuestion_cientifica/links/5b8817f3a6fdcc5f8b71fde6/Transgenicos-Una-cuestion-cientifica.pdf#page=75
- Tacuri, A. y Valarezo, J. (2019). El principio precautorio y su influencia en el derecho ambiental ecuatoriano. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 2(2), 134-140. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/143-576-3-PB%20(9).pdf

SECCIÓN VI

DERECHO A LA SALUD

Capítulo 15

EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO DURANTE LA PANDEMIA POR EL COVID-19

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja
seerazo@utpl.edu.ec

Hugo Bayardo Santacruz C.

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
hbsantacruz@pucesi.edu.ec

Magdalia Maribel Hermoza Vinueza

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mmhermoza@pucesi.edu.ec

Resumen

La profunda crisis en el sistema carcelario ecuatoriano representa una situación dramática de alto riesgo para los privados de la libertad, en razón de un problema preexistente como es la sobrepoblación, la falta de recursos médicos adecuados, alimentación deficiente y espacios reducidos que imposibilitan cumplir con la finalidad del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, con respecto a la protección, desarrollo de capacidades, rehabilitación integral y re-inserción social y económica de las personas privadas de libertad. Este problema se agudizó con la pandemia del COVID-19 en vista de que las prisiones se convirtieron en un caldo de cultivo con un riesgo potencial de morbilidad y muerte. Este artículo da cuenta de las consecuencias negativas del hacinamiento en las cárceles que repercute, especialmente, en la salud de los privados de libertad quienes contraen enfermedades que se propagan fácilmente por el entorno en el que conviven; y, además, se analiza la posibilidad de reducir la población penitenciaria por medio de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal, de infractores de baja peligrosidad que permitan a los privados de libertad tener mejores condiciones de convivencia. La metodología es cualitativa descriptiva. Se aplicó el método deductivo, a partir del estudio de conceptualización de diversos autores, legislación internacional y nacional, e información científica. Como conclusión, se puede decir que frente a la pandemia COVID-19, el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud y la vida, derechos que se vieron seriamente amenazados por el coronavirus. El uso y abuso de la prisión preventiva sigue colapsando el sistema penitenciario; ninguna de las medidas adoptadas por el Estado ecuatoriano ha sido efectiva para reducir el número de internos. El correcto uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva podría ser buena solución para este fin.

Palabras clave: derecho a la salud, coronavirus, personas privadas de la libertad, garantías constitucionales, sistema penitenciario.

Abstract

The deep crisis in the Ecuadorian prison system represents a dramatic situation of high risk for those deprived of liberty, due to a pre-existing problem such as overpopulation, lack of adequate medical resources, poor nutrition and reduced spaces that make it impossible to comply with the purpose of the National Social Rehabilitation System, with respect to the protection, capacity development, comprehensive rehabilitation and social and economic reintegration of people deprived of liberty. This problem became more acute with the COVID-19 pandemic as prisons became a breeding ground with a potential risk of morbidity and death. This article describes the negative consequences of overcrowding in prisons, which especially affects the health of prisoners who contract diseases that spread easily through the environment in which they live; and, in addition, the possibility of reducing the prison population is analyzed through early, provisional or temporary release schemes of low-risk offenders that allow those deprived of liberty to have better coexistence conditions.

The methodology is qualitative descriptive. The deductive method was applied, based on the conceptualization study of various authors, international and national legislation, and scientific information. In conclusion, it can be said that in the face of the COVID-19 pandemic, the State has not adopted the necessary measures to guarantee the right to health and life, rights that were seriously threatened by the coronavirus. The use and abuse of preventive detention continues to collapse the prison system; None of the measures adopted by the Ecuadorian State have been effective in reducing the number of inmates. The correct use of alternative measures to preventive detention could be a good solution for this purpose.

Key words: right to health, overcrowding, coronavirus, persons deprived of liberty, constitutional guarantees, prison system.

Introducción

La vulneración del derecho a la salud en los centros penitenciarios del Ecuador, a la luz de los derechos humanos, es un tema de investigación y reflexión relevante, más aún cuando en los mencionados centros los recursos para atender las enfermedades son deficientes y la atención médica no es adecuada ni oportuna, agravando la situación cuando se trata de enfermedades infectocontagiosas. Durante la pandemia por el COVID-19 el derecho a la salud se vio mayormente vulnerado.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), consagra a favor de las personas privadas de libertad, un conjunto diverso de derechos y garantías constitucionales en pro de su dignidad humana, siendo uno de estos, el derecho a la salud integral, para lo cual, este grupo de atención prioritaria debe contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar el ejercicio de este derecho en los centros de privación de libertad.

Si bien, el Art. 12, del Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala que las personas privadas de libertad gozarán de las mismas garantías y derechos que reconoce la Carta Magna de la República del Ecuador, en consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la materialización de estos derechos no se ha hecho efectiva en su totalidad, ya que la realidad dista de lo esperado y establecido constitucionalmente.

Así, el sistema carcelario ecuatoriano enfrenta una notoria situación crítica en materia de hacinamiento y sobrepoblación, aspecto que conlleva —entre otros factores— a la saturación en los servicios que brindan a los reclusos, en especial la asistencia en salud.

Según el informe presentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2022, sobre la población carcelaria en Ecuador, entre los factores de violencia y crisis penitenciaria está el hacinamiento que se da, entre otros, por el uso excesivo de la prisión preventiva que, al 29 de octubre de 2021, más del 39% de la población carcelaria se encontraba bajo dicho régimen. En cuanto al hacinamiento, el informe da cuenta de que cuatro centros de privación de libertad reportan elevadas tasas de hacinamiento: así, en el CPL Los Ríos No. 1 el hacinamiento es del 141%; en el CPL Guayas No.5 del 124.60%; en el CPL El Oro No. 1, del 106.98%; y, del CPL Santo Domingo No. 1, del 95.30%. La CIDH ha identificado que las condiciones de los privados de libertad se alejan de los estándares interamericanos, puesto que las cárceles ecuatorianas se caracterizan por atención médica negligente, alimentación inadecuada, obstáculos en el acceso al agua, inadecuadas condiciones sanitarias, inadecuada gestión de desechos, un elevado número de personas privadas de libertad que duermen en el piso, entre otros factores que aumentan la exposición a la propagación de enfermedades infectocontagiosas como el SIDA o la tuberculosis. A más de estas enfermedades, se han reportado casos de asma y cuadros de deshidratación que no ha sido tratados adecuadamente por falta de laboratorios clínicos, analgésicos, inhaladores, etc. Con respecto a la alimentación se reportó que las porciones son escasas, que, en la comida, en ocasiones, se encuentran elementos poco saludables como azufre, y que suele llegar en mal estado, incluso en estado de descomposición¹⁶.

Este panorama es desalentador a la hora de enfrentar la situación carcelaria que se agudizó con la pandemia del coronavirus que sorprendió a toda la población. La falta de servicios básicos, pobreza, delincuencia, hacinamiento, desempleo, sistema de salud fragmentado, crisis económica, corrupción, capacidad de respuesta deficiente, desabastecimiento de insumos médicos, intereses políticos que no permiten la comunicación entre autoridades, coloca un escenario penoso que afecta a todo el país, de manera particular a los más vulnerables y de atención prioritaria, entre ellos a las personas privadas de libertad.

El derecho fundamental a la salud y su ejercicio en tiempo de pandemia

Al tenor de lo que dispone nuestra Constitución, la salud es un derecho garantizado por el Estado, por tanto, éste tiene la obligación de generar políticas públicas tendientes a hacer efectivo el goce de este derecho.

Los derechos fundamentales son interdependientes y, en virtud de esta íntima relación entre ellos, al afectarse un derecho, automáticamente se afectan los demás derechos fundamentales y, por otro lado, la plena realización de uno, permite la realización de los demás derechos. De allí que, explícitamente, la Constitución, en el Art. 32, inciso primero, establece que la realización del derecho a la salud “se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenta el buen vivir”. Bajo este contexto, se puede afirmar que la salud, al igual que el derecho a la vida, es uno de los mayores bienes que posee el ser humano.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022). “Personas privadas de libertad en Ecuador”. Recuperado de: chrome-extension://efaidnbmnnnlbpccajpcgiclfefindmkaj/https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf

Es deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación alguna, el goce efectivo del derecho a la salud. Para cumplir con este deber, se crea el Sistema Nacional de Salud (SNS) cuya finalidad es garantizar el acceso a la salud de todos los ecuatorianos, abarcando todas las dimensiones del derecho a la salud. Este Sistema está conformado por algunas instituciones, públicas y privadas, encargadas de prestar el servicio público de atención de salud.

La Red Pública Integral de Salud (RPIS), de conformidad a lo previsto en el Art. 360 de la Constitución, es parte del Sistema Nacional de Salud y está conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado. El objetivo principal de la RPIS es viabilizar el acceso universal de los ecuatorianos a los servicios de salud pública, con una atención de calidad, eficiencia y sin costo para el usuario, permitiendo que se haga efectiva la garantía de acceso a la salud.

A inicios del año 2020, el Ecuador, y el mundo entero, sufrieron los estragos de la pandemia del COVID-19. Según la Organización Mundial de la Salud, se trata de una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que recientemente se había descubierto. Según los informes del Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública (INSPI), hasta el 20 de abril de 2020, de las 32.453 muestras tomadas, 10.128 resultaron positivas para COVID-19¹⁷. Estos datos fueron alarmantes, sin considerar los casos reales de personas contagiadas por este virus, muchas de las cuales, no tuvieron la posibilidad de realizarse la prueba correspondiente.

El 11 de marzo de 2020, mediante Acuerdo Ministerial No. 00126-2020¹⁸, se declara el Estado de Emergencia Sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 160, de fecha 12 de marzo de 2020. Esta declaración tuvo como objetivo prevenir un posible contagio masivo en la población, por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus COVID-19. En este documento se dispone que los establecimientos de salud pertenecientes a la RPIS procedan a priorizar los recursos económicos, de talento humano y demás medidas necesarias para afrontar la declaratoria de emergencia.

Frente a esta pandemia, el Estado ecuatoriano hizo todos los esfuerzos para evitar los contagios masivos. Entre las acciones tomadas por el Gobierno Nacional, estuvo la emisión del Decreto Ejecutivo 1017, de 16 de marzo de 2020¹⁹, mediante el cual, el Presidente de la República, en virtud de la facultad que le otorga la Constitución, en el Art. 164, dictó Estado de Excepción por calamidad pública, para enfrentar la pandemia del coronavirus y proteger el derecho a la salud de toda la población, restringiendo el ejercicio de otros derechos (libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión). El mencionado Decreto Ejecutivo 1017 fue declarado constitucional por la Corte Constitucional, mediante Dictamen de Constitucionalidad 1-20-EE/20.

Las acciones tomadas por el Gobierno del Ecuador no fueron sido suficientes. Varios medios de comunicación informaron que el Sistema de Salud en Ecuador, ha colapsado, puesto que los hospitales no contaban ni cuentan con la infraestructura adecuada para atender a todas las personas que asistían por posible contagio. Además, no se podía conocer con certeza quienes estaban contagiados, por la escasez de insumos e instrumentos necesarios para realizar las pruebas de coronavirus a todas las personas, pese a que, en el mencionado Decreto, se dispuso que el Ministerio de Finanzas transfiera los recursos suficientes al sector de la salud pública. Al parecer, no se cumplió con esta disposición. Al 30 de mayo de 2020, se reportaron

¹⁷ Ministerio de Salud Pública. Actualización de casos de coronavirus en Ecuador (2020). Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>

¹⁸ Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial No. 00126-2020. Suplemento Registro Oficial No. 160. 12 de marzo de 2020.

¹⁹ Decreto Ejecutivo 1017, de 16 de marzo de 2020. Estado de Excepción.

3.334²⁰ personas fallecidas por este virus, entre éstas se encontraban médicos que habían atendido a las personas contagiadas, puesto que tampoco el personal sanitario contaba con instrumentos o insumos necesarios para protegerse contra el COVID-19, los casos de contagios aumentaban día tras día. A ciencia cierta, no ha sido posible tener datos reales de las personas contagiadas en vista de que, algunas de ellas, presentaban un cuadro asintomático, lo que dificulta más la prevención del contagio.

Esta crisis, que ha afectado a cientos de países a nivel mundial, ha causado grandes estragos en Ecuador, pues las estadísticas reflejaban que nuestro país presentaba el mayor número de contagios y de personas fallecidas en relación con el número de habitantes, y comparado con el resto de países del mundo.

Ubicación	Confirmados ↓	Casos por 1 millón de personas	Personas recuperadas	Muertes	
 Ecuador	38,571	2,210	3,850	3,334	
 Suecia	37,113	3,592	4,971	4,395	
 Singapur	34,366	6,025	20,727	23	
 Emiratos Árabes Unidos	33,896	3,427	17,546	262	

Fuente: Google Noticias²¹

La insuficiencia de recursos en salud ante el incremento de casos positivos

Es evidente que la emergencia sanitaria ha impedido que la mayoría de habitantes ejerzan su derecho humano a la salud, y, el Estado no ha podido, por su parte, garantizar el goce efectivo de este derecho.

Ante esta grave situación, el 31 de marzo de 2020, algunos miembros del Colectivo Acción Jurídica Popular, el Director del Foro de Economía Alternativa y Heterodoxa, y, el Director del Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpusieron, ante la Corte Constitucional, Acción de Incumplimiento de Dictamen Constitucional del Estado de Excepción No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020. La Corte Constitucional expuso claramente que, durante el Estado de Excepción dictado, “el Estado debe adoptar las medidas necesarias para proteger a las personas en situación de calle y otras personas en situaciones de vulnerabilidad”²². Entre otros puntos del mencionado Dictamen, la Corte Constitucional recordó al Estado y a la ciudadanía, que los derechos que nos fueron suspendidos en el Decreto Ejecutivo 1017, permanecían vigentes mientras duraba el estado de excepción.

Los comparecientes de la acción de incumplimiento basaron su demanda en los reclamos de los agentes del sector salud con respecto a que los recursos para la atención de la pandemia

²⁰ Ministerio de Salud Pública (2020). Actualización de casos de coronavirus en Ecuador. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>

²¹ Google Noticias. Coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&gl=US&ceid=US:es-419>. Consultado 30 de mayo de 2020.

²² Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020.

y la protección de salud no llegaban, por tanto, estaban expuestos al contagio. Adicionalmente, se hizo mención a la renuncia de la Ministra de Salud, Dra. Catalina Andramuño, quien, en el texto de su renuncia, manifestó: “El Ministerio de Salud viene preparándose, desde el mes de diciembre del 2019, para esta crisis, sin embargo, enfrentar una emergencia sanitaria sin recursos es complicado”²³

Bajo este contexto, los comparecientes consideraron que se había desconocido el Dictamen de Constitucionalidad, puesto que el Gobierno, a través del Ministerio de Finanzas, no habían transferido los recursos necesarios para atender la emergencia sanitaria y, solicitaron que la Corte Constitucional declare el incumplimiento de dicho Dictamen y emita las medidas de reparación correspondientes para restablecer el orden constitucional, entre estas medidas, pidieron que se disponga al Gobierno el no pago de los Bonos Global 2020, ni el pago de la deuda externa hasta que se asignen los recursos económicos suficientes para atender la emergencia sanitaria y proteger el derecho a la salud.

La Corte Constitucional, desestimó la demanda en vista de que, en el Decreto Ejecutivo 1017, no se hacía mención a los pagos de la deuda, por tanto, la Corte no podría pronunciarse sobre una cuestión que no fue objeto del dictamen de constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción.

La realidad es que la crisis aumentaba cada día más. El número de personas contagiadas y fallecidas se incrementaba. Muchos ciudadanos incumplieron la medida de toque de queda porque, al no poder trabajar, se veían obligados a salir a las calles a conseguir alimentación o medicina, para ellos y sus familias. El Estado, ante esta situación, no pudo garantizar el derecho a la salud de sus ciudadanos, sin embargo, sus representantes manifestaban que hacían el mayor esfuerzo para controlar, disminuir y, finalmente, erradicar los contagios por coronavirus en nuestro país.

Las personas pueden ejercer sus derechos siempre y cuando las garantías creadas, sean efectivas. “De nada sirven largas listas de derechos si, paralelamente, no se les dota de los medios de defensa suficientes para darles eficacia práctica y jurídica”²⁴

El hacinamiento como fuente de peligro de contagios masivos

El hacinamiento en el sistema penitenciario es un problema frecuente en la mayoría de países del mundo. Ecuador no está alejado de esta realidad. Según el medio de comunicación Primicias, “la mayoría de cárceles, 21 en total **(58%)**, **mantiene sobrepoblación carcelaria**”. Este medio presenta los datos de hacinamiento en estas cárceles, hasta el 29 de julio de 2022²⁵:

²³ El Mercurio. Diario Independiente del Austro (2020). Recuperado de: <https://www2.elmercurio.com.ec/2020/03/21/exministra-de-salud-enfrentar-una-emergencia-sanitaria-sin-recursos-es-complicado/>

²⁴ Goig Martínez, J. (1997). *Los Derechos y Libertades, en El Estado y la Constitución*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 138.

²⁵ Primicias (2023). Recuperado de: <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/mayoria-carceles-mantiene-hacinamiento/>

Tabla 1. PRIMICIAS

N.º	Cárcel	Capacidad	Población 29/07	Plazas faltantes	Hacinamiento
1	CPL Guayas N.º 5	545	1.256	711	130,5%
2	Cárcel de Azogues	116	219	103	88,8%
3	Cárcel de Machala	630	1.166	536	85,1%
4	Cárcel de Ibarra	302	522	220	72,8%
5	Cárcel de Babahoyo	117	198	81	69,2%
6	Cárcel de Ambato	514	859	345	67,1%
7	Cárcel de Tulcán	550	867	317	57,6%
8	Cárcel de Macas	194	296	102	52,6%
9	Cárcel de Archidona	301	434	133	44,2%
10	Cárcel Mixta del Puyo	43	61	18	41,9%
11	Cárcel de Quevedo	416	588	172	41,3%
12	Cárcel de Jipijapa	140	195	55	39,3%
13	Cárcel de Guaranda	158	220	62	39,2%
14	Cárcel de El Inca	959	1.327	368	38,4%
15	Penitenciaria del Litoral	5.246	6.778	1.532	29,2%
16	Cárcel de Varones de Esmeraldas	1.110	1.388	278	25,0%
17	Cárcel Femenina de Guayaquil	573	691	118	20,6%
18	Cárcel de Sucumbíos	678	770	92	13,6%
19	Cárcel Masculina de Santo Domingo	914	1.028	114	12,5%
20	Cárcel de Mujeres de Portoviejo	133	134	1	0,8%
21	Cárcel Regional de Guayaquil	4.368	4.388	20	0,5%

Fuente: SNAI

Durante la pandemia por el coronavirus, el hacinamiento carcelario, entre la segunda semana y la décimo tercera semana del año 2020, se incrementó al 35,3%, según la fuente Primicias, quienes manifiestan, además, que el crecimiento se debe, en gran parte, al uso de la prisión preventiva.

La sobreocupación carcelaria favoreció en gran medida la propagación de enfermedades, en particular las respiratorias. García, en un estudio realizado en un centro penitenciario de Brasil, señala que “los síntomas respiratorios prevalecen por más de tres semanas, así como los síntomas de tuberculosis pulmonar son 39 y 35 veces más frecuentes, respectivamente, en cárceles sobreocupadas de Brasil que en la población general”²⁶.

El contagio con tuberculosis pulmonar se produce cuando una persona sana inhala gotas microscópicas de saliva que proceden del enfermo, generadas al toser o estornudar. Estas gotas pueden acumularse en ambientes pequeños, cerrados y mal ventilados, facilitando así la inhalación y propagación de la enfermedad. El mismo comportamiento se evidencia en caso de otras infecciones virales, como la meningitis bacteriana, la neumonía, entre otras.

²⁶ García J. (2013) *Sobreocupación en los Centros Penitenciarios y su Impacto en la Salud* - Revista Española de Sanidad Penitenciaria Vol. 14.

Otra enfermedad que puede producir contagios masivos por hacinamiento es la gripe viral, que es de fácil transmisión en ambientes cerrados o a distancias cortas, aproximadamente, un metro y medio, a través de tos o estornudo.

De lo expuesto se puede afirmar que las infecciones de transmisión por vía aérea incrementan su prevalencia y la proliferación de la enfermedad en ambientes superpoblados hacinados o con poca ventilación, lo cual representa una realidad de la población privada de libertad en el Sistema Carcelario de Ecuador.

Las enfermedades se propagan de forma rápida y ampliamente entre las personas que viven en condiciones de hacinamiento con sistemas inmunológicos debilitados, alimentación deficiente y acceso limitado a la atención médica.

Así, para prevenir y/o combatir el coronavirus, especialmente durante la emergencia sanitaria, se aplicaron ciertas estrategias, como el distanciamiento social, resguardos en los domicilios y medidas higiénicas, entre otras. Lastimosamente, no todas las personas tuvieron la oportunidad de adoptar esas medidas, como es el caso de la población privada de la libertad, cuya situación de hacinamiento, puso en riesgo el contagio masivo por COVID-19.

La lucha contra el hacinamiento puede ser una de las medidas más eficaces para garantizar la salud de las personas privadas de libertad, evitando, de esta manera, los contagios masivos por cualquier tipo de enfermedad. El hacinamiento, no solo pone en riesgo la vida y la salud de los internos, sino que, de forma directa, atenta contra su derecho a la dignidad. El Código Orgánico Integral Penal, COIP, establece, de manera clara, que las personas privadas de libertad conservan la titularidad de los derechos y que deben ser tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos, recalcando, además, que el trato humanitario a las personas privadas de libertad es compatible con la seguridad y el orden en los centros de privación de libertad como condición necesaria para la garantía de sus derechos, y prohíbe el hacinamiento (Art. 4).

La liberación temprana, provisional o temporal de infractores de baja peligrosidad como medida de prevención de enfermedades

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 35, reconoce como grupo de atención prioritaria, a las personas privadas de libertad. El Art. 51, por su parte, consagra como derechos de este grupo, entre otros, contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, adoptó los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. El Principio X, relativo a la salud, manifiesta que las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, y, que, el Estado deberá garantizar que los servicios de salud “funcionen con estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad”²⁷

²⁷ Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008). Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Por su parte, la Constitución ecuatoriana consagra los principios por los cuales se rige el ejercicio de los derechos y el inciso segundo del numeral 2 del Art 11, determina que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”²⁸

Los grupos de atención prioritaria, por su condición de vulnerabilidad, necesitan atención especializada y preferencial, por tanto, requieren el resguardo y protección, por parte del Estado, ante cualquier situación que amenace o pueda amenazar el desarrollo progresivo de sus derechos. El hacinamiento en los centros de privación de libertad es uno de los grandes problemas que enfrenta el Ecuador, situación que vulnera algunos derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en especial el derecho a la dignidad.

Frente a la pandemia del COVID-19, el 30 de marzo de 2020, el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, emitió, en Ginebra, recomendaciones sobre las acciones que pueden realizar los gobiernos para proteger a las personas privadas de libertad. Entre estas medidas se recomienda la “reducción de población penitenciaria por medio de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal de infractores de baja peligrosidad; la revisión de todos los casos de prisión preventiva; extender el uso de fianzas con excepción de los casos más graves”²⁹, entre otras.

Para cumplir con lo establecido en las normas internacionales de derechos humanos y lo dispuesto en el texto constitucional, en especial durante la emergencia sanitaria generada por el coronavirus, el Estado ecuatoriano, a través del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI), redactó los lineamientos para la prevención del COVID-19. En el documento que contiene estos lineamientos, se declara que en Ecuador existen 44 centros penitenciarios que albergan aproximadamente a 39.743 personas privadas de libertad³⁰. Entre las medidas tomadas, se restringió las visitas a los internos, mientras duraba la emergencia; se garantizó el abastecimiento de agua y jabón; se solicitó que el personal de cada Centro de Rehabilitación informe sobre los síntomas respiratorios de cada privado de libertad, que se relacionen con el COVID-19; hubo capacitaciones sobre medidas de higiene y respiratoria; se solicitó que se evite compartir alimentos, bebidas, utensilios dentro de estos Centros; y, que se minimice el contacto con las personas privadas de libertad que presenten síntomas respiratorios.

Dentro de los lineamientos establecidos por el SNAI no se previó ninguna de las medidas recomendadas por las Naciones Unidas para reducir el número de personas privadas de libertad. Más bien, los privados de libertad que presenten síntomas, según estos lineamientos, debían ser aislados en un lugar del Centro de Rehabilitación, establecido para este fin. Se sugirió que el aislamiento se realice en celdas individualizadas, sin embargo, por el alto índice de hacinamiento, esto no fue posible. El peligro de contagio masivo en los centros de privación de libertad fue muy grave.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un comunicado de prensa, de 31 de marzo de 2020, hizo un llamado a los Estados para que tomen medidas urgentes y efectivas para garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias

²⁸ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 11, numeral 2, inciso segundo.

²⁹ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). *COVID-19: se necesitan medidas para proteger a las personas privadas de libertad* – Expertos ONU. Recuperado de: <https://acnudh.org/covid-19-se-necesitan-medidas-para-proteger-a-las-personas-privadas-de-libertad-expertos-onu/>

³⁰ Ministerio de Salud Pública (2020). *Lineamientos operativos de respuesta frente a COVID-19 en personas privadas de libertad*. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/03/LINEAMIENTOS-PPL.pdf>

frente a la pandemia del Covid-19. Una de las recomendaciones es que los Estados reduzcan la sobrepoblación en los centros de detención, ya que es de gran preocupación “las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos, destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300%”³¹.

Entre la población penitenciaria se encuentran personas con condena y personas con orden de prisión preventiva, siendo ésta una de las razones para que se produzca el hacinamiento. Nuestra Carta Magna, en el Art. 77, numeral 1, establece las garantías básicas que deben observarse en todo proceso penal en que se haya privado de libertad a una persona. Entre estas garantías se señala que “la privación de libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena”. Y, el mismo numeral, concluye aclarando que el juez “podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva”³².

Según lo informa Stefan Krauth, en un estudio realizado sobre la prisión preventiva en nuestro país, “la tasa de encarcelamiento por prisión preventiva es cinco veces más alta que en Alemania, a pesar de que, como veremos, los supuestos materiales para dictar esta medida cautelar son más restrictivos en el Ecuador que en Alemania”³³.

El uso y abuso de la prisión preventiva colapsa el sistema penitenciario. La ley prevé medidas alternativas a la prisión preventiva, justamente para evitar este colapso y, por ende, que se produzca el hacinamiento. Estas medidas alternativas tienen como finalidad la comparecencia del procesado al juicio para que no evada la acción de la justicia. Por consiguiente, sólo cuando estas medidas no son suficientes para dicha finalidad, el juez, mediante solicitud motivada, dictará, en última ratio, la prisión preventiva. Si los estudios revelan un alto porcentaje de prisión preventiva, significa que no se está aplicando la excepcionalidad de esta medida cautelar, como lo manda nuestra Constitución, razón por la que los centros penitenciarios sobrepasan la cantidad de población, dando lugar al hacinamiento.

Métodos

Para llevar a cabo el presente estudio se utilizó varios métodos, como: revisión de literatura, en la que se investigó estudios previos y legislación nacional e internacional relacionada con el derecho a la salud de las personas privadas de libertad que dieron cuenta de la vulneración de este derecho; se hizo también un análisis de datos sobre el hacinamiento en las cárceles del país que permitió concluir que este factor es una de las principales causas para que los privados de libertad sufran diferentes enfermedades, especialmente contagiosas y la incapacidad del Estado para atender esta grave situación.

Resultados y discusión

Los resultados de nuestro estudio revelan una serie de situaciones significativas con respecto al derecho a la salud de las personas privadas de libertad. En primer lugar, encontramos la falta

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa (2020). Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

³² Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 77, numeral 1.

³³ Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito. Defensoría Pública del Ecuador, p. 18.

de capacidad o interés del Estado en dotar de insumos médicos necesarios y suficientes para atender las enfermedades de este grupo social y evitar los posibles contagios. El número de médicos asignados a los centros carcelarios tampoco ha sido suficiente lo que ha incidido en que la atención no sea oportuna. Además, durante la pandemia, las condiciones de salud de la población carcelaria se agravaron, puesto que no se aplicaron estrategias efectivas para evitar los contagios.

En la discusión de estos resultados es importante considerar las implicaciones para la garantía efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad. La variabilidad en el acceso a servicios y atención médica destaca la necesidad de políticas públicas que garanticen el goce efectivo del derecho a la salud en los centros carcelarios.

El alto porcentaje de enfermedades crónicas y contagiosas, como las que tuvieron lugar durante la pandemia por el COVID-19, dan cuenta de la urgente necesidad de plantear estrategias preventivas y programas de salud pública adaptados a las condiciones especiales de las personas privadas de libertad; esto no solo es de beneficio para la población carcelaria, sino que contribuye a la salud pública en general a prevenir la propagación de enfermedades.

Las personas privadas de libertad, constantemente, manifiestan su malestar sobre las condiciones insalubres en los centros carcelarios, condición que se complica con el hacinamiento, por tanto, es indispensable mejorar la infraestructura y los recursos humanos en los servicios de salud. Las políticas públicas deben estar orientadas a garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad.

Conclusiones

Las personas privadas de libertad son titulares de los derechos humanos y tienen como única limitación, la privación de libertad. Por tanto, es obligación del Estado garantizar un trato digno para que puedan ejercer sus derechos fundamentales y asegurar las condiciones para que esto se cumpla. Frente a la pandemia, el Estado, como garante de los derechos humanos, debió adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud y la vida, derechos que se vieron seriamente amenazados por el coronavirus Covid-19.

Aunque el Estado ecuatoriano tomó algunas medidas para evitar los contagios del coronavirus en los centros penitenciarios, ninguna de estas medidas tuvo como objetivo reducir el número de internos, como lo recomendaron algunos organismos internacionales de derechos humanos. La reducción de la población carcelaria fue, entonces, la medida más efectiva para contener la pandemia y evitar su propagación en estos centros. El correcto uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva pudo ser una buena solución para este fin.

Referencias

Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (2019). Informe “Hacinamiento y violencia en cárceles son formas de tortura, situación de Derechos Humanos de población carcelaria y su familia en contexto de Estado de Excepción”. Recuperado de: <https://www.cdh.org.ec/informes/424-informe-hacinamiento-y-violencia-en-carceles-en-el-ecuador.html>

Código Orgánico Integral Penal (2014).

- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa (2020). Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020
- Decreto Ejecutivo 1017, de 16 de marzo de 2020. Estado de Excepción
- El Mercurio. Diario Independiente del Austro (2020). Recuperado de: <https://ww2.elmercurio.com.ec/2020/03/21/exministra-de-salud-enfrentar-una-emergencia-sanitaria-sin-recursos-es-complicado/>
- García J. (2013) *Sobrepoblación en los Centros Penitenciarios y su Impacto en la Salud*- Revista Española de Sanidad Penitenciaria Vol.14
- Goig Martínez, J. (1997). *Los Derechos y Libertades, en El Estado y la Constitución*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Google Noticias. Coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&gl=US&ceid=US:es-419>. Consultado 4 de abril de 2020
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito. Defensoría Pública del Ecuador.
- Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial No. 00126-2020. Suplemento Registro Oficial No. 160. 12 de marzo de 2020.
- Ministerio de Salud Pública. Actualización de casos de coronavirus en Ecuador (2020). Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>
- Ministerio de Salud Pública (2020). *Lineamientos operativos de respuesta frente a Covid-19 en personas privadas de libertad*. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/03/LINEAMIENTOS-PPL.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). *COVID-19: se necesitan medidas para proteger a las personas privadas de libertad* – Expertos ONU. Recuperado de: <https://acnudh.org/covid-19-se-necesitan-medidas-para-proteger-a-las-personas-privadas-de-libertad-expertos-onu/>
- Primicias(2023).Recuperadode:<https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/mayoria-carceles-mantiene-hacinamiento/>
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008). Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

SECCIÓN VII
DERECHO PROCESAL

Capítulo 16

LA LITIGACIÓN ORAL, EL CONFLICTO Y EL PROCESO EN ASUNTOS NO PENALES

Juan Pablo Mariño Tapia

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra

jpmarinio@pucesi.edu.ec

Resumen

La litigación oral se desarrolla en un escenario donde se resuelven conflictos y los derechos se convierten en realidades. Para lograrlo, es fundamental seguir un proceso que coordine y secuencie acciones para aplicar adecuadamente las leyes a casos concretos. El Estado tiene la facultad de hacer cumplir los sistemas normativos generales, y los procesos no penales no se inician de oficio, sino que las partes buscan resolver conflictos derivados de sus actos jurídicos. La presentación de la demanda ante un juez marca el inicio del proceso, y su elaboración cuidadosa, junto con pruebas sólidas, es esencial para que prospere la pretensión buscada. Así, la trilogía de hechos, pruebas y derecho se vuelve indispensable en el proceso legal. El Código Orgánico General de Procesos establece las etapas para llevar a cabo un litigio adecuado. Comienza con la calificación de la demanda y la citación de la parte accionada, siguiendo parámetros y términos específicos. Durante las audiencias, los abogados despliegan sus habilidades para demostrar sus verdades parciales. Los medios probatorios, especialmente la prueba documental, son cruciales. Estos documentos tangibles revelan huellas, datos y actos de la voluntad humana. Interrogar los documentos es esencial para comprender su utilidad como medio probatorio. Las respuestas obtenidas permiten vincular hechos con el derecho, y el juez configura.

Palabras clave: Proceso, Litigación oral, pruebas, hechos.

Abstract

Oral litigation takes place in a scenario where conflicts are resolved, turning rights into realities, for this it is necessary to have a process, which requires the coordination and sequence of several actions for the proper application of laws to specific cases, providing an organization and structure in the application of rules.

The State has the power to subject citizens to the compliance of general normative systems. Clarifying that the non-criminal processes do not initiate ex officio, since it is the parties who seek to solve the conflicts arising from their legal acts, being solved in the administration of justice, since they are based on private relationships, arising from the autonomy of the will of the parties.

Once the procedural action is initiated, it begins with the filing of the lawsuit before a Judge, constituting the first important pillar of the procedural act, since the lawsuit sets in motion the administration of justice; Therefore, it must necessarily be elaborated with all the care and attention, compressing the requirements established in its structural part, and strengthened with

eloquence and evidence in order to prosper the pretension that is sought, this initiates the task of the lawyer, since he must rationalize a thorough and extensive knowledge of all the facts that surround the case, to demonstrate through the evidentiary activity the truth of his affirmations, allowing legally sustainable and sustainable results. Forming an inseparable and indispensable trilogy for the process: facts, evidence and law.

In this same thread the General Organic Code of Proceedings, marks the procedural stages with which the concrete cause will be followed, such as the qualification of the claim, summons of the defendant, complying with the parameters and terms that are established, so that a proper litigation can be formed, with adequate claims and exceptions, which will be discussed in the relevant hearings, where all the skills and abilities of the lawyers who will aim to demonstrate their partial truths will be put into play. All evidentiary means are important in the structure of the process and will have a direct effect on the decision of the case, therefore they must be carefully brought to the knowledge of the judge for their assumption and valuation. The documentary evidence, we dare to say that they are one of the most powerful means in non-criminal matters, since they show traces, data, vestiges and finally acts and expressions of the human will that are reflected in material, tangible instruments –documents– that have something to tell, it is here where the idea of interrogating the documents is based, since this technique of interrogation will allow knowing the usefulness of the document as a means of evidence, The answers obtained from the correct, systematic and eloquent reading will link the facts with the law and will ultimately allow the judge to configure a unique and objective judicial truth based on evidence that demonstrates facts to which law can be applied, ultimately the result of this trilogy, will be reflected in the final decision.

Keywords: Process, oral litigation, evidence, facts.

Desarrollo

El proceso es el escenario, en donde se resuelven los conflictos y los derechos se tornan realidades.

Para conceptualizar el proceso, nos gustaría partir por una cita de Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, quienes en La Teoría del Proceso, sobre el derecho procesal manifiestan:

*“...Es una construcción de conceptos de derecho procesal que se considera ajustada a la época, a las necesidades del proceso y a al desempeño de la función jurisdiccional en un Estado moderno. Pero también puede extenderse en un sentido filosófico-jurídico amplio, hasta el significado que corresponde a la normatividad de la producción del derecho sustancial en cualquiera de sus niveles: desde el régimen del procedimiento adecuado para producir el principio constitucional o derecho fundamental, siguiendo con la normatividad de los actos necesarios para hacer la ley, el acto administrativo o la sentencia...”*³⁴

El pensamiento citado, deja ver a todas luces el carácter dinámico del derecho, pues los procesos y procedimientos deben ir acorde con la época y las necesidades de los ciudadanos, en este sentido el Ecuador, a la luz de la Carta Magna, migró a un sistema oral en materias no penales, el cual constituye un avance indiscutible en el sistema procesal ecuatoriano, el cual marca un antes y un después en el desarrollo procesal de nuestro país.

³⁴ QUINTERO, Beatriz-PRIETO, Eugenio; TEORÍA GENERAL DEL PROCESO; Tercera edición; Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia; 2022; pág. 1.

También por otro lado esta conceptualización permite apreciar el alcance del derecho procesal, pues debe ser transversal a todas las materias del derecho, potenciando las garantías establecidas en la Constitución y reglamentando ordenadamente decisiones de autoridades competentes, las cuales desembocan de sistemas procesales generales, públicos y conocidos por todos, lo que contribuye como garantía de seguridad jurídica, pues todos los ciudadanos conocen previamente el procedimiento mediante el cual pueden defender sus derechos.

Con estos pequeños antecedentes, es importante conceptualizar al proceso en sí mismo, para lo cual nos remitiremos a su vocablo original, *processus* o *procedere*, cuyo significado nos lleva a la idea de avanzar, desarrollar o marchar, ya en un criterio más avanzado, el proceso será el conjunto de actuaciones para la aplicación de la norma. Azula Camacho, toma un pensamiento y define al proceso a partir de los siguientes elementos:

“...es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto o particular (Azula, 2023, p. 37)”³⁵

Lo dicho nos deja ver que el proceso requiere la coordinación y secuencia de varias actuaciones o actos para la aplicación de leyes por parte de un órgano revestido de jurisdicción —*facultad para juzgar y ejecutar lo juzgado*—.

En definitiva, se puede afirmar que el proceso aporta organización y estructura en la aplicación normativa, pues el Estado tiene la facultad de someter a los ciudadanos al cumplimiento de sus sistemas normativos de carácter general, para así cumplir con el sentido objetivo del derecho, es decir procurar un desarrollo armónico de la sociedad, sin embargo la dinámica de la sociedad no siempre es armónica, la interacción social provoca la vinculación jurídica de derechos y muchas veces se generan colisiones en estos derechos y surge el conflicto.

Este concepto —*conflicto*— es tan antiguo como la misma sociedad, pues el hombre como ser social, se interrelaciona con otros individuos de su especie, pensemos que en el desarrollo de la humanidad desde su existencia, el ser humano ha tenido que aprender a superar conflictos, por diversas razones de acuerdo a la época histórica, pues así en sus primeras fases el homo sapiens ha luchado por alimento, por abrigo, por refugio; luego, por territorio, por poder o por hegemonía, al final las causas son infinitas pero siempre han sido detonantes de conflicto.

La humanidad tiene a su favor el arma más grande y eficiente que puede existir, ¡la razón! pues el pensamiento racional es infinito e ilimitado y es lo que ha permitido el dominio absoluto de la especie humana sobre la faz de la tierra superando evidentes diferencias en potencial físico, al compararlas con las de los animales de la naturaleza.

Esta razón, ha permitido que el mismo ser humano genere sistemas procesales con el objetivo primordial de resolver conflictos, y entre más complejo el conflicto, más eficiente el sistema procesal, en este contexto entra en escena un principio primordial para la ciudadanía que marca su punto de entrada a la administración de justicia, nos referimos a la tutela judicial efectiva, pues en base a este principio en un concepto muy general, todo ciudadano tiene el derecho de recibir soluciones a sus conflictos por parte de órganos colegiados revestidos de jurisdicción, y para la realización de este principio, se necesita contar con sistemas organizados, estandarizados,

³⁵ AZULA CAMACHO, Jaime; MANUAL DE DERECHO PROCESAL; Octava edición; Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia; 2022; pág. 37.

eficientes y conocidos por todos que permitan resolver conflictos garantizando los derechos a todos quienes puedan tener algún interés o afectación en el proceso.

Hay que aclarar que, en materias no penales, por lo general los procesos no inician de oficio, pues son las partes quienes buscan solventar los conflictos emanados de sus actos jurídicos a través de la administración de justicia, que es el ente encargado de la resolución y aplicación normativa en el marco Constitucional de Derechos y Justicia Social imperante en el Ecuador.

El antecedente inmediato y génesis del proceso viene marcado por un derecho que vincula una relación directa, inmediata y sustancial entre el sujeto llamado a pretender –*actor*– y el derecho pretendido, a esta relación se denomina derecho de acción y precisamente es el derecho de acción el que permite al actor de una demanda, poner en movimiento el aparato jurisdiccional, el cual en conjunción con el principio dispositivo –*petición de parte*– el actor ejecuta su derecho de acción en la demanda, pues acciona el aparato jurisdiccional con la finalidad de obtener una respuesta oportuna y motivada de la autoridad competente, así se cumple la más simple atribución de significado de la palabra acción, proveniente del latín *actio*, podemos concluir manifestando que la acción pone en movimiento al derecho para su consecución material; en una comprensión más filosófica el derecho de acción será la idealización de la justicia en el interior del sujeto, es decir “su verdad”, y a la vez se torna en una garantía para resolver su conflicto.

Carnelutti, caracteriza al derecho de acción manifestando que este derecho refleja una acción, así manifiesta:

*“...Acción con el cual se denota el obrar en juicio, es decir desplegar actividad para la tutela mediante el proceso, del interés de la parte, como contenido del derecho mismo”*³⁶

De esta manera, el derecho de acción se lo puede ver como un derecho personal, subjetivo, que es un anhelo de justicia por parte del ciudadano y a la vez dicho anhelo es el que provoca la necesidad del servicio de justicia, por ende, la necesidad de una demanda y de un proceso que desemboque en una decisión.

Azula Camacho, tratadista colombiano, destaca tres principios generales de la acción, así dice:

“a) No hay derecho sin acción, aunque existen ciertas excepciones, por motivos de orden público, como acontece en las obligaciones naturales.

No hay acción sin derechos, por cuanto la primera es un elemento del segundo.

*La acción participa en de la naturaleza jurídica del derecho, y se clasifica en reivindicatoria, posesoria, de nulidad, resolutoria, etc...”*³⁷

Esta alusión que mira a la acción como un derecho material, nos permite afirmar que el derecho de acción no es infinito, pues tiene un rango de aplicación que le permite al actor de una demanda poner en marcha la administración de justicia, la cual debe estar acorde al alcance de su derecho, es decir no puede existir una demanda de un derecho inexistente, o que a pesar de que el derecho exista, no le corresponda su exigencia a determinada persona, por eso

³⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. 3, editorial Ejea, Buenos Aires-Argentina, 1959, pág. 109.

³⁷ AZULA CAMACHO, Jaime; *Manual de Derecho Procesal*; Octava edición; Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia; 2022; pág. 111.

acción y derecho son dos conceptos recíprocos entre sí, y a la vez coexisten para obtener la resolución del conflicto, a partir de la aplicación de la ley.

El derecho de acción se manifiesta por vía de las pretensiones del actor, pues aquí resume el actor lo que el actor requiere del órgano jurisdiccional, en definitiva, lo que “demanda”, es por eso que se afirma que los límites del derecho de acción los conforman instituciones como la prescripción y la caducidad, pues en definitiva estas dos instituciones jurídicas limitan el ejercicio bien sea de acciones o de derechos, cada una desde sus particularidades claro está.

Una vez que hemos esbozado el derecho de acción, indicaremos que el mismo se muestra al juez en la demanda, pues este importante acto procesal, se constituye en el primer acto de proposición y materialmente hablando, la presentación de la demanda detona el movimiento del órgano jurisdiccional correspondiente, es por eso que la demanda necesariamente debe ser cuidadosamente elaborada, cumpliendo a cabalidad cada requisito para que pueda prosperar la pretensión.

Hay quienes afirman que la función de un abogado en materia litigiosa es convencer al juez de que su cliente tiene la razón, pero afirmar que el abogado debe encargarse de convencer al juez es una falacia, pues hay una gran diferencia entre convencer y demostrar, pues convencer depende de habilidades de persuasión que pueden resultar subjetivas y ajenas a la realidad, en tanto demostrar depende de actividad probatoria, pues el convencimiento llegará al juez a través de la demostración, es así que el abogado debe encargarse de demostrar la verdad de sus afirmaciones, para que el juez convencido de esta verdad falle satisfactoriamente. Para esto el abogado necesita crear una “teoría del caso”, las que denominaremos en este trabajo “verdades parciales”; todo abogado necesita partir de una verdad, la verdad de su cliente, es por eso que afirmaremos que las técnicas de litigación oral en el proceso, están presentes desde antes de la presentación de la demanda, es más las técnicas de litigación oral deben iniciar antes de la misma elaboración de la demanda, pues la demanda deberá contener una historia poderosa y susceptible de ser probada, para esto la construcción de esta historia que será la consecuencia de varios pasos previos, el abogado necesita recopilar elementos que le permitan construir su propia verdad, y porque las llamamos verdad parcial, porque siempre el abogado construirá una historia desde los ojos de su cliente y con miras a satisfacer sus requerimientos, sin que esto signifique bajo ningún concepto apartarse de los principios de buena fe y lealtad procesal y de su ética profesional.

Para esto el abogado requiere desarrollar una técnica pulcra que le permita ser objetivo, plantear pretensiones adecuadas y ofrecer medios de prueba efectivos para obtener una resolución favorable.

David Pañuela trae un interesante concepto al hablar de la teoría del caso como técnica de litigación oral, resumiéndolo en estas palabras:

*“... podríamos decir que no es más que la explicación que cada abogado le dará al juez de la causa acerca de los hechos que son sometidos a juicio y como estos –gracias a su interpretación y respaldo probatorio– permiten la aplicación de determinada norma y/o teoría jurídica al caso en concreto...”*³⁸

³⁸ PAÑUELA, David; ELARTE DE LITIGAR. Manual Práctico de litigación oral en asuntos no penales; Primera edición; Quito-Ecuador; 2023; pág. 33.

La demanda se deberá estructurar entonces en base siempre de los hechos, pues la demanda que se estructura a partir de los hechos, tiene también un ofrecimiento probatorio adecuado, que dará paso a la aplicación efectiva del derecho, siempre el litigio y el proceso en sí debe asentarse en una trilogía poderosa que lo volverá eficaz.

Los hechos completamente diáfanos y organizados, la institución jurídica que encasilla los hechos –derecho– y la actividad probatoria, desde el ofrecimiento hasta su producción, son el tridente que permitirá una causa sólida y con altas posibilidades de un fallo.

Es importante acotar, que en una proporción inversa pero con la misma fuerza, el demandado, tiene a su derecho de contradicción, que precisamente como se indicó es correlativo inversamente al derecho de acción, pues es el medio de defensa que tiene el demandado en un proceso judicial, mediante el derecho de contradicción, el demandado esgrime sus propios hechos y los introduce al proceso, por consecuencia lógica la construcción de la contestación a la demanda o interposición de excepciones y reconvención, al ser un acto de proposición debe guardar los mismos cuidados que la construcción de la demanda, pues en la contestación se encuentra otra “verdad parcial”, la del demandado, la que también debe consolidarse con sus propios hechos, instituciones jurídicas y pruebas.

La construcción de los actos de proposición para el proceso, es una construcción que requiere un fuerte ejercicio racional, pues –*salvo los casos de reforma a la demanda*– estos documentos marcan el alcance del deseo de justicia de actor y demandado y por ende habrá dos “verdades parciales” en el proceso enriquecidas con la actividad probatoria que permitirán a la postre al juzgador impartir justicia aplicando derecho.

Volviendo a la trilogía necesaria para construir actos de proposición, hay que resaltar que los hechos tienen, un papel preponderante, más aún cuando éstos no se pueden “suplir” llenar o completar por parte del juzgador, pues en un proceso judicial, desde un inicio las partes asumen sus “cargas”, y no es correcto únicamente centrarnos en cargas probatorias, pues si bien ocupan un gran espacio en el desarrollo del proceso, la que denominaremos carga de hechos tiene tanto o más espacio que la misma actividad probatoria, pensemos si el relato de hechos es incompleto, por consecuencia lógica la etapa probatoria será incompleta también, pues lo que se requiere probar son los hechos, y si pretendo probar un hecho que no consta en la demanda, evidentemente la actividad probatoria se convertirá en impertinente con respecto al caso concreto.

El entendimiento de esta interacción tripartita, es lo que abre la puerta a asegurar que la actividad de litigación oral empieza mucho antes que el proceso, ya se dejó establecido en líneas anteriores que la obtención de los hechos que rodean al caso constituye un ejercicio racional y detallado, mediante el cual el abogado “interroga” verdaderamente a su posible cliente en búsqueda de toda la información posible, pues esto permitirá la construcción de una demanda completa que no dé lugar a equívocos y falacias que puedan desembocar en interpretaciones y alegaciones de la parte contraria.

La primera fase de un proceso judicial, la constituye la demanda, que se convierte en el caballo de batalla del derecho de acción, poniendo en movimiento el andamiaje de la función jurisdiccional del Estado y que centrará uno de los puntos de vista a debatir en la contienda jurídica procesal, nos referimos a la “verdad del actor” –*primera verdad parcial*–, la cual se pone de manifiesto ante la administración de justicia para obtener un resultado concreto.

Parafraseando las palabras de Rubén Morán Sarmiento, la demanda en general tiene tres grandes objetivos:

1. *Recuperar derechos vulnerados.*
2. *Reivindicar situaciones jurídicas.*
3. *Reparar lesiones, daños, etc.*

Para Hernando Devis Echandía, la demanda es:

*“...un acto de declaración de voluntad, improductivo y de postulación que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formalización de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la Ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado.”*³⁹

Importante será destacar que, la demanda al ser fuerte y bien consolidada, las fases procesales que devienen asegurarán, resultados jurídicamente sustentables y sostenibles, de esta forma el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos enmarca los parámetros mínimos de procedibilidad de una acción en cuanto a su forma y contenido, pues evidentemente en el fondo se discutirá la procedencia de la acción que es cosa distinta, la demanda es un alegato escrito con hechos, instituciones y ofrecimientos de probar, por lo que este acto procesal llega al juez o mejor dicho debe llegar al juez luego de un arduo trabajo racional previo en el cual el actor construya su propia verdad parcial equiparable como lo dijimos en líneas anteriores con la teoría del caso, para la construcción de la verdad parcial en la demanda, el actor debe seguir ciertas reglas mínimas que ya involucran técnicas de litigación incluso cuando el proceso aún no ha empezado, sin que esto signifique que las mismas reglas le son perfectamente aplicables a la formación de la contestación a la demanda, que dicho sea de paso también es un acto procesal trascendental, pues contiene la verdad parcial del demandado o los demandados.

Volviendo al punto, existen algunas cuestiones a tomar en cuenta acerca del proceso de construcción de una demanda o contestación, no solo se trata de tipiar palabras agradables en un relato muy elocuente, sino más bien se trata de que ese relato elocuente esté lleno de hechos, de pruebas y de instituciones de derecho que permitan al juzgador fallar como corresponde.

En primer momento, el Abogado requiere tener un conocimiento cabal –extenso– de todos los hechos que rodean al caso, pues para esto no solo basta con escuchar lo que el posible cliente tiene que decir, se trata de un verdadero interrogatorio a este posible cliente, mediante preguntas clave, que en su mayoría deben ser abiertas, pues lo que pretende el abogado es obtener mucha información, sin importar si es relevante o no, sin que esto signifique que durante esta etapa de construcción no se deba hacer ciertas preguntas cerradas para ir tomando claridad en ciertas circunstancias que darán pie a la siguiente etapa de conformación.

Una vez obtenida la información general y amplia, el abogado debe crear un “problema jurídico”, para esto por supuesto se afianzará en sus conocimientos sobre el tema –de aquí dicho sea de paso la importancia de la especialidad en el ámbito jurídico–; una vez planteado el problema jurídico, el cual no será comunicado al posible cliente, sino que servirá para que el abogado plantee una respuesta “objetiva”, resalto la palabra objetiva, pues en este punto de

³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, II TOMO, Ed. Universidad, Buenos Aires-Argentina, 1985. Pág. 153.

la formación de la demanda todavía el abogado no debe tomar una posición, sino que su objetividad le permitirá analizar estrategias y reconocer fortalezas y debilidades en su caso, así tendrá las visiones desde diferentes puntos de vista y podrá preparar su mejor estrategia para la contienda judicial. En este punto dibujada una posible estrategia, el abogado podrá inclinar la balanza hacia una respuesta deseada por su cliente, y deberá inmiscuirse a profundidad en los hechos relevantes.

La siguiente etapa en la construcción, podemos decir que se trata de una etapa de depuración o discernimiento, para conseguir apartar los elementos fácticos relevantes al caso y dejar de lado los hechos que no guardan importancia para el mismo, aquí nuevamente el abogado deberá interrogar a su posible cliente, pero con preguntas cerradas, pues solo buscará clarificar, en tiempo y espacio los acontecimientos que se aprecian relevantes al caso concreto y a la subjetividad de la búsqueda, aquí además el abogado tendrá su primer acercamiento con la posible prueba a ofrecer, pues deberá interrogar a su posible cliente sobre documentos, personas, lugares o elementos que puedan servir como material de sustento a los hechos relatados relevantes al caso.

Una vez estructurados estos dos elementos de construcción, es decir los hechos relevantes o secundarios debidamente clasificados y ordenados; y, la oferta probatoria, el abogado nuevamente a partir de su conocimiento técnico debe ser capaz de encasillar a plenitud su relato dentro de una institución jurídica que le provea de derecho, es decir que la permita al juzgador impartir justicia y aplicar el derecho al caso concreto, buscando el camino correcto para ofrecer al juzgador descender el derecho del plano abstracto al caso concreto y tomar una decisión.

Esta estructura sólida factico jurídica, permitirá entrar ya en contacto con la actividad probatoria, pues el aporte de una institución jurídica relacionada precisamente será el aporte de elementos a demostrar para la procedencia de una acción, entonces es momento de ofrecer medios de prueba suficientes, adecuados, cargados de pertinencia, conducencia y utilidad para el juzgador y la causa. En este punto vale hacer una acotación, la actividad probatoria debe ser diáfana desde su anuncio, para lo cual el abogado deberá plantearle al juez con exactitud el tipo de medio ofrecido con lujo de detalle. Ya estructurada la columna vertebral de la futura demanda, el abogado necesariamente debe plantear una hipótesis, la cual se convertirá a la postre en el objeto a debatir dentro del asunto litigioso y coadyuvará para el juez y las partes a determinar la relevancia de los hechos del caso en concreto, la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba ofrecida que para el juzgador se traducirá en la necesidad de la prueba y por ende aquí se podrá evidenciar la importancia de técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio que se verán en la audiencia.

Finalmente, se colocarán ciertas explicaciones complementarias e interpretaciones propias del abogado al caso, con frases sentidas y cotidianas en el argot jurídico, cumplido este proceso técnico previo, se logrará una demanda sólida, llena de certezas y argumentos, con una oferta probatoria consiente y a la par el abogado formará desde el inicio una correcta estrategia que se verá plasmada en el sistema de justicia, de quien obtendrá una decisión.

Una demanda o contestación sólidas, construidas racional y técnicamente, serán la mejor garantía de un debate jurídico de altura, con pruebas sólidas y argumentos claros que se pongan en escena en la principal herramienta de un sistema oral, la audiencia; de nada sirve ser un experto orador o contar con una enriquecida expresión oral y escrita, sin un problema jurídico bien planteado, pues una demanda carente de estructura y un buen orador desembocarán en un discurso sin sentido, lo que llevado al plano procesal se traducirá en simples alegaciones carentes de fuerza jurídica.

El problema jurídico para el juez tendrá generalmente, digo generalmente dejando a salvo los procesos en los que se juzga en rebeldía del demandado, es decir cuando el demandado o bien no comparece a juicio, o no se ha excepcionado, más en la generalidad el problema jurídico principal, será alimentado por la pretensión del actor de la demanda y permitirá determinar si en el caso en concreto se reúnen requisitos de forma y fondo, el cual se resolverá en la sentencia del juez. Por otro lado, hay un problema jurídico subsidiario, el cual se presenta a partir del planteamiento de excepciones del demandado, importantísimas para el proceso, pues el demandado, planteará sus propias verdades parciales con las que intentará resolver el problema jurídico principal y a la vez plantear un problema subsidiario, casi siempre de solución contraria al invocado por el actor, vale acotar que nos referimos en singular al actor o al demandado sin que esto signifique que no pueda existir pluralidad activa o pasiva.

En resumen, todo proceso debería contar con dos verdades parciales una del actor y otra del demandado y con elementos jurídicos y probatorios que darán lugar a una nueva verdad que la denominaremos la verdad del proceso, que es la verdad del juez y que se verá plasmada en su fallo, que consecuentemente será también la resolución del problema jurídico planteado.

Es menester acotar, que la puesta en escena del derecho de contradicción como se dejó esbozado en párrafos anteriores se realiza en la contestación de la demanda, cuya construcción debe guardar los mismos pasos a seguir que para la elaboración de la demanda, únicamente para construir este acto procesal se partirá ya de un problema jurídico planteado por la parte actora y por consiguiente ciertas hipótesis ya se habrán lanzado al proceso y serán dichas hipótesis las que se deban rebatir mediante la construcción de la contestación a la demanda, que en la línea que hemos tomado en este trabajo se trata del primer alegato escrito que tiene el demandado a su disposición y que contribuirá a configurar la controversia y el problema jurídico a resolver.

En la línea de los actos procesales, desde la perspectiva jurisdiccional, luego de la demanda –*primer acto procesal*–; el andamiaje jurisdiccional se ha puesto en movimiento y el juez realiza un importante acto procesal que es la calificación de la demanda, en la cual el juez también utilizará técnicas y su conocimiento para analizar el planteamiento del problema en el contexto de la demanda, por supuesto en relación con el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos que establece los parámetros a cumplir para la admisión a trámite de una demanda, pero este acto procesal –calificación de la demanda– no es un simple examen de admisión a trámite, pues el Juez ordena entre otras cosas el siguiente acto procesal que dicho sea de paso constituye una solemnidad del proceso, nos referimos a la citación con la demanda.

La citación es un acto procesal definido acertadamente por Rubén Morán Sarmiento quien lo define en los términos que a continuación se citan:

*“Acto con el cual se llega al conocimiento del demandado con el contenido de la demanda (pretensiones que contra él se deducen); acto solemne, fundamental sin el que no puede darse la contienda judicial, la litis; tanto que cualquier irregularidad en su celebración puede provocar la nulidad del proceso...”*⁴⁰

Esta solemnidad sustancial –citación– marca la puerta para el demandado al proceso, es decir dentro del término concedido acorde al tipo de proceso, el demandado deberá construir su contestación y plantear su problema jurídico subsidiario con su propias hipótesis y oferta probatoria para la audiencia correspondiente, debemos aclarar que también el demandado

⁴⁰ MORÁN, Rubén, *Derecho Procesal Civil Práctico*, Tomo I, Edilex S.A., Guayaquil-Ecuador, pág. 179.

tiene a su alcance la posibilidad de negar simplemente los hechos que se le imputan dejando toda la carga probatoria al actor, salvo casos de reversión de carga probatoria. En definitiva, cumplidas estas etapas teniendo en cuenta todas las diligencias que pueden derivar entre una y otra, se realizará la convocatoria a la respectiva audiencia, dicho sea de paso, en el Código General del Procesos se prevén dos tipos de audiencias, las audiencias únicas y la doble audiencia para los procesos ordinarios, es decir una preliminar y una de juicio, salvo audiencias especiales previstas en la norma. Lo que queremos destacar es que la audiencia es el escenario perfecto para la lucir y hacer efectivas las técnicas de litigación oral, pues en un proceso por audiencias la inmediación es un principio imperante, por ende, es el momento de explicar los problemas jurídicos planteados, las verdades parciales y las hipótesis que se irán encaminando a la actividad probatoria en donde se demostrará la procedencia de la tesis planteada.

En el desarrollo de la audiencia se conjugan los tres elementos claves para un proceso efectivo, nos referimos a los hechos, la prueba y la institución jurídica que cobija los hechos probados. En la audiencia, en caso de existir la proposición de excepciones previas, podemos afirmar que es una “pequeña audiencia dentro de la audiencia general”, porque nos atrevemos a tomar este concepto, pues las excepciones previas deben fundamentarse, es decir en primer momento quien interpone una excepción previa –demandado– que dicho sea de paso son las establecidas por el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, tiene su primer alegato, el cual deberá enfocarse única y exclusivamente en plantear el problema jurídico y el porqué de la interposición de determinada excepción previa, es decir se debe estructurar nuevamente la trilogía: hechos, pruebas y derecho, pues es claro que la fundamentación de la excepción previa debe contar con respaldo probatorio, y ampararse en una norma abstracta, aquí es importante enfatizar que es el actor quien ejerce el derecho de contradicción, pues las excepciones previas se plantean en contra de su libelo de demanda, bien sea para sanear alguna circunstancia o bien buscando aniquilar la pretensión en primer momento, por ende el actor deberá contradecir esas excepciones protegiendo su pretensión llevando el proceso al fondo de la controversia, para esto también deberá realizar su defensa oral y sustentarla en pruebas pertinentes; hay que acotar que la pretensión del actor es siempre un asunto de fondo, pero existen ciertas excepciones previas como la prescripción por citar algún ejemplo que impiden que el proceso se desarrolle y en consecuencia se resuelve en la primera etapa de la audiencia.

Dejando sentado en estas breves líneas sobre las excepciones previas, luego de fijar los puntos a debatir, que serán evidentemente nutridos por los problemas jurídicos planteados por las partes en sus pretensiones y excepciones, llega una fase procesal importante nos referimos a la conciliación, la conciliación es un etapa de dialogo, es la única etapa en todo el proceso en donde se puede separar y dejar de la lado la trilogía procesal necesaria, es decir los hechos mediante vía de dialogo dejarán de lado la necesidad de prueba, pues será la negociación la que conduzca a la solución del conflicto, a través de la flexibilidad, pues aquí si ponen de manifiesto ciertas técnicas de litigación, pero enfocadas a la negociación, sin embargo también una demanda y una contestación claras, permitirán un dialogo concreto y fluido que pueda dar como resultado una conciliación, sea parcial o total conforme lo manda la ley.

Cumplidas estas etapas, llega lo que para nosotros ocupa el centro de atención en la audiencia; la actividad probatoria, fase vital para el proceso, en este punto el actor demuestra sus pretensiones o mejor dicho debe demostrar sus pretensiones de forma técnica, clara, concreta y contundente, a la vez que el demandado en la misma forma desvirtúa mediante su prueba dichas pretensiones o al menos atenúa su fuerza, podemos afirmar con certeza que el fallo de un caso siempre dependerá de la prueba, ya que la actividad probatoria está ligada a la

verdad del juicio, de ahí que doctrinarios como Pinto afirman que de la verdad o la exactitud de un hecho, depende la existencia, modificación o extinción de un derecho, claro y precisamente el nexo entre los hechos y los derechos se llama prueba, descendiendo sin querer ser redundantes nuevamente a esta trilogía procesal hechos, derechos y pruebas que darán como resultado por supuesto la justicia. En una conclusión anticipada podemos afirmar que por medio de las pruebas las verdades parciales –de las partes– se convierten en verdades judiciales –del proceso–.

Esta fase primordial tiene varios momentos esta actividad procesal, pues como lo explicamos con anterioridad, el primer ofrecimiento probatorio debe estar redactado en la demanda, aquí vale resaltar nuevamente que es de vital importancia para el proceso el anuncio escrito plasmado en el libelo de demanda, pues no debemos olvidar que si bien nuestro sistema procesal es oral en todas las instancias, no es menos cierto que existen ciertas piezas procesales que necesariamente deben constar por escrito, en tal sentido la demanda y la contestación –*reconvención se ser el caso*– deben necesariamente constar por escrito, la importancia del anuncio de medios de prueba en los libelos iniciales correspondientes a los actos de proposición viene dada en el mismo derecho a la defensa, pues en un sistema oral todas las pruebas son abiertas y de conocimiento previo de la contraparte para que pueda ejercer a cabalidad su derecho de contradecir la prueba y formular sus propios ofrecimientos probatorios acorde al debate.

El anuncio formal –*escrito*– de los medios de prueba es indispensable, en virtud de que por mandato de la ley los medios de prueba deben ser de conocimiento de la contraparte previamente a la realización de la audiencia, que es el segundo momento de la oportunidad probatoria en cuanto a su anuncio, es decir en la audiencia la prueba anunciada en el primer alegato escrito de las partes, llámese demanda o contestación –incluye la reconvención en caso de existir– cobra vida al ser anunciada en la audiencia, con la debida explicación de pertinencia, conducencia y utilidad, en otras palabras es decirle al juez de una manera elocuente y concreta que hecho se mostrará con que medio probatorio, para que el juzgador pueda valorar la necesidad y la calidad de este ofrecimiento.

Para Hugo Rocco la prueba tiene tres significados:

“a. Como proposición de la existencia o de la verdad de los hechos por obra de las partes, a los cuales vinculan efectos jurídicos.

b. Como control de la verdad o de la existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes.

c. Como medios suministrados por las partes para realizar el control de la verdad y existencia de los hechos”⁴¹

Estos tres significados de Rocco, tienen dos elementos en común la verdad y la existencia de hechos y guardan una estrecha vinculación, sin lugar a dudas podemos afirmar que los tres van de la mano, y además se interrelacionan uno con otro, diríamos coexisten y se complementan, porque la búsqueda de la prueba será vincular jurídicamente a las partes para que se puedan generar efectos o consecuencias jurídicas que puedan ser reconocidas en la sentencia del caso, sin tal vínculo jurídico no hay causa, simplemente no hay caso. También el juez puede controlar los hechos alegados por las partes, pues no todo lo que se dice en la

⁴¹ MORÁN, Rubén, op. Cit. Pág. 245.

demanda es susceptible de ser probado, ya lo dijimos en la construcción de la demanda, el anuncio de prueba en la demanda llega después de tener hechos concretos, instituciones de derecho, problemas jurídicos claros, es decir conozco a profundidad lo que debo demostrar, de ahí que se justifica la disposición legal que manifiesta que todo lo que aleguen las partes deberán probarlo, es decir una alegación sin prueba no produce ningún efecto en el proceso, de ahí que la prueba sirva como un mecanismo de control de los hechos, por eso la necesidad para el abogado de apartar hechos innecesarios. Finalmente, la interacción de las dos premisas anteriores deja ver que la prueba es un medio que la parte aporta y que permite controlar y limitar sus alegaciones, pues los hechos pueden ser infinitos, pero dependerán de la actividad probatoria para producir efectos en el proceso. Por su parte el gran Carnelutti define a la prueba como una “*operación*” de la cual depende gran parte del costo y rendimiento del proceso, es decir Carnelutti condiciona la eficacia del proceso judicial a la prueba, y es completamente coherente y atinado afirmarlo.

En este punto hemos de plantear una interrogante que debería ser de fácil respuesta. ¿qué se debe probar en el proceso? Muchos afirmarán y con razón, además, los hechos alegados, pero desde una vista más amplia consideramos que todo lo que se debe probar en un proceso se puede resumir en dos grandes premisas. En primer lugar, debemos demostrar obligatoriamente ser el titular del derecho que se exige y en segundo demostrar que la afectación del derecho proviene de los hechos planteados, los cuales son de responsabilidad del demandado.

En este trabajo no ahondaremos en los tipos de pruebas, únicamente en general dejaremos enunciados los medios de prueba previstos en la ley, a saber, documentales, testimoniales, periciales e inspección judicial, cada uno con sus características y particularidades propias y regulados procesalmente en cuanto a su producción en audiencia, a lo que nos referiremos posteriormente. Antes de entrar en materia de litigación en la actividad probatoria, plantearemos un pequeño cuadro resumen de cuatro puntos sobre la prueba en el proceso:

1. Anuncio en los actos de proposición, sea demanda o contestación –*Reconvención*–, en este punto se deben tomar en cuenta conceptos como los de nueva prueba y prueba nueva previstos en la norma adjetiva.
2. Anuncio oral en audiencia, aquí se deberá explicar la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios ofrecidos, para la fase de admisibilidad por parte del juzgador.
3. Producción de la prueba en la audiencia. Es la puesta en escena de la prueba es entregar la prueba a la racionalidad del juez mediante técnicas de litigación oral adecuadas y conforme a las reglas establecidas por el ordenamiento procesal vigente.
4. Finalmente, vendrá la fase de alegatos, en la cual se vincularán jurídicamente los hechos a las pruebas y se amparará la institución jurídica que sustenta el derecho reclamado.

Dice el aforismo jurídico “...tanto vale no tener un derecho cuanto no poder probarlo” de allí que no basta con anunciar una variedad de medios probatorios, sino es necesario plasmar en realidades de existencia y veracidad de hechos y vínculos jurídicos, para ello la norma procedimental ha establecido las reglas para la producción de medios probatorios, más allá de aquello el momento estelar para la litigación oral técnica es indudablemente la producción de prueba, por eso nos referiremos a la utilización adecuada de técnicas de litigación oral en cada uno de los medios de prueba.

Primero abordaremos la prueba testimonial, para ir esbozando la técnica del interrogatorio y el contrainterrogatorio, pues su generalidad es la aplicación en personas, más en un desenlace anticipado será utilizada como técnica en cualquier medio de prueba incluida la prueba documental, lo explicaremos más adelante, eso sí dejemos fuera de esta técnica la inspección judicial, que es una prueba directa para el juzgador quien interiormente irá obteniendo sus conclusiones a medida que observa y recibe esta prueba, de tal forma que el juez irá despejando sus dudas por sí mismo sin que sea necesario que la parte haga más que permitirle observar.

Dentro de la prueba testimonial existen a su vez tres instrumentos de prueba, a saber el testigo, la declaración de parte y los juramentos deferido o decisorio, cuya característica común es que siempre serán sobre personas, es decir la información necesaria para demostrar el hecho reposa en la conciencia de una persona, lo que la convierte en una fuente indirecta de prueba y además histórica es decir sobre hechos pasados, pues uno de los objetivos de la prueba es precisamente reconstruir hechos pasados, es por ello que la técnica del interrogatorio es la única necesaria para extraer de la persona que rinde su testimonio la información necesaria, pues en esta técnica se entrevista a la persona, para que declare la información necesaria, pero es importante considerar que quien rinde la prueba testimonial, debe estar debidamente preparada y no nos referimos bajo ningún concepto a una preparación ajena a la lealtad y buena fe procesal, nos referimos a una preparación técnica pues el abogado necesita conocer al testigo o al declarante y conocer además la información verdadera que este tiene para ofrecer; también debe conocer la personalidad del declarante o testigo, pues si es una persona muy elocuente los más indicado serán preguntas abiertas, pero en el caso contrario se preferirán preguntas cerradas para ir obteniendo la información necesaria, lo que comúnmente se podría llamar hacerle hablar al testigo.

El interrogatorio se practica en la audiencia, los que se busca a partir del interrogatorio es encontrar y aportar verdades para nutrir la verdad judicial que a la postre es la que resolverá el conflicto, su ejecución práctica es similar a un juego de tenis, pregunta va, respuesta llega y este juego de tenis tiene dos espectadores principales, el juez y la contraparte, pues la atención de la contraparte irá preparando su contrainterrogatorio que lo que buscará es quitar certeza a las verdades que busca quien interroga, sin dejar de lado por supuesto las objeciones que son la herramienta de la parte contraria para impedir el progreso del interrogatorio y evitar desviaciones y confusiones, en el juzgador.

Procesalmente se han establecido ciertas reglas, que en caso de incumplirlas la parte interrogante darán pie para la objeción respectiva así tenemos por plantear algunos ejemplos:

Cada pregunta se referirá a un solo hecho, de no hacerlo, cabrá la objeción de pregunta compuesta.

Cada pregunta planteada, deberá guardar relación con los puntos de debate, sino habrá lugar a una objeción de impertinencia de la pregunta, etc. No podemos dejar de advertir que se deben en el interrogatorio evitar preguntas sugestivas o capcianas ya que este tipo de preguntas generan falta de confianza en el juzgador respecto del testigo, excepto en el contrainterrogatorio que se permiten preguntas sugestivas.

Volviendo al asunto, el perito también será interrogado respecto de su informe, y se aplicarán las mismas reglas para interrogar y contrainterrogar al perito.

La prueba documental, en la generalidad del proceso carece de técnicas de litigación aplicables, pues las partes se limitan a la regla del artículo 196 del Código Orgánico General de Procesos, es decir a la lectura y exhibición, pero aquí cabe una duda cómo puedo conocer que parte es pertinente y que parte no, porque la regla referida manda leer lo pertinente o las partes pertinentes, aquí está la clave de vincular un documento a técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio.

Parafraseando a Carnelutti, quien con claridad afirma que el documento no es un acto, pues es una cosa, podríamos decir que no se puede interrogar a una cosa, pues al pensar en interrogar siempre viene a la mente la idea del dialogo similar a una entrevista, pero esta idea de que el documento es una cosa se complementa con las afirmaciones de Víctor de Santo que al hablar del documento coincidiendo con Carnelutti, afirma también que es una cosa, pero va más allá y su complemento está en afirmar que el documento *“es una cosa creada mediante un acto”*⁴², pues para que exista un acto es imprescindible la voluntad y la voluntad radica en un sujeto –persona– y esa voluntad está contenida en el documento que si vamos a su acepción latina *documentum*, se traduce como algo que enseña, entonces siempre el documento tendrá algo que demostrar, consecuentemente al haber elaborado una demanda o contestación solida conozco lo que el documento puede probar y a su vez el plantear un interrogatorio al documento no es descabellado, pues como abogado se puede plantear preguntas que deseo demostrar y será la lectura del texto del documento lo que responda o no dicha interrogante, por ende conoceré fácilmente la parte pertinente y sobre ella y se dará lectura en la audiencia. Entendiendo al documento como una cosa útil para que alguien se instruya, se puede concluir que el documento debe ser capaz de instruir al juez sobre un hecho.

Resulta útil entonces interrogar al documento pues contiene una voluntad y por ende una respuesta que brindar, “interrogar” al documento servirá también para conocer su utilidad como medio probatorio y a la vez conociendo la respuesta que aporta –información que contiene– puedo conocer la pertinencia y la conducencia, por ende, en el anuncio de prueba contaré con medios documentales fuertes y enfocados en sentido estricto a las pretensiones de mi demanda.

También se debe contrainterrogar al documento, este ejercicio ayuda a determinar posibles debilidades del documento y preparar una estrategia de defensa frente a posibles impugnaciones y observaciones de la parte contraria, solo así obtendré una prueba documental sólida capaz de instruir al juez para lograr que mi verdad parcial, se convierta en una verdad judicial y se vea reflejada en la decisión.

Es importante destacar que la prueba documental tiene mucha fuerza dentro de un proceso, ya que su utilidad es muy amplia pues dentro de este medio de prueba se encuentran en un espectro muy amplio todas las huellas, datos, vestigios que pueden ser obrados por el ser humano o en su defecto inclusive naturales, pero asentados en un objeto, de aquí que es correcto el criterio de Carnelutti de cosificar al documento.

Procesalmente luego vendrá el alegato de cierre, en el cual el abogado tiene la responsabilidad de explicar a plenitud como se logran vincular cada hecho con sus pruebas y con la institución jurídica que ampara el derecho reclamado, pero hay que tomar en cuenta que el alegato de cierre debe ser concreto y preciso, que permitirá –usando un aforismo muy común– *¡cerrar con broche de oro!*

⁴² DE SANTO, Víctor, *Diccionario de derecho procesal*, Edit. Universidad, Buenos Aires-Argentina, 1991, pág. 108.

Conclusión

El sistema procesal imperante en el Ecuador, exige mucha preparación por parte de todos quienes forman parte de este escenario, preparación que solo debe limitarse a la parte académica y de conocimiento, —que sin lugar a dudas es imprescindible para el correcto desarrollo de un proceso—; sino, que dicha preparación debe abarcar habilidades y herramientas de litigación oral, mediante las cuales se consiga un equilibrio perfecto entre hechos, argumentos, pruebas y derecho, que a la postre tendrá como recompensa un fallo favorable, asentado en una verdad judicial lograda técnicamente.

Bibliografía

- AZULA CAMACHO, Jaime; (2022) *Manual de Derecho Procesal*; Octava edición; Editorial Temis S.A.; Bogotá-Colombia.
- CARNELUTTI, Francesco, (1959) *Instituciones del Proceso Civil*; Vol. 3, editorial Ejea; Buenos Aires-Argentina.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (1985) *Teoría General del Proceso*; II TOMO, Ed. Universidad; Buenos Aires-Argentina.
- DE SANTO, Víctor, (1991) *Diccionario de derecho procesal*, Edit. Universidad, Buenos Aires-Argentina.
- MORÁN, Rubén, (2011) *Derecho Procesal Civil Práctico*, Tomo I, Edilex S.A., Guayaquil-Ecuador.
- PAÑUELA, David; *El Arte de Litigar. Manual Práctico de litigación oral en asuntos no penales*; Primera edición; Quito-Ecuador.
- QUINTERO, Beatriz-PRIETO, Eugenio; (2022) *Teoría General Del Proceso*; Tercera edición; Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.
- MERLYM, Sonia; (2012) *Sujetos de la Relación Jurídica*, Primera edición; EDILOJA Cia. Ltda.; Loja-Ecuador.
- TARUFFO, Michele; (2013) *Teoría de la Prueba*; Primera edición; ARA Editores; Lima-Perú.

Es un placer presentar esta nueva obra titulada “Una Mirada al Derecho”, un libro que aborda de manera efectiva los desafíos y tendencias contemporáneas del derecho ecuatoriano. Esta obra colaborativa fruto del esfuerzo conjunto de destacados académicos y profesionales proporciona un análisis exhaustivo y multidimensional del derecho, cubriendo una amplia gama de temas críticos y de actualidad. “Una Mirada al Derecho” no se limita a un solo campo del derecho, sino que se sumerge en diversas áreas. Entre ellas se incluyen los derechos humanos, el derecho de familia, el derecho penal, el derecho ambiental, el derecho a la salud, el derecho procesal, además el libro se aventura en el emergente campo del derecho tecnológico, aquí los autores abordan temas cruciales como la regulación de la Inteligencia Artificial, la protección de datos personales, la ciberseguridad, y la ética en la aplicación de nuevas tecnologías. Este enfoque no solo es pionero sino necesario en un mundo cada vez digitalizado donde las leyes deben adaptarse.

Magdalia Hermoza V.
Coordinadora del Grupo de Investigación
de Derechos Humanos y Control Social (DEHUCS)



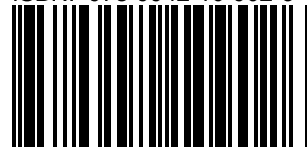
UIO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160
Apartado 172100186

GYE WhatsApp: 099 274 7594

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

ISBN: 978-9942-10-902-6



9789942109026