

ISSN No. 1390-0846

Desde 1954



IURIS

Revista de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Políticas y Sociales

Revista IURIS,
18.1, 2023

IURIS

Revista IURIS, No. 18.1

ISSN No. 1390-0846

UCUENCA

Revista IURIS, de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Revista IURIS, No. 18.1
ISSN No. 1390-0846

Director:
Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

Coordinador:
Dr. Manuel Quesada Orellana

Lugar de Edición:
Cuenca- Ecuador

Dirección:
Av. 12 de Abril y Agustín Cueva (Ciudadela Universitaria).

Ciudad:
Cuenca

Código Postal:
Apartado: 01.01.168.

Provincia:
Azuay

Correo electrónico de la revista:
revista.iuris@ucuenca.edu.ec

País Editor:
Ecuador

Teléfonos:
+593-7-4051000- ext. 2280.

Director de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales:
Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

Correctora de Estilo
Dra. Tannia Rodríguez

UCuenca Press

María Augusta Hermida Palacios
Rectora de la Universidad de Cuenca

Director Centro Editorial:
Daniel López Zamora

Editora:
Ángeles Martínez Donoso

Administrador de imprenta:
Mario Rodríguez Manzano

Diseño:
Daniela Tapia León

Tiraje:
50 ejemplares

Para la composición tipográfica de este manuscrito se usó Alegreya y Alegreya Sans.

Consejo Consultivo – Revista IURIS

Dra. Lourdes Álvarez Coronel	Dr. Álvaro Méndez Álvarez
Dr. Darwin García Ayala	Dr. Juan Carlos Cabrera
Dr. Patricio Piedra Jaramillo	Dr. Diego Monsalve Tamariz
Dr. Vicente Solano Paucay	Dra. Ana Lucía Iñiguez Ibarra
Dr. Diego Martínez Izquierdo	Dr. Pablo Valverde Orellana
Dra. María Elena Coello Guerrero	Dr. Daniel Calle Córdova
Dr. Paúl Vásquez Illescas	Dr. Alberto Machuca Carpio
Dr. Tarquino Orellana Serrano	Dr. Diego Idrovo Torres
Dr. Manuel Quezada Orellana	Dra. Yolanda Dávila Pontón
Dra. Juana Ochoa Balarezo	Dr. Diego Parra Suárez
Dra. Nubia Campoverde García	Lcdo. Francisco Astudillo Lucero
Ec. Max Bernal Villa	Dr. Juan Cristóbal Piedra Andrade
Dra. Rocío Guzmán Jiménez	

Consejo Editorial – Revista IURIS

Dr. Juan Peña Aguirre	Decano
Dr. Fernando Torres Rodas	Director de Posgrado de la Facultad
Dr. Simón Valdivieso Vintimilla	Director de Publicaciones

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, pública la **Revista IURIS**, de manera bianual, con arbitraje anónimo de los manuscritos puestos a su consideración, los cuales son revisados a través del sistema de pares académicos (ciegos) nacionales e internacionales. Se autoriza la reproducción total o parcial de los artículos siempre y cuando se respeten las normas de uso justo de propiedad intelectual.

Las opiniones y criterios expresados en los artículos de la Revista IURIS no representan la posición de su Comité Editorial, ni de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Política y Sociales de la Universidad de Cuenca.

Miembros del H. Consejo Directivo

Dr. Juan Peña Aguirre	Decano
Psic. Clín. Yolanda Dávila Pontón	Subdecana
Lic. Rocío Guzmán Jiménez /Eco. Max Bernal Villa	Representantes Docentes
Srta. Cristina Ochoa Beltrán	Representante Estudiantil
Lic. Rafael Geovanny Anguisaca Criollo	Representante de Servidores y Trabajadores
Dr. Tiberio Torres Rodas	Director de la Carrera de Derecho
Eco. Mónica Mendieta Orellana	Directora de la Carrera de Trabajo Social
Lic. Rocío Guzmán Jiménez	Directora de la Carrera de Orientación
Mg. Isabel Gil Gesto	Directora de la Carrera de Género y Desarrollo
Dr. Teodoro Verdugo	Director del Consultorio Jurídico Gratis
Director del Instituto de Criminología, Criminalística e Intervención Psico-social Familiar: renunció el Dr. Montalvo para acogerse a los beneficios de la jubilación, por el momento está a cargo del Instituto la señora Subdecana.	
Dra. Lourdes Alvarez Coronel	Directora del Centro de Mediación
Dr. Fernando Torres Rodas	Director del Centro de Postgrados
Dr. Simón Valdivieso Vintimilla	Director de Publicaciones

Antecedentes:

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, nace en el año 1867, de manera conjunta con la fundación de la Universidad de Cuenca.

A lo largo de su historia ha tenido diversos espacios de reflexión jurídica, ensayo académico y difusión de opinión, en distintos soportes tales como revistas, folletos, diarios, etc.

Sin embargo, desde 1954 se funda la Revista IURIS, como medio de difusión de los resultados de investigación de la Facultad, en sus primeras carreras de Derecho y Trabajo Social.

En la nueva época, que inicia con la Revista No. 15 (2016), IURIS amplía su ámbito de difusión de resultados de investigación en las áreas: a) Derecho; b) Trabajo Social; c) Orientación Familiar; y, d) Género y Desarrollo, de autores nacionales e internacionales.

Objetivo:

El principal objetivo de la Revista IURIS es estimular la discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico, político y social, de una forma científica y abierta a la pluralidad del pensamiento, tanto a nivel nacional como internacional.

Temáticas:

La revista IURIS, acepta el envío de manuscritos en las siguientes líneas de investigación según las categorías del Código UNESCO:

Ciencias Jurídicas y Derecho:

Teoría y Métodos Generales; 560201 Derecho Anglosajón; 560202 Derecho Comparado; 560203 Filosofía del Derecho; 560204 Derecho de la Antigüedad; 560205 Derecho Natural; 560206 Legislación; 5603 Derecho Internacional; 560301 Derecho Aeronáutico; 560302 Derecho del Mar; 560303 Derecho Sobre El Espacio Ultraterrestre; 560304 Derecho Sobre Los Fondos Marinos; Organización Jurídica; 560401 Funcionarios de Justicia y Procesos Judiciales; 560402 Magistratura; 560403 Tribunales; 560499 Organización Jurídica; 5605 Legislación y Leyes Nacionales; 560501 Derecho Administrativo; 560502 Derecho Civil; 560503 Derecho Mercantil; 560504 Derecho Constitucional; 560505 Derecho Penal; 560506 Derecho Fiscal; 560507 Derecho Público; 560508 Derecho Privado.

Ciencia Política:

5901 Relaciones Internacionales; 590101 Cooperación Internacional; 590102 Organizaciones Internacionales; 590103 Política Internacional; 590104 Tratados y Acuerdos Internacionales; 590105 Problemas de las Relaciones Internacionales; 5902 Ciencias Políticas; 590201 Política Agrícola; 590202 Política Cultural; 590203 Política Comercial; 590204 Política de Comunicaciones; 590205 Política demográfica; 590206 Política Económica; 590207 Política Educativa; 590208 Política del Medio Ambiente; 590209 Política Exterior; 590210 Política Sanitaria; 590211 Política Industrial; 590212 Política de la Información; 590213 Planificación Política; 590214 Política Científica y Tecnológica; 590215 Política Social; 590216 Política de Transportes; 5903 Ideologías Políticas; 5904 Instituciones Políticas; 590401 Poder Ejecutivo; 590402 Poder Judicial; 590403 Poder Legislativo; 590404 Relaciones Entre Los Poderes; 5905 Vida Política; 590501 Elecciones; 590502 Comportamiento Político; 590503 Grupos Políticos; 590504 Liderazgo Políticos; 590505 Movimientos Políticos; 590506 Partidos Políticos; 5906 Sociología Política; 590601 Derechos Humanos; 590602 Lenguajes; 590603 Minorías; 590604 Raza; 590605 Religión; 590606 Conflictos Sociales; 5907 Sistemas Políticos; 590790 Sistemas Políticos: Área Americana; 5908 Teoría Política; 5909 Administración Pública; 590901 Gestión Administrativa; 590902 Instituciones Centrales; 590903 Administración Civil; 590904 Servicios Públicos; 590905 Instituciones Regionales; 5910 Opinión Pública; 591001 Información; 591002 Medios de Comunicación de Masas; 591003 Prensa; 591004 Propaganda.

Trabajo Social: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Género: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Orientación Familiar: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

PRESENTACIÓN

Presentación

La Revista IURIS tiene historia y ésta se remonta al Siglo 20, cuando allá por el año de 1954 se hizo su primera publicación, en la que se puso de manifiesto la tarea intelectual de formar a los defensores de la ley y el derecho, y en lo más temprano diríamos de la Constitución, reconociendo que el Siglo 21 es el siglo del constitucionalismo ecuatoriano, pues vivimos en un estado constitucional de derechos y justicia.

En el decurso del tiempo este órgano de difusión de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca ha sido testigo de la evolución de la sociedad ecuatoriana y en particular de la cuencana, en cuyos ejemplares está plasmado el pensamiento jurídico y humanístico de sus actores sociales.

La Revista IURIS, 18.1, 2023 reinicia el diálogo con los lectores del ayer y los que se sumarán a partir de esta edición que es expresión pura del pluralismo ideológico, base fundamental de la democracia, evidenciando así la posición pluralista, incluyente e integradora de la Universidad de Cuenca.

Este número, aborda temas de gran interés y actualidad a través de los ensayos que han sido enviados y sometidos al escrutinio de pares ciegos internos y externos bajo una estricta rigurosidad académica lo que le da solvencia intelectual a esta propuesta de la Facultad de Jurisprudencia.

Un Consejo Editorial y un Consejo Consultivo son el aval de la Revista IURIS en su versión No. 18 física y digital, que sale a la luz gracias a esa actitud de compromiso del Decano de la Facultad, Juan Peña Aguirre y bajo el sello editorial de UCuenca Press a cargo de Daniel López Zamora y Ángeles Martínez Donoso, que hoy por hoy marca un hito en la difusión del pensamiento en la Universidad de Cuenca, bajo la rectoría de María Augusta Hermida Palacios.

Los textos y sus autores no necesitan de una presentación pues ellos se defienden por sí mismos y están a la espera de la crítica del lector.

Simón Valdivieso Vintimilla
Director de la Revista IURIS
Director de Publicaciones

ÍNDICE

Sección I. Artículos de investigación (Docentes e Investigadores)

- 01** La evaluación y acreditación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, como punto de partida para la concreción del ideal constitucional de Estado de Derechos y Justicia.
Juan Antonio Peña Aguirre
Pág. 19
- 02** La regresividad de la Corte Constitucional: la quimera en derecho laboral.
Paula Alejandra Castro Ruiz
Pág. 31
- 03** Breve análisis sobre el régimen, objeto y aplicación del Hábeas Data y de la exhibición de documentos.
Fausto Alejandro Moreno Choud
Pág. 49
- 04** Incidencias socio-jurídicas de la no aplicación del derecho a la libertad de religión en el Ecuador.
Belkis Alida García
Pág. 65
- 05** La imputación penal en supuestos o circunstancias de plena inconsciencia.
Santiago Israel Brito Martínez
Pág. 83
- 06** Cuidando los derechos del cuidadores de los adultos mayores con enfermedades crónico-degenerativas.
Claudia Delfín Ruiz - Rodrigo Cano Guzmán - Erwin José Peña Valencia
Pág. 101

- 07** El principio de lesividad en las sentencias de drogas. Un análisis a su aplicación.
Diego Valverde
Pág. 119
- 08** ¿Efectividad social del Derecho?
Eduardo Andrés Calderón - Rocío Carranzas
Pág. 145
- 09** Los acuerdos recíprocos del agua como herramienta para la participación ciudadana y el desarrollo local: caso de estudio en la cuenca del Río Tabacay, sur del Ecuador.
Adriana Mora Bernal
Pág. 167
- 10** Pandemia y Sindemia.
Víctor Manuel Quesada Orellana - Mónica Cecilia Cabrera Proaño
Pág. 185
- 11** La justicia indígena en la comunidad de Tuntatacto (Ecuador): moral o derecho.
Tatiana Ortega Armas
Pág. 195
- 12** La necesidad de las cárceles agrícolas y sus actividades como rehabilitación social en Ecuador.
Andrea Marisue Tigrero Romero - Melany Ariana Sotomayor Peralta
Pág. 213
- 13** Medidas de protección como mecanismo de tutela de derechos: la tensión entre eficacia y presunción de inocencia.
Carlos Alberto Jérvez Puente
Pág. 227
- 14** Criminalización de las defensoras y defensores de los Derechos de la Naturaleza en la parroquia Molleturo-Río Blanco de la provincia del Azuay durante el periodo 2015-2020
Lizeth Ximena Cabrera Alvarez
Pág. 245

SECCIÓN I

Artículos de investigación (Docentes e Investigadores)

La evaluación y acreditación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, como punto de partida para la concreción del ideal constitucional de Estado de Derechos y Justicia

The evaluation and accreditation of the Faculty of Jurisprudence of the University of Cuenca, as a starting point for the realization of the constitutional ideal of the State of Rights and Justice

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 1 de diciembre de 2022

Aceptación: 15 de diciembre de 2022

Juan Antonio Peña Aguirre

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.01>

Resumen:

Alcanzar la condición de institución de educación superior acreditada se presenta en la actualidad como un derrotero para las universidades, carreras y programas en el Ecuador. En el presente artículo, se reflexiona en torno a las necesarias pautas que se deben desarrollar a fin de alcanzar este propósito que facilita, además, la concreción del derecho de igualdad y el derecho a la educación que se reconocen en la Constitución vigente

Palabras clave:

Acreditación, calidad, educación superior





Abstract:

Achieving the status of an accredited Higher Education institution is currently presented as a course for universities, careers and programs in Ecuador. This article reflects on the necessary guidelines to develop to achieve this purpose, which also facilitates the realization of the rights of equality and the right to education that are recognized in the current Constitution.

Keywords:

Accreditation, quality, higher education



Introducción

En el Ecuador, desde inicios del presente siglo se vienen generando profundos cambios con el deliberado propósito de contribuir al mejoramiento de la calidad en el cuarto nivel de enseñanza, la Educación Superior. Estos cambios tienen lugar en un contexto mundial globalizado que se caracteriza -particularmente en América Latina- por la presencia de una gran multiplicidad y variedad de centros o instituciones que se dedican a la noble tarea de contribuir al mejoramiento humano y al desarrollo científico técnico de nuestras sociedades.

Sin embargo, entre las disímiles instituciones públicas y privadas que tienen el embargo social de promover la superación profesional y el desarrollo científico técnico de la sociedad, se diferencian en lo fundamental por los diferentes niveles en que logran su cometido a tono con las exigencias que se vienen imponiendo a nivel internacional para favorecer la concreción de derechos fundamentales de todo ciudadano como el de la igualdad y el derecho a la educación. En este contexto subyace la idea de que solo la educación universal e igualitaria nos hará verdaderamente libres y, a través de ella, se podrá acceder al necesario avance social del país.

Con tal propósito, han quedado al descubierto en nuestro entorno geográfico, dinámicas que desconocen los niveles de calidad que demanda el estudio universitario y se alejan de los reales fines educativos y de superación profesional que lo debe nuclear. Estas dinámicas, que se mueven bajo el velo de la libertad de cátedra y en obediencia a los derechos aludidos, han provocado el aumento del número de instituciones públicas y privadas. En algunas de estas instituciones se ha mercantilizado ese rubro de desarrollo científico técnico y social, en detrimento de la adecuada formación profesional. En ellas, hace falta el desarrollo de la necesaria investigación científica y la propuesta de nuevas carreras y especialidades a tono con las constantes demandas de mejoramiento social que permitan hacer de esta región una comunidad de hombres y mujeres de ciencia.

Lo anterior conlleva a establecer en cada país estándares mínimos que cada institución de Educación Superior debe cumplir para desempeñar el cometido social de educar a las presentes y futuras generaciones con niveles de calidad que permitan su ubicación a nivel nacional, regional e internacional. Esto únicamente puede cumplirse al fijarse imprescindibles mecanismos estatales de control que contribuyan a garantizar el cumplimiento de un conjunto de estándares como indicadores de calidad, que en el espectro mundial se ha logrado por medio de la implementación de sistemas nacionales de acreditación. Solo así nuestra educación superior será un referente internacional en cuanto a formación profesional.



Desarrollo

Desarrollar un Sistema de Educación Superior público de calidad, universal y gratuito en el contexto de la actual modernidad reflexiva que caracteriza a las sociedades actuales del mundo globalizado, deviene imperativo de todo país que acoja como forma de organización social y política al Estado de Derecho como modelo jurídico político que puede concretar de mejor manera los derechos civiles, económicos y sociales que se reconocen desde los instrumentos internacionales de derechos humanos como fundamentales y se imbrican en los textos constitucionales, como el ecuatoriano.

Con la aprobación de la Constitución de 2008, la República del Ecuador acoge como ideología de gobierno al neoconstitucionalismo. Con ello, se incorpora definitivamente al desarrollo y consolidación de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Esto implica la necesidad de lograr concretar los derechos que, en condición de esencialidad, se reconocen a todo ser humano que habite el territorio nacional, sin distinción de género, raza, etnia, condición social, entre otros. (Constitución¹, 2008).

Entre los derechos fundamentales, que se reconocen expresamente en el texto constitucional a todas y todos los ecuatorianos, se encuentran el derecho de igualdad y el derecho a la educación en sus distintos niveles, inicial, básico, bachillerato, tecnológico y superior. Esto se puede lograr en la medida que se desarrollen políticas educacionales coherentes, como parte de la política social general del Estado, las que han de tributar de manera fehaciente al logro del valor constitucional de respeto a la dignidad humana.

Específicamente, en el ámbito de la Educación Superior en el Ecuador, para alcanzar la efectividad de los derechos de igualdad y a la educación es preciso consolidar un permanente proceso de gestión de calidad en las diferentes instituciones que apuestan por la formación integral del alumnado. Esto porque la dinámica de constante cambio que identifica a la sociedad de hoy demanda profesionales capaces de ofrecer soluciones perentorias, viables, objetivas, racionales y con criterio científico, a las disímiles situaciones que deban enfrentar en su quehacer diario. De esta manera, se contribuirá al desarrollo de la sociedad y a la preservación del bien común.

No obstante a que la necesidad de consolidar el imprescindible proceso de gestión de calidad de la Educación Superior en el Ecuador incorporando sus instituciones, carreras y programas a las exigencias de la evaluación y acreditación

¹ Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 44920 de octubre de 2008. Quito, Ecuador: Ediciones Legales. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.

externa se reconoce como algo necesario desde inicios de siglo con la aprobación de la Ley Orgánica de Educación Superior del año 2000², no es hasta la promulgación de la Constitución de 2008 que cobra real sentido dicho proceso. A partir de ese momento, se creó el actual Consejo de Educación Superior (CES) y el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES).

Con meridiana claridad en cuanto a la necesidad de contar con instituciones, carreras y otros programas de la Educación Superior que tengan la calidad que requiere el indetenible desarrollo científico técnico, en el año 2010 se aprobó en Ecuador la nueva Ley Orgánica de Educación Superior³. En esta ley, se incorpora una regla normativa en torno al tema, en la que se prevé la validación quinquenal para certificar la calidad de las instituciones, de una carrera o programa de postgrado de Educación Superior. Todo esto, con base en una previa evaluación que impulsa a dichas instituciones a alcanzar niveles de efectividad y de eficiencia que favorezcan en cada centro universitario ecuatoriano la excelencia académica y el merecido reconocimiento a nivel internacional. Así se busca también el proceso de internacionalización de la Educación Superior que se presenta en el mundo de hoy.

La acreditación universitaria es el resultado de un proceso de autoevaluación, evaluación y control regular que, con carácter voluntario, se realiza para verificar y corroborar el nivel de cumplimiento de las funciones universitarias que son propias de una institución, carrera o programa de la Educación Superior. Este proceso se realiza a través de la obtención metódica de toda la información que -de modo transparente, inequívoca e irrefutable- avala los niveles de calidad a los que se han accedido y que hacen a la formación académica competitiva en correspondencia con los estándares mínimos que se reconocen a nivel global (Unzué, 2017; Villavicencio & Luna, 2017)⁴.

Con el proceso de evaluación y acreditación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca queda certificado que los estudiantes emergen de sus aulas con las competencias que exigen los retos que le impone el imparable desarrollo científico técnico a la específica formación en determinada cién-

2 Ley Orgánica de Educación Superior, 2000, Ley 16, Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo del 2000, <https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/LOES-2000.pdf>.

3 Ley Orgánica de Educación Superior, 2010, Registro Oficial No. 298 Martes 12 de Octubre del 2010. Última Reforma: Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 297, 2-VIII-2018) <http://www.calidadsalud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/Doc/normativa%20general/LEY%20ORGÁNICA%C2%A0DE%C2%A0EDUCACIÓN%C2%A0SUPERIOR.pdf>.

4 Unzué, M., La Universidad de Buenos Aires en democracia. Intentos y fracasos por modificar el Estatuto universitario de 1958. Revista Iberoamericana De Educación Superior, VIII, (21), 2017, pp. 78-92. Villavicencio-Martínez, R. A., & Luna-Serrano, E., Desarrollo de un cuestionario de evaluación de la competencia de supervisión clínica en Medicina. Revista Iberoamericana De Educación Superior, VIII, (21), 2017, p.144-162

cia. Este particular redunda en reconocimiento, prestigio social y comunitario, lo que indefectiblemente allana el camino a los estudiantes para su futuro desempeño individual en las más diversas esferas de actuación. Del mismo modo, la institución académica gana el formal y público reconocimiento en el cumplimiento de su misión o encargo social de formar profesionales capaces y competitivos, a tono con los estándares e indicadores de pertinencia y calidad que se reconocen a nivel mundial.

La condición de acreditada que se le concede a determinada institución de Educación Superior, resulta expresión de una adecuada gestión de la calidad en el proceso docente-educativo, en el que juegan un rol trascendental las proyecciones estratégicas que se instrumenten para alcanzar la constante superación profesional del colectivo académico y la actualización de los programas de estudios que se imparten a tono con las necesidades sociales previamente identificadas.

Especial trascendencia para la acreditación merecen los niveles de eficiencia alcanzados por la institución en términos de estudiantes que egresan regularmente del centro como graduados, ya que estos constituyen el eje diamantino, la razón de ser de la labor universitaria, sobre el que debe estructurarse todo el proceso de mejoramiento continuo de la calidad del cuarto nivel de enseñanza. La eficacia se mide, además, por el nivel de impacto social que los estudiantes generan en el seno de la sociedad a la que se incorporan para realizar sus labores diarias como profesionales de determinada ciencia.

Cuando una carrera se acredita de excelencia conforme a los cánones de calidad que se reconocen a nivel nacional e internacional, se favorece la inserción de los y las profesionales que egresan a un mercado laboral cada día más competitivo y que apuesta cada vez más por contratar a profesionales con niveles de suficiencia científica que satisfagan las expectativas de la organización con vista al logro de la misión o el objeto social, por lo que estudiar y egresar en una facultad y en una universidad acreditada de excelencia, debe ser propósito permanente tanto del estudiantado como del gremio docente, dado el sin fin de oportunidades laborales que propicia.

De cara al proceso de evaluación y acreditación, particular importancia reviste la competencia del colectivo del profesorado que, desde las aulas, contribuye con sus conocimientos especializados a la preparación de los estudiantes. Por su parte, estos últimos ayudan a desarrollar la necesaria retroalimentación del proceso docente educativo de enseñanza-aprendizaje. Por lo tanto, el proceso exige del cuerpo docente constante actualización de los conocimientos, derrotero que demanda del esfuerzo personal de cada integrante del claustro y del compromiso institucional que propicien vías certeras y expeditas de supera-

ción en aras de adquirir grados científicos como magísteres y doctorados. Todo ese esfuerzo da cuenta de que un profesorado de excelencia también se traduce en calidad y suficiencia académica del cuarto nivel de enseñanza.

El proceso de acreditación que realiza el grupo de expertos y expertas en representación del Sistema de Educación Superior del Ecuador se convierte en un oportuno instrumento de retroalimentación que permite enriquecer y perfeccionar los puntos débiles o insuficiencias que se identifiquen. Este cuerpo evaluador contribuye al constante y permanente mejoramiento de cada una de las tareas y funciones que cumple la Facultad de Jurisprudencia como Institución de Educación Superior. En tal sentido, esta importante acción supera el mero control que desde el gobierno se realiza en cumplimiento velar por la correcta ejecución del sistema educativo. Su finalidad esencial consiste en ofrecer las herramientas necesarias para acceder a una educación de calidad.

En lo metodológico, la acreditación se estructura en cuatro etapas, caracterizadas por disímiles acciones. La primera etapa corresponde a la sensibilización de la comunidad académica de la Facultad, concebida en el binomio profesor/a-estudiante, quienes de manera voluntaria, consciente y comprometida coordinan su participación en dicho proceso. Esto demanda recopilar toda la información que valida la pertinencia del proceso docente-educativo. Este proceso es avalado por las autoridades rectoras de la institución, con el apoyo de los organismos externos entre los cuales existen acuerdos conjuntos que propician la adecuada formación profesional.

En la segunda etapa, sobre la base de toda la evidencia obtenida previamente de manera coordinada y cooperativa, se confecciona el informe de autoevaluación. En esta etapa intervienen todos los actores involucrados institucionalmente en cada uno de los indicadores que tributan a conformar los parámetros que dictaminan el estado en que satisface la institución a acreditar. Es decir, intervienen quienes enfrentan las exigencias del modelo de profesional a tono con las expectativas previamente fijadas en los estándares mínimos o criterios de evaluación. Entre los que se incluyen: el cuerpo académico, administradores, estudiantes, egresados, colegios profesionales, investigadores, empleadores, etc.

La tercera etapa corresponde a la evaluación que realizan los pares académicos quienes, en su condición de expertos designados, proceden a la verificación *in situ* de toda la información brindada con transparencia. Su objetivo es la validación del informe de autoevaluación, con la finalidad de poder emitir un dictamen acerca de la acreditación interesada.

En la etapa final, la cuarta, con base en la triangulación de toda la información obtenida, se elabora el dictamen de acreditación. En él se especifican las razones que hacen aconsejable declarar acreditada o no la institución, carre-



ra o programa de la Educación Superior objeto de análisis. Este dictamen se acompaña de un plan de mejoramiento continuo de las deficiencias o limitaciones que, como toda obra humana, se observan en aspectos que se sugiere que se pueden perfeccionar. Se incluye, a su vez, la valoración final en términos de calidad; es decir, se dictamina si la institución reúne las condiciones para ser acreditada y en qué condición.

De la recta interpretación de cada una de las fases o etapas que conforman al proceso de acreditación, se advierte la ardua y escrupulosa labor que se necesita desarrollar previamente por todos los implicados en la Facultad en torno a la búsqueda, organización y delimitación de la información que se lleva al informe de autoevaluación. Esta autoevaluación debe ser pertinente, amplia, transparente y objetiva, pues solo contando con la información certera se está en condiciones de realizar un informe de autoevaluación objetivo, con suficientes elementos de juicio y de evidencias, que respondan al cumplimiento de los estándares previos de calidad que resultan medibles y que permitirán, al evaluador externo, otorgar la condición de acreditada a nuestra institución.

El modelo de evaluación en el Ecuador prevé seis criterios que se deben apreciar como parte del contenido de la calidad de la enseñanza superior. Estos criterios se vinculan con funciones sustantivas de las universidades, así como con los procesos y recursos con que cuentan; y desarrollan las condiciones en las que dichas universidades llevan adelante su encargo social. Por lo mismo, se deben fijar indicadores específicos que den respuesta al cumplimiento de la misión, visión, propósitos y objetivos institucionales o de carrera, a través de la presentación de resultados medibles y concretos que los avalen. Asimismo, estos indicadores deben corresponderse con los acápiteis relacionados a la organización, academia, investigaciones, vinculación con la sociedad, recursos e infraestructura y estudiantes. Es decir, deben permitir tener una radiografía de la institución (Ortega, y Caisa, 2021).

La evaluación del criterio “organización” permite verificar la calidad de los procesos de organización que se desarrollan en la institución y en sus diversas unidades académicas, con base en el cumplimiento de los objetivos que, previamente, se han identificado conforme a la normativa vigente y en obediencia a los principios de actuación de calidad y transparencia. Los criterios de organización se establecen en relación con los objetivos institucionales estratégicos que se verifican conforme al diseño de un sistema de control planificado y operativo a corto y mediano plazo.

La actuación ética del claustro y sus directivos, así como el nivel de responsabilidad asumida por los integrantes del colectivo de la Universidad en aras de cumplimentar su misión y encargo social, se concreta en la exhibición de niveles de calidad cada vez superiores. Se logra por medio del empleo de ade-

cuados procedimientos, de la implementación de adecuadas y oportunas políticas educativas y a través del desarrollo de las estructuras institucionales que favorecen la mejora constante del proceso docente educativo.

Con relación a la “academia”, los expertos justifican las potencialidades reales del cuerpo docente. Justas son las formas en que se lo contrata, las prestaciones que recibe, el entorno laboral que se le brinda y en el que desempeña su inapreciable labor. Todo debe estar dirigido a garantizar la calidad de los procesos académicos, la investigación científica y el vínculo con la sociedad. Se piensa que un buen trato al cuerpo docente redundará en lograr estabilidad y compromiso institucional.

Respecto al rubro de “investigación”, se valora los resultados que se evidencian a través de publicaciones periódicas en sitios indexados, de impacto y reconocimiento científico. Se valora también la publicación de libros porque se piensa que contribuyen al perfeccionamiento del proceso docente, tanto como, al desarrollo de proyectos investigativos y al acceso a becas y concursos. Todas estas actividades relacionadas con la investigación constituyen funciones sustantivas de los centros de Educación Superior.

En el éxito de los procesos de acreditación, juega un papel fundamental el uso de las tecnologías de la información y comunicación, el desarrollo de la innovación y el empleo de incubadoras educativas. Es decir, el desarrollo científico técnico favorece alcanzar el ideal de: $I+D+I= D$ (investigación, desarrollo e innovación es igual a desarrollo). Por lo tanto, se invierte en la investigación para obtener conocimiento; y la innovación invierte en el desarrollo del conocimiento para generar ingresos monetarios. En fin, se presenta como una fortaleza que la institución académica genere productos y procesos que resulten competitivos.

En relación con el criterio de “recursos e infraestructura”, se consideran las posibilidades que ofrece la institución en términos de logística e infraestructura física para desarrollar un proceso docente educativo de calidad. Se valora la inversión que se realiza en medios tecnológicos, en recursos lúdicos y en medios de enseñanza. Esto impide el desarrollo de las universidades de garajes, en razón de lo cual la planificación sobre desarrollo constructivo y mantenimiento de locales resulta un imperativo a observar (Juanes, 2022).

Finalmente, en el criterio “estudiantes”, se tiene en cuenta cómo la institución asegura que el estudiantado adquiera los conocimientos y habilidades que demanda la carrera o programa que cursa. Esto se mide en términos de eficiencia académica, y se respalda por medio del desarrollo de acciones y políticas educacionales que garanticen y promuevan las condiciones que lo hacen posible.



Cada uno de los criterios expuestos ofrece una visión parcial del trabajo que se efectúa para elevar la calidad del proceso docente-educativo. Pero, es la integración de los resultados alcanzados lo que permite calificar el grado de excelencia; y consecuentemente, ofrecer la condición de acreditada a la Institución de Educación Superior. En la búsqueda de tal empeño, no pueden descuidarse ninguno de los parámetros expuestos, pues se valoran resultados que obedecen a una actuación consciente y regular que, desde lo institucional, apuesta integralmente por desarrollar un modelo de profesional comprometido con su tiempo, con su país y con el desarrollo social, o lo que es igual, un hombre o una mujer de ciencia.

Conclusiones

Alcanzar niveles aceptables de calidad en la Educación Superior como ideal de concreción de los derechos fundamentales de igualdad y de acceso a la educación, exige concebirlos como parte de un proceso de permanente cambio y perfeccionamiento del trabajo docente-educativo. Este trabajo se desarrolla con base en el cumplimiento de criterios o indicadores mínimos, previamente consensuados por toda la comunidad universitaria, a los efectos de validar el trabajo orientado al cumplimiento de tal objetivo.

La gestión de la calidad de la enseñanza superior debe orientarse a que los productos que emergen de las aulas universitarias como resultado de la investigación científica favorezcan el desarrollo económico, político y social del país. Por tanto, debe estar encaminada a alcanzar un nivel de implicación mayor de la sede universitaria en las problemáticas que se identifican a nivel comunitario.

Gestionar la calidad del proceso docente educativo exige de un adecuado uso del talento humano con el que cuenta la institución y de los recursos financieros, que se asignan como parte del presupuesto estatal, y los que se obtienen como parte de la autogestión institucional. Estos recursos deben ser utilizados de forma planificada, con eficiencia, de manera que se permita optimizar el proceso docente-educativo de pregrado y posgrado.

Apostar por desarrollar una enseñanza de calidad en la Educación Superior, como principio, exige prever un modo de actuación institucional que persigue la permanente y sistemática búsqueda de la excelencia en la transmisión y asimilación del conocimiento científico. Esto facilitará en el estudiante el florecimiento del pensamiento crítico, del pensamiento complejo, que sea capaz de negociar, cuestionar y dialogar con claridad y precisión, en una época en que se hace frecuente el uso de la posverdad y de las fake news en las redes sociales, que se publican para solo confundir y generar caos.

En otras palabras, los estudiantes deben desarrollar al máximo su capacidad de análisis y reflexión con base en criterios objetivos. Este desarrollo se puede alcanzar cuando el profesorado se actualiza constantemente y desarrolla en sus estudiantes las competencias epistémicas y cognitivas que les permiten desplegar el pensamiento de manera compleja.

La educación superior en la actualidad precisa, además, que el profesional que forme exhiba capacidad para construir una sociedad más justa y equitativa en donde se procure, comparta, gestione, se brinde y se aplique el conocimiento para dar respuesta perentoria a la diversidad de problemáticas que, en lo social económico o político, afectan a específicos contextos, desde lo comunitario, lo cantonal, lo provincial, lo nacional y hasta lo internacional. Cuando ello se alcanza, se puede calificar a una institución universitaria, carrera o programa como excelente porque ha concretado los derechos de igualdad y de educación como expresión de existencia de un Estado de Derechos y Justicia.

Referencias bibliográficas

- Acosta, B. & Acosta, M. (2016). Modelos de evaluación para la acreditación de carreras. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 21.
- Aldana, J., (2019). La competencia epistemológica en el investigador social universitario venezolano. *Praxis*, 15 (1), 103-115. <http://dx.doi.org/10.21676/23897856.3091>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. Ediciones Legales. https://www.asamblea-nacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Barrera, H., Barragán, T. & Ortega, G., (2017). La realidad educativa ecuatoriana desde una perspectiva docente. *Revista Iberoamericana de Educación*, 75(2), 9-20. UNAM. <https://doi.org/10.35362/rie7522629>.
- Barreira, C., Bidarra, G., Monteiro, F., Vaz, P. & Alferes, V. (2017). Evaluación del aprendizaje en la educación superior. Percepciones de profesores y estudiantes en las universidades portuguesas. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, 8(21). UNAM
- Castillo, J., et al., (2019). Gestión del conocimiento: perspectiva multidisciplinaria. CEDINTER.



- Gutiérrez, A., Bernabé, M., Herrera, L. & Hernández, J. (2016). Problemas de contexto. Un camino al cambio educativo. *Ra Ximhai*, 12(6), 227-239. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46148194015>.
- Juanes, B. (2022) El proceso de evaluación y acreditación de carreras en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, (1), 536-542.
- Ley Orgánica de Educación Superior, (2000) Ley 16, Registro Oficial No 77 de 15 de mayo del 2000, <https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/LOES-2000.pdf>.
- Ley Orgánica de Educación Superior, (2010) Registro Oficial No 298 Martes 12 de Octubre del 2010, última Reforma: Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 297, 2-VIII-2018). <http://www.calidadsalud.gob.ecwp-cnLEY%2C2%AoORGÁNICA%C2%AoDE%C2%AoEDUCACIÓN%C2%AoSUPERIOR.pdf>.
- Ortega, W. & Caisa, E., (2021). Indicadores de calidad: educación superior-Quito. *Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 8, (4), octubre-diciembre, 522-536.
- Rodríguez, M. (2017). Legislación universitaria española y reconocimiento de estudios en el EEES. *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, (12), 55-57.
- Terán, F. (2015). El desafío del proceso de evaluación y acreditación de carreras en Ecuador. *Revista Qualitas*, (9), 93-111.
- Tiana, A. (2016). Perspectivas y repercusiones del Proceso de Bolonia en Iberoamérica. *La Cuestión Universitaria*, (5), 9-15.
- Unzué, M. (2017) La Universidad de Buenos Aires en democracia. Intentos y fracasos por modificar el Estatuto universitario de 1958. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, (21), 78-92. UNAM
- Villavicencio, R & Luna, E. (2017). Desarrollo de un cuestionario de evaluación de la competencia de supervisión clínica en Medicina. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, (21), 144-162. UNAM
- Veliz, Vicente., Becerra, A., Robaina, D., Fleitas M. & Fernández, E. (2020). Procedimiento de gestión para asegurar la calidad de una universidad. Caso de estudio Universidad Técnica de Manabí. *Ingeniare. Revista chilena de ingeniería*, 28 (1), 143-154. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33052020000100143>



La regresividad de la Corte Constitucional: la quimera en derecho laboral

The regression of the Constitutional Court: the chimera in labor law

Paula Alejandra Castro Ruiz

Resumen:

El Derecho fundamental del fuero de maternidad alcanzó el nivel de protección más alto con la Sentencia SU-070/13 de la Corte Constitucional. Sin embargo, a través de la Sentencia SU-075/18, esta corporación disminuyó las garantías en la parte subjetiva del Derecho en lo que respecta a las prestaciones de las mujeres gestantes. De esta manera, se ha vulnerado el principio de progresividad y no regresividad que se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 2 y 26, específicamente, de la cual es parte el Estado de Colombia. Por tal razón, es menester cuestionar si la Corte Constitucional está facultada para disminuir la protección de estos derechos. El derecho al trabajo de las mujeres en embarazo debe garantizarse. Igualmente, debe tenerse en cuenta que son empleadas que tienen necesidades diferentes a las de los demás trabajadores y que la normatividad nacional e internacional, así lo regula. La Constitución Política estableció el control de convencionalidad, cuando existan actuaciones y disposiciones legales que vayan en contra de los tratados ratificados por el Estado en materia de Derechos Fundamentales. Esto implica que el Estado colombiano podría caer en responsabilidad por hecho ilícito al vulnerar, en este caso, el derecho fundamental del fuero de maternidad.

Palabras clave:

Progresividad, regresividad, fuero de maternidad, responsabilidad en hecho ilícito internacional

Abstract:

The fundamental law of the maternity force reached the highest level of protection in Judgment SU-070/13 of the Constitutional Court, however, through judgment SU-075/18 this corporation reduced the guarantees in the subjective part of the right in what concerning the benefits of pregnant women, thus violating the principle of progressiveness and non-regression, which is enshrined in the American Convention on Human Rights in articles 2 and 26 specifically, of which the State of Human Rights is a party, of which the State of Colombia, for this reason, it is necessary to question, whether the Constitutional Court is empowered to diminish the protection of these rights? The right to work of women in pregnancy must also be ensured, it should be borne in mind that they are employees who have different needs from other workers, and national and international regulations regulate it.

The Political Constitution established the control of conventionality, where there are legal actions and provisions that go against treaties ratified by the State on Fundamental Rights which implies that the Colombian State could to be held liable for wrongdoing in breaching, in this case, the fundamental law of the jurisdiction of maternity.

Keywords:

Progressivity, regressivity, maternal jurisdiction, responsibility in international wrongful act



Introducción

En este documento, se indagará la falla en los mecanismos que implementa el Estado para dar protección a las mujeres embarazadas con la finalidad de que puedan acceder y gozar plenamente de sus derechos laborales. Se busca identificar estas falencias desde el ámbito nacional e internacional y analizar cómo ley podría ser vinculante frente a estas minorías. Para esto, iniciaremos hablando del papel de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-005/17 y el Código Sustantivo del Trabajo (1951) en sus artículos 239 y 240, describe la figura del fuero de maternidad conocido también como fuero de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo. El documento hace énfasis en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo (1951), dentro del cual son explicados mediante 3 incisos las causales para despedir a una persona en estado de gravidez. A su vez, explica la necesidad que el empleador otorgue los permisos ante las correspondientes entidades de inspección laboral. Para despedir a una persona durante la gestación o después de tres meses de haber dado a luz, se debe demostrar los argumentos que demuestren validez o justa causa. Empero, se debe tener en cuenta que existe una brecha que separa la teoría de la praxis; y el fuero de maternidad no es la excepción.

En materia internacional, el Convenio C-183 sobre Protección de la Maternidad estipula las reglas que tanto empleador como empleado deben acatar. Colombia es parte de este convenio desde el 07 de febrero del 2002. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) especifica las garantías laborales que toda persona posee, sin exclusiones. En él, se hace especial referencia al derecho de cada ciudadano por el acceso a un mínimo vital que le salvaguarde sus condiciones básicas.

Colombia, al ser parte del convenio anteriormente mencionado, debería garantizar sus incisos; a pesar de ello, se han creado vacíos jurídicos en la medida en que no se ha implementado, en el ordenamiento interno, doctrina referente al fuero de maternidad. Por lo mismo, se puede hablar de discriminación laboral.

La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, organizada y operada por la Organización de Naciones Unidas (ONU), afirma que bajo ningún pretexto debe existir discriminación contra la mujer gestante frente a temas laborales. Esto debe incluir una defensa del derecho al trabajo y de la garantía de condiciones justas que, según esta organización, es inalienable para todo individuo.

Esta investigación teórica usó una metodología cualitativa con un enfoque descriptivo, desde una mirada analítica sintética. Con esta exploración, se buscó responder la pregunta problema: ¿Está facultada la

Corte Constitucional para obviar el principio de no regresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concretamente el Derecho de las personas en estado de gravidez?

I. Principios de protección de derechos humanos

Los principios de protección de derechos humanos se desarrollan para alcanzar la materialización efectiva de los derechos humanos. Así, funcionan como pautas y criterios para la aplicación de tales derechos. El reconocimiento y garantía de estos principios son imprescindibles en Colombia, como estado que otorga carácter vinculante a los tratados que defienden postulados de defensa. Es de gran relevancia para el tema en cuestión, la exposición del principio de progresividad y no regresividad en lo que respecta la garantía real de protección a las madres gestantes.

I.I Principio de progresividad

La Corte Constitucional en Sentencia C-046/18 define la progresividad como:

La forma en la que el Estado debe hacer efectiva la faceta prestacional de los derechos, lo cual implica que su eficacia y cobertura debe ampliarse gradualmente y de conformidad con la capacidad económica e institucional del Estado. Se resalta que dicho principio se predica de algunos aspectos de tal faceta, pues existen otros que aun cuando tienen un componente prestacional son exigibles de forma inmediata. Estos se refieren, principalmente, a aquellos relacionados con el principio de no discriminación y con el contenido esencial de cada derecho, que suponen mínimos de protección.

La irreversibilidad es complementaria al principio de progresividad. Resulta necesaria para reducir la protección alcanzada y es reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el artículo 4 en ambos casos. Lo convierte en un principio argumentando que es el criterio de conservación del régimen más favorable para el trabajador.

Este aspecto es de suma relevancia con respecto a las madres cabeza de familia o madres gestantes amparadas por el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991) en donde se afirma que la mujer no debe ser discriminada frente al hombre y menos si está en estado de embarazo. A pesar de cobijar de cierta manera algunos aspectos importantes en torno a la igualdad de la mujer, no actúa de manera progresiva porque algunos aspectos quedan cortos. Esto impide el avance del cumplimiento de derechos a nivel social y a nivel laboral



en el contexto de la maternidad. Esto exige acudir al concepto del principio de regresividad para analizar cómo este es desarrollado por la *Corte Constitucional* en el caso de las madres gestantes.

I.2. Principio de regresividad

Colombia, al ser parte de tratados como el Pacto de San José de Costa Rica, el PIDESC y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se rige por sus lineamientos y criterios. Según lo establecido en los artículos 2, (Debe de adoptar disposiciones de derecho interno) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) y el artículo 1 y 2 del *Pacto de San José*, se estipula un principio de no-regresividad o irreversibilidad que debe ser garantizado por los países parte de estos acuerdos y pactos. Del mismo modo, en el PIDESC (1966), se estipula como principio no tomar medidas regresivas para el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). En fin, se establece que la prohibición de la regresividad forma desarrollos precisos de obligatoriedad general de respeto en lo que corresponde a los derechos sociales. Así, el Estado obliga a abstenerse de tomar medidas que vayan en contra de este principio.

Garantías

Lo básico en esta apreciación es que se establece la prohibición de la regresividad de los DESC con base en las políticas internas del país. La prohibición del retroceso se deriva del deber de progresividad instaurado en el artículo 2.1 del PIDESC. Busca la satisfacción y cumplimiento de los derechos sociales. Con su sostén, se hace inválida cualquier medida que no incremente la protección de los DESC o que, por el contrario, la disminuya injustificadamente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Cinco Pensionistas vs Perú*, se pronunció sobre el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) ante la petición de la comisión y los representantes de las víctimas que declararon violación por parte del Estado:

Los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de DESC de las Naciones Unidas 158, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social, teniendo presentes los imperativos de la equidad social.

En el momento de la ratificación del pacto, se asumió el compromiso de avanzar de manera eficaz y ágil para lograr la plena efectividad de los derechos sociales (Rosii, 2006).

Es así como aparece la supremacía convencional de la carta interamericana en la CIDH cuyo interés es el de colegir, de un bloque de constitucionalidad (aún bloque de convencionalidad), decisiones y pronunciamientos tales como: 1. Sentencias; 2. Medidas provisionales; 3. Recomendaciones; 4. Opiniones consultivas; 5. Supervisiones de cumplimiento hasta un efecto extensivo; 6. Medidas cautelares pronunciadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Garzón, 2016). Esto hace que toda normativa internacional sea parte del ordenamiento nacional; por ello, las decisiones de las cortes internas tienen que hacerlos respetar.

En Colombia se comenzó a hablar de la protección de este principio con la Sentencia T-426/92 que defendió los DESC de un ciudadano frente al derecho a la seguridad social; pero, hasta 1997, con la ley 418, se enunció claramente la garantía de progresividad y no regresividad. Así, se expone que una vez alcanzado cierto nivel de protección del nivel actual de derecho, se asume como principio inconstitucional la regresividad, por lo tanto, está prohibida. Existe una única forma de aceptar el retroceso en la protección del derecho social de manera constitucional. Esto ocurre cuando la autoridad pertinente demuestra la existencia de una razón imperiosa que haga necesario un paso regresivo frente al derecho social. También lo podemos encontrar en las Sentencias C-251/97, SU-624/99, C-1165/00 y C-1489/00 (Arango, 2006).

No obstante, es importante tener en cuenta que en Colombia a nivel constitucional también se generó un aspecto interesante y muy particular, relacionado con las obligaciones que debe tener el contratante para con sus empleados. El resumen se ve reflejado en el Artículo 53 de la *Constitución Política de Colombia* de (1991). Sin embargo, cabe recalcar que, pese a que dicho artículo habla de una protección de los Derechos a los trabajadores, lo realmente importante es que hace alusión a madres gestantes y hace acopio a las sentencias anteriormente mencionadas las cuales explican el principio de no regresividad.

En la Sentencia C-038/04, la Corte Constitucional adicionó, para el caso de los derechos laborales, tres condiciones para admitir medidas regresivas de derechos sociales. La primera, que no se omitan derechos adquiridos. La segunda, que se rijan bajo los principios constitucionales en lo referente al trabajo. Por último, que sea proporcional. Aunque en esta sentencia, no se especifica que se habla del principio de no-regresividad, se pone en la mesa impedimentos al legislador cuando se desconocen derechos adquiridos y se recuerda el uso de los principios constitucionales.

La *Corte Constitucional*, en la Sentencia T-469/13, establece que la regresividad de una medida legislativa o de cualquier otra índole se presenta en tres escenarios: (i) Cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del res-



pectivo derecho, (ii) Cuando aumentan los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho, (iii) Cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

El fuero especial por maternidad lo encontramos en el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991), el cual expresa que la mujer no puede ser sometida a discriminación de ningún tipo, y le garantiza una especial protección y asistencia durante el estado de embarazo y después del parto.

En los compromisos que el Estado colombiano ha realizado en los escenarios internacionales como el pacto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW) se protegen los derechos de las mujeres durante el embarazo y la lactancia. Estos compromisos no sólo comprenden a las mujeres trabajadoras, sino que se extiende a todas las mujeres.

Es evidente que el Estado, en la sentencia SU-075/18 proferida por la *Corte Constitucional*, incurre en una clara violación al principio de progresividad y prohibición de la regresividad debido a que, a pesar de los esfuerzos hechos por clarificar la responsabilidad que debe tener el Estado en los casos en que el contratante despidie a una trabajadora embarazada, se excluye a quien lo haga sin tener conocimiento de su condición. La Corte estableció en la jurisprudencia, concretamente, en la Sentencia SU-070/13, que el empleador debía subsidiar la licencia de maternidad de la gestante, inclusive, si este no estaba enterado de su estado, acudiendo al principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas.

Con base en lo anterior, evidenciamos la regresión en el sentido de que ya la mujer ha adquirido unos derechos por medio de las disposiciones de la Sentencia SU-070/13 basándose, entre otras cosas, en el principio de solidaridad. Luego, con el fallo cuestionado, estos derechos se ven menoscabados y revertidos, lo cual se considera una expresa violación a la CIDH y al Pacto de San Salvador en los artículos mencionados anteriormente y a la *Constitución Política* (1991) en su artículo 53. Puntualmente se ha dado la inaplicación del principio *in dubio pro operario* y como consecuencia de los fueros constitucionales laborales.

Para determinar la postura de la *Corte Constitucional* sobre los derechos laborales de las mujeres gestantes, a través del tiempo, se analizará una línea jurisprudencial con base en la pregunta investigativa: ¿La Corte Constitucional protege los derechos de las madres gestantes amparando la estabilidad reforzada de manera progresiva? La postura de la Corte Constitucional, en sentencias sobre el fuero de maternidad, ha tomado distintas posturas; y ha cambiado el precedente sobre el fuero de maternidad en distintos momentos, desde la sentencia T-527/92, como primer acercamiento, hasta la sentencia SU-075/18.

La *Corte Constitucional*, en sus pronunciamientos, ha destacado aspectos importantes en lo que refiere al derecho fundamental del fuero de maternidad. En primera instancia, en la sentencia T-527/92, la *Corte Constitucional*, de manera exegética y conservadora, aclaró que el derecho al refuerzo de estabilidad no se considera un Derecho fundamental. Por lo tanto, no fue la *Corte Constitucional* quien se encargó por medio de tutela de estos asuntos. Con el tiempo, en el pronunciamiento T-497/93, la *Corte Constitucional* expresó que la terminación de un vínculo laboral no era una violación del derecho al trabajo, sin importar el estado del trabajador. Se evidenció que se seguía negando la protección de la estabilidad reforzada. Aunque, sí comenzó a tener en cuenta los derechos asistenciales a los que tienen acceso las mujeres en embarazo. En este mismo año, la Corte Constitucional -en decisión C-470/93- analizó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. El resultado fue la generación del concepto de fuero de maternidad. Esto le dio fundamento normativo a través de los art 2,11,44 de la Constitución Colombiana (1991); e internacionalmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 25, el artículo 10.2 del PIDESC. También, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Al tener un precedente vinculante internacional que entra al ordenamiento nacional por medio del art 93 de la carta magna, se hace necesario el cumplimiento de estos.

Años después, la Corte Constitucional -en la sentencia T-373/98- dio al fuero de maternidad el carácter de fundamental autónomo. Esto implica que se exige que, si las madres durante los meses de embarazo o lactancia (tres meses siguientes al parto) se despiden sin una de las causas establecidas en la ley, el empleador está obligado a reintegrar a la empleada que se encuentra amparada por el fuero de maternidad. Posteriormente, en el fallo T-426/98, la *Corte Constitucional* expresó que la terminación de un contrato a término definido está sujeto a condiciones como la subsistencia de causas, la materia del trabajo y el cumplimiento de funciones por parte de la trabajadora. Si no existe incumplimiento de estas, el empleador estará obligado a renovar el contrato.

En la sentencia T-872/00, la *Corte Constitucional* muestra rechazo ante la falta de ética de los empleadores que realizan despidos a mujeres en embarazo por vencimiento de contratos a término fijo. Expresa que el embarazo no es una causal de terminación y castiga a los empleadores que lo usan de esa manera. En el pronunciamiento T-664/01, la *Corte Constitucional*, a pesar del precedente en Sentencia T-426/98, declara que, si el despido coincide con la fecha de terminación de contrato definido, no será considerado discriminación ni una falta a la protección reforzada a la trabajadora en embarazo.

Tras mucho tiempo, la Corte Constitucional -en sentencia de unificación SU-070/13- expresa las condiciones para el desarrollo y protección de dicho fuero. También aclara cómo proteger a la trabajadora en las distintas relaciones



contractuales con el fin de garantizar los derechos de la mujer y de *nasciturus*. En la sentencia T-583/17, la Corte explica que la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en embarazo es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato. También determina que no existe un deber de informar acerca del estado de gestación al empleador al inicio del contrato de trabajo y tiene en consideración que no todos los embarazos tienen un curso tradicional.

En la sentencia SU-075/18, se presenta un cambio de precedente notable en la parte prestacional del derecho fundamental del fero de maternidad. En esta providencia la *Corte Constitucional* se pronuncia de manera regresiva a la protección reforzada del fero de maternidad. Dice que el fero de maternidad se protegerá y respetará si el empleador está notificado del embarazo de la trabajadora; de lo contrario, la mujer perderá todo beneficio que la estabilidad reforzada le pueda otorgar.

A pesar de este fuerte cambio de precedente en la sentencia anteriormente nombrada, sentencia T-030718, la *Corte Constitucional* resolvió la duda y confirmó, de manera clara y precisa, que la acción de tutela en los casos del reconocimiento de los derechos laborales de las madres gestantes se puede proteger una vez se hayan vulnerado, a través de la acción de tutela. Este proceso es de naturaleza meramente laboral; pero, por el solo hecho de verse implicado el derecho al mínimo vital -tanto de la madre como del hijo que está por nacer o que ya nació- puede proceder la acción de tutela ante esta situación.

Tras esta última decisión, la Corte Suprema de Justicia, en la sala laboral en la sentencia SL1319/2018, aclara que la protección laboral reforzada, a causa de la maternidad, va más allá de lo formal en la ley. En especial, en lo referente a causales de despido, debido a que es una garantía de estabilidad que implica la eliminación de la constante preocupación de la posible pérdida del empleo debido a que protege el derecho constitucional del neonato de la familia. Hace de la misma manera, la diferencia entre el derecho y la obligación contenida en el artículo 241 C.S.T: anota que, si bien el fero de maternidad es un derecho que tiene la madre, también tiene la obligación de informar de su estado al empleador ya que este deberá tener en cuenta la condicional de protección en caso de que conozca del estado de la mujer.

Gracias a este análisis, se puede evidenciar que a lo largo del tiempo, la tendencia que ha prevalecido en la *Corte Constitucional* es la de proteger y garantizar la estabilidad reforzada de la mujer en embarazo que le brinda el fero de maternidad. Los empleadores deben garantizar todo lo que este fero abarca. También, es más que evidente la violación del principio de no regresividad en la Sentencia SU-075/18, debido a que el nivel del derecho que las mujeres trabajadoras gestantes habían alcanzado se reduce con la necesidad de notificación

al empleador en derechos como la intimidad. Esto se había adquirido ya en un alto nivel; y fue disminuido por esta decisión de la Corte. Con base en el principio de progresividad, es pertinente dar paso al análisis del principio *pro homine*, su significado y cómo este repercute en la responsabilidad por hecho ilícito.

I.3. Principio *Pro Homine*

Existe un conjunto de normas internacionales e internas que, usualmente, tratan de un mismo tema en cuestión o de uno con afinidad en sus partes. Bajo normas universales, declaraciones de derechos y tratados internacionales, cada estado asume responsabilidades y compromisos. Entre ellos, el de acoplar su normativa interna con lo expuesto dentro de las normas universales. Sin interponerse en la jerarquización o en la supremacía que ha de usar cada Estado con la aplicación de su normativa, se exige que exista una compatibilidad plena entre los derechos humanos protegidos y las responsabilidades que ha de asumir cada Estado para la protección de los mismos.

Conjuntamente, cada Estado -que incorpore dentro de su normativa una constitución- debe tener en cuenta que es necesario un catálogo de derechos fundamentales para concebir una jerarquía igualitaria entre las normas nacionales e internacionales. Y con ello, que el pueblo no solo conozca de la estructura y el funcionamiento del Estado sino que, también, conozca los derechos y deberes que tiene dentro de la constitución. Así se crea una ponderación eficiente entre los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y la normativa interna para centrarse en la creación de vías legales dispuestas a abarcar la cohesión de estos.

Como consecuencia de la integración de ambas normativas surge el principio *Pro Homine*, el cual es definido por Pinto (2018) como:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (p.163).

Lo anterior, refiere que el principio *Pro Homine* es un mecanismo para la resolución de una situación fáctica de hecho jurídico que el juez tenga que conocer y dar paso a la ponderación de la acción que sea más favorable conforme al estudio de las dos leyes y el control de convencionalidad al que se encuentra sujeto el Estado. Conforme a esto, el juez determina qué ley le favorece al ciudadano. La *Corte Constitucional* se ha pronunciado respecto al principio *Pro Homine* en la



Sentencia C-438/13 y ha expresado que el Estado colombiano, por medio de los jueces y demás asociados, al estar fundado por el respeto a la dignidad humana y tener el deber de garantizar la efectividad de principios, deberes y obligaciones, tomará la decisión y tendrá en cuenta el criterio más favorable para dignidad humana. A esta obligación se le ha determinado como “principio de interpretación *Pro Homine*” o “pro persona” que se encargará de imponer la interpretación de normas jurídicas que sean más favorables a la persona y sus derechos.

Conforme a lo estipulado anteriormente, no solo se debe garantizar la protección de la mujer sino que debe prevalecer el derecho a la vida y la dignidad humana del *nasciturus*. Por lo tanto, se toma en cuenta que no es viable la existencia de un lapso de tiempo definido para que la mujer informe a su empleador de su estado de gestación puesto que no en todos los casos es posible determinar desde cuando existe fecundación en el útero.

Existe un deber por parte del Estado de garantizar el desarrollo normal y sano del menor desde un ámbito psicológico partiendo desde la gestación hasta el nacimiento del mismo. Teniendo en cuenta que los intereses de los niños priman por encima de cualquier otro, al afectar de manera económica a la madre gestante, se están vulnerando tanto los derechos civiles como las garantías jurídicas al *nasciturus*. Entonces, cabe preguntar: ¿cuál es la garantía empleada por el Estado para la protección del bienestar infantil conforme al régimen constitucional que ha de proteger a la madre según el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia (1991)?

En el artículo 3, Convenio 003 sobre la protección de la maternidad, de La Conferencia General de la OIT de 1919, ratificado por Colombia en 1933, se expone que, en toda empresa, industria o comercio, público o privado, exceptuando a las empresas familiares, las mujeres tendrán derecho a: Primero, ausentarse al trabajo durante seis semanas después del parto. Segundo, tendrá derecho a recibir las prestaciones suficientes para la manutención del menor y de la mujer, dichas prestaciones serán fijadas por cada país y pagadas por el Estado. Tercero y último, si amamanta a su hijo, tendrá derecho a dos descansos de media hora con el fin de lactar a su hijo.

II. Responsabilidad por hecho ilícito internacional

Admitida la idea de un derecho que tiene por destinatarios de sus normas a los Estados en sus recíprocas relaciones, es claro que la actividad de éstos puede ser conforme o contaría a aquellas reglas. Acto ilícito internacional, será, pues, el emanado de cualquier persona física, de una parte, contraria a las normas establecidas por el Derecho de Gentes, y, de otra, susceptible de atribuirse, en virtud de un proceso de imputación, de manera directa o indirecta, a un Estado.

En el contexto del Derecho Internacional, es importante mencionar que la responsabilidad desplegada para los Estados partes de un convenio es un conjunto de derechos, obligaciones, principios y fundamentos constantes en las cartas supranacionales firmadas y ratificadas. La causalidad de dichos compromisos establece la responsabilidad de adoptar medidas jurisdiccionales internas para la adopción del convenio Art. 2 CADH (1969) o, posteriormente, conocido como el control de convencionalidad.

A partir de lo anterior, surge la figura jurídica respecto a la responsabilidad de los Estados, al que se nomina hecho ilícito:

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado (Garde Castillo, 1950, p. 121).

En las disposiciones del artículo doce de esta misma convención, también se menciona que la existencia de violación de una obligación internacional se presenta cuando un Estado y sus decisiones no van de acuerdo a la política internacional y, por el contrario, van en contra de esta. Entonces, tendrá que responder por los hechos que ocasionen una violación.

Colombia, en su carta política y de manera implícita, ha señalado las obligaciones que el Estado promueve frente a sus ciudadanos y la protección de los mismos. Al incluir los diversos derechos reconocidos a nivel internacional, reconoce -entre otros- los derechos fundamentales, DESC. A su vez, ha adoptado la ratificación de los diferentes tratados que, como nación, lo han obligado a adecuar su derecho interno a los estándares internacionales. En consecuencia, se ha generado obligaciones adicionales en materia de protección del derecho a nivel internacional y en su orden interno. Colombia aprobó el PIDESC bajo la ley 74 de 1968 y lo ratificó el 29 de octubre de 1969.

De su texto, es prudente resaltar el artículo 6 por ser relevante tanto para el Derecho Interno, como el Derecho Internacional. Con él se busca la protección de todo tipo de persona bajo la percepción de su labor; y, así mismo, la garantía del ejercicio de sus derechos sin exclusión alguna. Partiendo de los supuestos anteriores, es importante también aclarar que este artículo protege a todo tipo de persona sin importar su condición humana o sexo; y a su vez de manera clara, busca la protección de este derecho para toda persona.

Es propio, a su vez, mencionar que Colombia ha aceptado la convención de *Belém do Pará*, Ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995, norma que fue declarada exequible por la misma *Corte Constitucional* en su Sentencia C-408/96 en la cual resalta:



No sólo la mujer, debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales, como toda persona, por lo cual el Estado tiene el deber de librirla de la violencia, sino que, además, de manera específica, la Constitución proscribe toda discriminación contra la mujer y ordena la realización de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer (*Corte Constitucional. Sentencia C-408/96*).

En cuanto al ámbito internacional, podemos encontrar que frente a la violencia contra la mujer, se establecen precedentes importantes como los siguientes:

III. Referencias Jurisprudenciales Internacionales

III.1. Caso penal Miguel Castro VS. Perú

Este caso nos permite establecer una conexión entre la problemática de la sociedad colombiana y la falta de protección de los derechos sociales de las mujeres. Mediante esta referencia se puede observar que se discriminando, no solo de manera violenta, sino en el acceso a diferentes oficios o profesiones por el hecho de ser mujeres.

III.2. Caso Espinoza González Vs. Perú

De este caso, citamos una parte clarificadora:

Al respecto, la Corte considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. En este orden de ideas, la Corte ha identificado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos (Corte IDH, 2014)

El párrafo refiere los distintos hechos de discriminación que han sufrido las mujeres y los estereotipos adoptados por los empleadores frente a las madres gestantes. Hasta hoy, el estado colombiano parece no erradicar este tipo de discriminación; sino, por el contrario, ha fortalecido los estereotipos en los que se basa.

III.3 Caso Nadege Dorzema y otros VS. República Dominicana

La cita siguiente describe la violación de derechos a la igualdad:

...una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación,

o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables (Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros VS. República Dominicana, 2012).

El texto parte de entender que la mujer en estado de embarazo es un sujeto de protección; por tanto, considerando el artículo 43 de la *Constitución Política de Colombia* (1991), no puede ser sujeto de normas que la expongan a un estado de vulneración de derecho o un estado de indefensión.

Además, en el contexto colombiano, existen precedentes constitucionales importantes con relación a este derecho. Así, bajo los principios constitucionales que promulga el estado se consagra, en el artículo 13 de la Carta Política, la igualdad que evita cualquier tipo de discriminación por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Este caso fue relevante para erradicar la discriminación por sexo frente a la condición de la mujer gestante con la promulgación del artículo 43 en la *Constitución Política de Colombia* (1991).

Además, en ámbitos jurisprudenciales en Colombia, se ha visto que existen posturas o retrocesos respecto a la promoción y protección de ciertos derechos. De hecho, es importante resaltar que la situación explicita en la sentencia de unificación 075 de 2018 cambia el margen de la estructura de fúero especial para las mujeres en etapa de embarazo. Esto porque, en el comunicado número 28 de julio 24 de 2018, se esboza la existencia de cambios ideológicos frente a las posiciones generales de la mayoría de los magistrados prestos al fallo. En fin, el comunicado establece alrededor de 5 salvamentos de voto en la consideración para evaluar si el cambio jurisprudencial de postura es, en realidad, el más idóneo y favorable para suprimir las discriminaciones hacia la mujer.

Frente a lo mencionado con anterioridad, y tomando en cuenta los artículos 2 y 12 de la responsabilidad de los Estados parte por ocasión de un hecho ilícito -tras la ratificación de los tratados como el PIDESC, la convención de Belém do pará, sus artículos constitucionales y la regresividad que ha tenido en el manejo de sus derechos internos- las obligaciones del Estado se ponen en duda. Es decir, se pone en duda la protección que el Estado puede brindar a la mujer en embarazo. E inclusive, se pone en duda su responsabilidad a nivel internacional con base en la interpretación errónea de sus altas cortes. Cabría preguntarse si los fallos de la corte constitucional están acorde a los principios democráticos y de promoción de derechos que, en su momento, hicieron que surgiera tal institución social. Para tal efecto, es necesario saber que nuestra Carta Política ha sufrido muchas reformas y, a su vez, se han ratificado diversos convenios de derecho internacional.



Sin embargo, la cuestión es crítica cuando analizamos los mecanismos de protección de derechos para las mujeres gestantes. De hecho, ahora mismo, no se está promulgando ni legislando nada relacionado con esta problemática. Al contrario, se define hacia las relaciones contractuales y los deberes que tiene su empleador. Sobre la validez constitucional de los últimos fallos de la corte constitucional, se tendría que evaluar si en realidad se están estructurando mecanismos eficientes para la protección de las mujeres. Por ello, es necesario establecer un juicio de valor que pondere si la legitimidad de estos fallos, que están a favor del empleador, favorece también a las mujeres. Es imperativo mencionar, a manera de reflexión y parafraseando a Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho*, que una norma puede ser válida y sin embargo puede ser injusta o reprochable. Es una circunstancia que, actualmente, afrontan las instituciones colombianas al no tener en cuenta una adecuada ponderación del derecho.

Conclusiones

El fuero de maternidad abarca el conjunto de redes o acciones que cobijan la protección y garantías de los derechos de las mujeres embarazadas respecto a temas laborales ya sea: desempleo, empleo informal o cesación de contratos sin justa causa. Este tipo de ordenamiento procesal es de gran importancia dentro del marco normativo colombiano. Responde a la necesidad de la madre gestante, a la protección del *nasciturus* y su futuro laboral.

Para garantizar la adecuación de los DESC, se concluye que el principio de progresividad y no regresividad representa, tanto en la normatividad interna como externa en materia de convencionalismo- una figura importante que tiene como objetivo primordial la equivalencia y eficacia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y su correcto cumplimiento para prevenir la vulneración de los mismos.

La Corte Constitucional de Colombia incurrió en regresividad, con la Sentencia SU-075/18, en lo que concierne al derecho del fuero de maternidad. Especialmente, en la parte subjetiva del derecho correspondiente a las prestaciones.

La Responsabilidad por hecho ilícito internacional se determina a partir del control de convencionalidad. En el marco de este control, se efectúa las disposiciones correspondientes y se jerarquiza el cumplimiento de las normas internas. Colombia como parte del PÍDESCG, debe acatar los respectivos acuerdos para evitar la negligencia en la adhesión de las normas. Frente a los mecanismos de protección a las mujeres gestantes, en el ámbito internacional, se aprecia cierta dificultad para encontrar una norma eficaz y viable en aras de proteger los derechos laborales a esta parte de la población.

Se evidencia una discriminación a las mujeres gestantes no trabajadoras pese a que el código sustantivo de trabajo colombiano en sus artículos 236 a 238 regulan y garantizan derechos para las madres en situaciones de parto, alimentación, entre otros. Asimismo, se debe tener en cuenta la garantía del efectivo goce de los derechos de todas las madres gestantes y lactantes para que el Estado colombiano no incurra en responsabilidad internacional.

Referencias bibliográficas

- Arango. R. (2006). Prohibición de retroceso en Colombia. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis (Comp.). *CEDAL-CELS*. Pp. 156-158.
- Código sustantivo del trabajo. http://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/239.htm
- Comisión Colombiana de juristas. (2010). Informe sobre la prohibición de la regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: Fundamentación y casos (2002 – 2008) https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (2007). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-005/17. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-005-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-046/18. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-046-18.htm>
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C (160), 303.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, 205, 397-401.
- Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.



- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, 235.
- Corte IDH. Comunicado No. 28 Julio 24 de 2018. I. Expediente T-6.240.380 AC - Sentencia SU-075/18 (Julio 24) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2028%20comunicado%2024%20de%20julio%20de%202018.pdf>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-038/04. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003) Caso cinco pensionistas vs. Perú. 28 de febrero de 2003. Fondo, reparaciones y costas. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
- Garzón, E. (2016). Derechos innominados en el sistema interamericano. *Dixi* 18 (24). <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1520>
- Garde, J. (1950) Introducción a la Teoría de la Responsabilidad del derecho internacional público. https://www.jstor.org/stable/44292682?seq=1#page_scan_tab_contents
- Ley 74 de 1968.-Art 6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/Jurisprudencia/antes1991/ley_74_de_1968.pdf
- Organización Internacional del trabajo. (1919). Convenio sobre la Protección de la Maternidad. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Pinto. M. (2018). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- Rosii. J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis (Comp.) CEDAL-CELS, 107. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/ilc_2001_v2_p2.pdf



Breve análisis sobre el régimen, objeto y aplicación del Hábeas Data y de la exhibición de documentos

*Brief analysis of the regime, object and application
of Habeas Data and document discovery*

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 30 de noviembre de 2022

Aceptación: 10 de diciembre de 2022

Fausto Alejandro Moreno Choud

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.03>

Resumen:

El presente constituye un breve desenmarañamiento de los conceptos, objeto y aplicabilidad procesal de dos instituciones procesales diariamente confundidas y erróneamente empleadas y comprendidas tanto por profesionales en libre ejercicio de la abogacía como por administradores de justicia. El objetivo de este trabajo es esclarecer en lo posible lo atinente a cada una de ellas y, fundamentalmente, su aplicación procesal concreta. En miras a lograr el objetivo planteado, se procederá a citar y analizar las conceptualizaciones dadas por juristas así como los límites normativos de cada una mediante el análisis de contenido bibliográfico con apoyo ocasional de hermenéutica, para lo cual he considerado necesario dividir este sucido trabajo en tres secciones: 1) Conceptos Fundamentales, 2) Objeto y Aplicación, 3) Conclusiones y Recomendaciones.

Palabras clave:

Hábeas data, garantía jurisdiccional, acción constitucional, exhibición de documentos, diligencia preparatoria, anuncio probatorio, acceso, corrección, anulación, actualización, información personal, autodeterminación informativa, banco de datos, información personal, exhibición, copias certificadas, prueba, acción, excepción



Abstract:

The current form constitutes a brief unraveling of concepts, object and the procedural applicability of two procedural institutions which are everyday confused, misused and misunderstood by both professional lawyers who exercise freely their career and justice managers; being the aim of this paper to clarify as much as possible what it concerns to each one of them and fundamentally its particular procedural application. To achieve the established objective, it shall be proceeded to quote and analyze the concepts given by jurists as well as the regulatory limits of each one of them by means of the bibliographic analysis with the occasional support of hermeneutics, for which I have considered necessary to divide this succinct paper into three sections: 1) Fundamental concepts. 2) Object and application 3) Conclusions and recommendations.

Keywords:

Habeas data, jurisdictional warranty, constitutional action, display of documents, preparatory diligente, probatory announcement, access, correction, annulment, updating, personal information, informational self-determination, data bank, exhibition, certified copies, proof, action, exception



I. Conceptos Fundamentales

El Hábeas Data como Derecho, como Garantía y como Régimen Procesal:

El Hábeas Data constituye un derecho fundamental de toda persona. Su normativa se desarrollada no solamente en el artículo 92 de la Constitución de la República del Ecuador, sino también en otros artículos del mismo cuerpo normativo, como los artículos 18 y 66.19. En ese marco podemos manifestar que el *hábeas data* se traduce en el derecho de la persona (natural o jurídica) titular o afectada por información constante en registros o bancos de datos privados o públicos para conocerla, obtenerla y -de considerarlo necesario como titular- exigir su rectificación o anulación.

Contextualizado de ese modo, el *hábeas data* es parte de un derecho aún mayor que va desde la obtención y difusión de información libre, veraz, actual y oportuna¹, pasando por el derecho a la intimidad (que incluye el que la persona no sea afectada por informaciones erradas, no consentidas o falsas sobre sí), hasta llegar al derecho de vivir en un Estado democrático en el que la información, su confidencialidad y su publicación se sujetan a la participación popular plural y al respeto de la intimidad².

Lo explicado en líneas anteriores se ratifica en la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional dentro del Caso No. 41-2007-HD, misma que expresa:

...se desprenden tres derechos, como: Derecho de acceso, derecho de conocimiento, derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos. Estos tres derechos confirman el objetivo básico del Hábeas Data: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar el honor, el buen nombre, y el ámbito de la privacidad de la persona, como consecuencia de la difusión de esos datos erróneos, incompletos o inexactos (Suplemento el Registro Oficial N° 244, 3 de enero del 2008).

Así pues, al analizar al *hábeas data* como un derecho, nos damos cuenta de que engloba y protege otros derechos; y, al proteger otros derechos que ella contiene, se convierte también en una garantía jurisdiccional; pues en el caso contrario, carecería de eficacia jurídica. Por tanto, este derecho <<padre>> –por decirlo de alguna manera– es creado para garantizar el ejercicio de los derechos que abarca: el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la protección, corrección o anulación de la información íntima y/o personal. Estos derechos venderían a esbozar el contenido esencial del derecho *hábeas data*. Esto es corroborado, entre otras, por la sentencia dictada por la Tercera Sala

¹ Corte Constitucional Ecuatoriana. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana - Cuadernos de Trabajo. Quito-Ecuador-2013, p. 188.

² La intimidad es un concepto que engloba tanto lo que se conoce como derecho a la autodeterminación informativa cuanto el derecho a la rectificación de datos o informaciones íntimas de la persona.

de la Corte Constitucional dentro del caso N° 0065-2008-HD, en que se manifiesta: “(...) Esta garantía constitucional creada para salvaguardar el derecho a la autodeterminación informativa, procura mantener el control de los datos que existan sobre una persona o sobre sus bienes, y para proteger el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.” (Tercera Sala de la Corte Constitucional, 2009).

En virtud de lo anotado, colegimos que el hábeas data es un derecho y una garantía que cobra vigencia como tal y tiene efectividad solo si posee aplicación procesal. Dicho de otra manera, el hábeas data solo es un derecho efectivo si puede ser ejercido y reclamado procesalmente en tribunales constitucionales, pues como bien anota Oswaldo Gozaíni “Todos los procesos constitucionales llevan como finalidad ofrecer una vía de protección a los derechos fundamentales (...)” (Gozáíni, 2009, p. 219).

La exhibición de documentos y archivos

La exhibición de documentos está localizada dentro del Derecho Procesal, por ello la encontramos normada como “diligencia preparatoria” en el Capítulo X, Título II del Código Orgánico General de Procesos vigente en el Ecuador y como anuncio probatorio en el artículo 142 numeral 8 del mismo código adjetivo (concordante con los artículos 152, 159, 219 y 220 del mismo cuerpo normativo). Con base en esto podríamos ya concluir que la exhibición de documentos constituye netamente un régimen procesal, no obstante lo cual analizaremos un poco más a fondo las definiciones de esta institución jurídica.

La enciclopedia jurídica Omeba nos dice que en el sintagma ‘exhibición de documentos’ se alude “... a los documentos que se deben acompañar las partes tanto en su demanda como en su contestación y/o reconvención...” (Omeba, 1979, p. 517). Esta acepción es complementada con la dada por el tratadista Guillermo Cabanellas (1997), quien en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a la exhibición como la “presentación de documentos u otras pruebas” (p. 629). Por tanto, es posible exhibir cosas, bienes, documentos, archivos, entre otros.

De lo anotado, se colige que la exhibición de documentos constituye un régimen procesal que tiene una doble faceta: uno como diligencia preparatoria encaminada a obtener las pruebas necesarias para alcanzar el triunfo procesal en un juicio principal; y otra que sería parte del anuncio probatorio requiriendo que el juez, ya en la causa principal, disponga la exhibición de documentos que hacen prueba. En palabras del tratadista Emilio Velasco Céller (1991), la exhibición de documentos “es una diligencia judicial, que puede pedirse como diligencia preparatoria o como prueba dentro del respectivo término” (p. 82).



II. Objeto y Alcance

Habiendo conceptualizado ambas instituciones procesales, y tras el esbozo hecho respecto del alcance de cada una, corresponde analizar el objeto de cada una y su aplicación práctica dentro del ámbito procesal en las ramas de derecho a las que pertenecen.

Hábeas Data

El objeto del *hábeas data*, como hemos visto anteriormente, es proteger los datos íntimos y particulares de ciudadanos en general, sean estos personas naturales o personas jurídicas. Esta protección dota a la institución de tres dimensiones de las cuales, para el objetivo planteado, nos interesa la dimensión procesal.

Así, cabe la pregunta: ¿Cuál es el objeto de un proceso constitucional de *hábeas data*? Evidentemente, el objeto del *hábeas data* es la protección del derecho a la intimidad de quien sea el legitimado activo quien exige dicha protección. Las correspondientes implicaciones que tiene ese derecho son: exigir que se corrija, actualice, anule, modifique o sincretice su información³. Entonces, encontramos que esta garantía normativa solo cobra plena vigencia cuando se habilita a la persona afectada para que inicie un proceso jurisdiccional en miras a obtener tutela de su derecho a la autodeterminación informativa y a la intimidad.

El derecho a la intimidad como género que caracteriza la defensa de la privacidad, el honor, la imagen, la reputación, la identidad, entre otros derechos que mencionamos en los capítulos iniciales, es el fundamento de la garantía que tutela el *hábeas data*.

Al ser garantía, es la herramienta procesal que la Constitución dispone para afianzar el cumplimiento de los derechos fundamentales; por eso, a partir del derecho de amparo creado por la Constitución Nacional, se perfila este proceso constitucional específico de protección a la persona agredida o amenazada por los bancos de datos que aprovechan la información personal que le concierne (Gozaíni, 2009, p. 246).

3) Fabián Soto Cordero en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana publicado por la Corte Constitucional, respecto del objeto que persigue el *hábeas data*, manifiesta: "Este primer acercamiento al *hábeas data*, nos permite establecer las dimensiones utilitarias de esta garantía, bajo las cuales se la puede dividir en cinco criterios básicos en relación al objeto específico que puede perseguir:

- a) Hábeas data informativo (derecho de acceso)...
- b) Hábeas data aditivo (derecho de modificación)...
- c) Hábeas data correctivo (derecho de corrección)...
- d) Hábeas data de reserva (derecho de confidencialidad)...
- e) Hábeas data cancelatorio (derecho a la exclusión de información sensible...".

En esto coincide también el maestro German J. Bidart Campos al tratar el *Hábeas Data* en el capítulo **XXVIII** de su obra "Compendio de Derecho Constitucional".

En este sentido, el maestro Oswaldo Gozaíni ratifica cuál es el objeto del proceso constitucional de *hábeas data*. Es claro que las pretensiones de actualización, eliminación, corrección, modificación o confidencialidad pueden ser planteadas de manera accesoria a la de conocer. Se sostiene que, en dicho reclamo constitucional, cabe la subsidiariedad, pudiendo solicitarse el acceso y la información para que, confirmándose la existencia en el registro, se concreten las consecuentes pretensiones de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad. Así, se afirma pues que quien incoa un *hábeas data*, primero debe obtener que el juzgador disponga al responsable del archivo en que reposan los datos del accionante dé acceso a este último, a la información requerida y que, una vez que haya accedido, plantee las acciones de control efectivo que se crea conveniente deducir.

Lo indicado es ratificado por la sentencia del 10 de marzo del 2009 dictada por la Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador dentro del Caso N° 0076-2008-HD, que expresamente sostiene que:

Esta garantía constitucional tiene dos momentos: a) El acceso a la información y el conocimiento del uso de la misma; b) La modificación de la información o su eliminación de ser el caso, precisamente porque mantener la información o mantenerla con errores, falsedades, incorrecciones, pueden afectar al buen nombre, la imagen personal o familiar, la dignidad o la honra de las personas. **De ahí que, de no existir supuestos para el segundo momento, la acción concluye con el conocimiento del propietario de sus datos e informes cuyo acceso solicita”** (Tercera Sala de la Corte Constitucional, 2009)⁴.

De lo indicado se colige que el *hábeas data* puede ser encaminado a materializar las siguientes pretensiones:

1. Solamente, conocer los datos que sobre sí, su familia, etnia y/o bienes reposan en determinado banco o archivo, basado en la hipótesis de que dicha información concierne al accionante y requiere saber qué datos son y cuál es la finalidad de dicho registro (*hábeas data* informativo).
2. De saber cuáles son los datos contenidos en el archivo o banco de información o de haberlos conocido ya dentro del proceso constitucional, habiendo constatado que son erróneos, inexactos, falsos, privados, íntimos, caducos, etc., solicitar que dichos datos sean modificados (*hábeas data* aditivo), corregidos (*hábeas data* correctivo), cancelados o suprimidos (derecho a la exclusión de información sensible); o, que se guarde reserva sobre ellos (*hábeas data* para obtener confidencialidad).

⁴ Edición Especial N° 11 del Registro Oficial de fecha miércoles 25 de marzo del 2009.



Ahora bien, habiendo dilucidado el objeto del *hábeas data* en su dimensión procesal, corresponde analizar su alcance, para lo cual sostengo que el corregir, anular, modificar, adicionar o sincretizar la información no implica mayor problema. No así, lo referente al acceso, ante lo cual cabe preguntar ¿el *hábeas data* permite obtener copias certificadas de la información que sobre sí reposa en los archivos o bancos de datos? Pues, tras haber analizado que el *hábeas data* puede agotarse con el acceso a la información que el titular de la misma desea conocer, hay que aclarar si dicho acceso implica entrega de copias certificadas del soporte material o digital directamente a la persona afectada, la exhibición de dicha información en original dentro del proceso jurisdiccional o incorporación de copias certificadas de la información requerida al expediente del proceso.

Este problema en particular no está resuelto por la normativa vigente, pues ni la Constitución de la república su artículo 92 ni el artículo 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indican cómo ha de concretarse procesalmente el acceso a la información requerida. Por esto, corresponde a la magistratura constitucional y a la doctrina delinear la manera en que ha de concretarse el *hábeas data* informativo.

Al respecto, el tratadista Iván Escobar (2005) indica que el *hábeas data* es el proceso constitucional incoado por medio de:

...la acción que le asiste a toda persona para solicitar a las autoridades judiciales **la exhibición de los registros** que llevan las autoridades o las personas privadas en los cuales aparecen sus datos personales o los de su grupo familiar o étnico... (Escobar, 2005, p.300).

Con esto, se podría sostener que acceso a la información requerido por el afectado por medio del *hábeas data* se traduce en una exhibición del banco de datos y la información que, sobre éste, reposa en aquél.

En este sentido, se ha pronunciado también la Primera Sala Del Tribunal Constitucional mediante sentencia emitida el 14 de mayo del 2008 dentro del caso N° 0042-2007-HD, indicando que:

... si esta es la pretensión del recurrente no podemos soslayarla, aunque en su empeño haya mal empleado la palabra exhibición, que tiene obviamente, su propio andarivel en el ámbito del procedimiento civil; efectivamente, el uso de esta expresión de ninguna manera puede constituirse en un pretexto para desoir el anhelo de la información que sobre sí mismo tiene el recurrente a través del *hábeas data*, que como hemos señalado es un recurso sencillo y ágil cuyo objetivo es tutelar o garantizar derechos de las personas, tales como: el derecho a dirigir peticiones y a recibir atención a las preguntas pertinentes; el derecho a acceder a fuentes de información, a acceder a documentos y bancos de datos; a buscar, recibir y conocer

información objetiva, veraz, plural y oportuna sobre sí misma o sobre sus bienes (p.300).

A más de ello, cabe analizar la pertinencia de pretender que el acceso a la información requerida mediante *hábeas data* se concrete mediante la entrega de copias certificadas. Para ello, debemos recordar la definición del término “acceso” que el Diccionario de la Real Academia de Española (2014) nos da en su primera acepción: “Acción de llegar o acercarse” (p. 20), definición con la que coincide la Enciclopedia Jurídica Omeba (1978)⁵. Por ende, atendiendo al significado dado a la palabra “acceso”, se debería desechar el concepto de que por el *hábeas data* (informativo), al disponer el acceso a la información del accionante, se debe entregar copias certificadas de la información requerida.

Sin embargo, el argumento esgrimido no encuentra asidero solamente en definiciones; pues, la sentencia N° 001-14-PJO-CC dictada en el Caso N° 0067-11-JD por la Corte Constitucional para el período de transición analizó que el artículo 92 de la Constitución de Montecristi:

...no estatuye como objeto de la acción de hábeas data el adquirir dominio, posesión o tenencia sobre los documentos en los que se hallan registrados los datos, sino conocimiento sobre su existencia y acceso a los mismos.
(...). En el caso sub júdice, la pretensión de la accionante no podría haber sido concedida por parte del juez, pues lo que ella requirió es la entrega física o cambio en la tenencia de los libros de la compañía, lo que no puede concederse a través de la garantía de *hábeas data*, aunque tales libros contengan la información que ella necesitare... (Gaceta Constitucional N° 007, 2014, p.195)⁶.

Con base en este criterio se determinó como regla de jurisprudencia obligatoria *erga omnes* que:

...El *hábeas data*, como mecanismo de garantía del derecho a la protección de datos personales, no podrá ser incoado como medio para requerir la entrega física del soporte material o electrónico de los documentos en los que se alegue está contenida la información personal del titular sino para conocer su existencia, tener acceso a él y ejercer los actos previstos en el artículo 92 de la Constitución de la República; el juez está obligado a utilizar todos los mecanismos que establece la ley para efectos de garantizar debida y eficazmente los actos constantes en el artículo referido... (párr.3)

5 “Acceso. Del latín *accesus*, llegada, venida, aproximación. Acción y efecto de llegar y acercarse.” Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Pag. 159. Editorial Driskill. Buenos Aires - Argentina.

6 El resaltado pertenece al autor.



De este modo, queda claro que la jurisprudencia constitucional, la doctrina y la definición dada a las palabras *acceder* y *acceso*, en lo que al hábeas data respecta, significan inequívocamente que la persona vulnerada en sus derechos constitucionales por información privada, íntima y personal que reposa en archivos o bancos de datos no puede pretender que su derecho de acceso a la información en cuestión sea reparado mediante la entrega física de originales o copias certificadas de la misma.

Exhibición de Documentos y Archivos

Como hemos visto anteriormente, la exhibición de documentos (sean físicos o virtuales) tiene una doble connotación jurídica dentro de la legislación nacional: una como diligencia previa o preparatoria y otra como parte de un anuncio probatorio en los actos de proposición. En este sentido, se entiende a la exhibición de documentos como “... aquella institución procesal que se relaciona con la aportación de documentos al proceso tanto por las partes como por terceros...” (Omeba, 1979). Son, por tanto, documentos que hacen o harán prueba en juicio.

En la misma línea, la legislación española con su Ley de Enjuiciamiento Civil ha creado tres instituciones procesales separadas pero relacionadas con la exhibición de documentos: medidas de aseguramiento de la prueba, acto preparatorio de exhibición de documentos y exhibición de documentos dentro del proceso (en la etapa probatoria). En contraste con ello, el actual Código Orgánico General de Procesos vigente en Ecuador desde 2016 solo prevé la exhibición de documentos como anuncio probatorio (Artículos. 142.8, art. 158, 219 y 220) y como diligencia preparatoria (Art. 122 núm. 1, 2 y 3).

En tanto anuncio probatorio, es indiscutible que solo se hace ya en etapa procesal dentro de juicio en los llamados actos de proposición, por lo que el mencionado Código es claro al disponer que las partes anuncien (ya sea en la demanda o en la contestación) la solicitud de acceso judicial a la prueba⁷. Al respecto, el maestro Emilio Velasco Céller (1991) indica “... que en la petición debe concretarse y determinarse el documento cuya exhibición se solicita y la relación que tenga con la cuestión que se ventila o que ha de ser materia de la acción o excepción que se trata de perseguir” (p. 83).

Por otra parte, la exhibición como diligencia preparatoria nos obliga a analizar el artículo 120 del COGEP, mismo que contiene las finalidades de las diligencias preparatorias y cuyo texto reza:

Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

⁷ Art. 142.8 para la demanda y, para la contestación, Art. 152 inciso tercero del Código Orgánico General de Procesos.

3. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
4. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

Lo primero que se debe indicar es que este artículo contiene un derecho facultativo para las partes que litigarán en un eventual proceso futuro, pues el encabezado de normativo dice textualmente que todo proceso podrá ser precedido por una diligencia preparatoria, con lo cual se denota la facultad de emplear o no las diligencias preparatorias con las finalidades que la misma norma contempla. Entre dichas finalidades, nos interesa esencialmente la segunda, pues la primera debe ser considerada como un mecanismo que legislador creó a fin de prevenir y evitar excepciones previas y nulidades.

Así, al disponer la norma, las diligencias preparatorias podrán ser incoadas siempre que se busque anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La norma busca asegurar la prueba e impone, con ello, la obligación al peticionario de anunciar dicha finalidad en su petición no obstante, la regulación de esta institución. En este sentido la norma deja suelto el hecho de si es o no obligación del actor justificar la urgencia y/o el riesgo de pérdida o alteración de la prueba y abre la siguiente interrogante: ¿se puede iniciar una diligencia preparatoria de exhibición de documentos para obtener y preparar la prueba que ha de practicarse en un juicio aunque la misma no corra peligro de pérdida?

A simple vista, pareciera que al contener el artículo 120 una norma cerrada, complementada con el contenido del inciso primero del artículo 121 del mismo cuerpo normativo⁸ , circunscribe únicamente a las finalidades ya indicadas; y por tanto, ni si quiera la finalidad contenida en el numeral 2 del artículo 120 permite incoar una diligencia preparatoria de exhibición de documentos para obtener las pruebas a ser practicadas en el juicio y asegurar así el triunfo procesal. Pero, eso es una visión literal y enclaustrada en la ley. De ahí que, para despejar la interrogante planteada en el párrafo anterior, tenemos que acudir a la doctrina; más aún, cuando lo que está en juego es un derecho constitucional consagrado en las letras b) y h) del numeral 7 del artículo 76 de la Norma Fundamental. Es decir, el derecho a la defensa en estricta relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, la Doctora Sílvia Pereira Puigvert (2013) nos dice: “En términos genéricos, el cauce de las diligencias preliminares será utilizado por el actor para recabar documentos, declaraciones o la exhibición de cosas y así preparar, con absolutas garantías, la demanda.” (p. 38). Esta tesis es compartida por el maestro Cabanellas (1997), para quien las diligencias preparatorias -y dentro de estas,

8 Art. 121.- La parte que solicite diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la **finalidad concreta del acto solicitado**.



la de exhibición de documentos- tienen “... la finalidad de preparar un juicio con determinadas pruebas o comprobaciones que den fundamento o seguridad mayor a las pretensiones la parte actora” (p. 255).

Así, las diligencias preparatorias son actos previos al juicio que tienen el fin de asegurar, obtener y/o preparar pruebas que han de servir de fundamento para el ejercicio de una demanda⁹. Son, por tanto, acciones requeridas por el actor para fundamentar una demanda o contestarla. En tal virtud, mal podría sostenerse que las diligencias preparatorias, en general -y dentro de éstas, la de exhibición de documentos-, no pueden ser deducidas para obtener pruebas que permitan asegurar el triunfo procesal, aunque dichas pruebas no corran riesgo de perderse, destruirse o alterarse:

...Las diligencias preliminares son actuaciones preprocesales destinadas a preparar mejor la correspondiente demanda y el juicio que se seguirá. El demandante, en un momento inicial, tiene el derecho de acudir a las diligencias preliminares (...) con el objetivo de obtener información para preparar la demanda y el proceso con absolutas garantías... (Pereira, 2013, p. 94).

Con este antecedente, siguiendo la línea trazada, podemos decir que la exhibición de documentos como diligencia preparatoria puede ser incoada a fin de poder anunciar como medio de prueba en la demanda los documentos que en dicha diligencia se obtengan. Es, por tanto, una institución equiparable a la institución probatoria de exhibición de documentos correspondiente a la fase procesal. Así también: “...nada impide que si no se estima la solicitud de la diligencia preliminar se acuda a la exhibición documental y si se cumplen los presupuestos de la misma se acceda a la exhibición.” (p. 106), pues lo que se exhibe es “el instrumento o documento para ser glosado a los autos, en original o copia auténtica, posibilitando así que pueda ser valorado al sentenciar por el tribunal...” (Omeba, 1979, p. 517).

III. Conclusiones y Recomendaciones

Tras el análisis constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario realizado, se hace evidente que el *hábeas data*, en su dimensión procesal, permite reclamar al titular del derecho desde el simple acceso a la información sobre sí, su familia, grupo o etnia, que repose en archivos o bancos de datos privados o públicos hasta su anulación y eliminación. Para dicha anulación es necesa-

⁹ La Encyclopédia Jurídica Omeba, en la página 847 del Tomo VIII define a las diligencias preparatorias de la siguiente manera: “a) *Diligencias preparatorias o preventivas. Constituyen diligencias preparatorias las actuaciones preliminares de un juicio que son realizadas con la finalidad de preparar o asegurar determinadas pruebas o comprobaciones que han de servir de fundamento para el ejercicio de una acción.*”

rio justificar únicamente la negativa del responsable del archivo a permitir el acceso o la negativa a actualizar, rectificar, eliminar o anular dicha información según lo permite el Artículo 50 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La persona afectada puede, de igual manera, exigir que el juez constitucional disponga que se le permita únicamente el acceso, sin necesidad de pretender ninguna otra acción, pues la actualización, rectificación, eliminación o anulación son pretensiones subsidiarias y no, obligatorias para que prospere el *hábeas data*.

A lo antedicho, se suma la facultad que tiene el titular de la información para solicitar el acceso a la información personal cuantas veces lo desee estando el responsable de dicha información obligado a permitirle el acceso cuantas veces le sea requerido (Sentencia del 4 de febrero del 2009 de la Primera Sala De La Corte Constitucional - Caso N°. 0023-08-HD). Sobre este aspecto hay que aclarar que el *hábeas data* no faculta al titular de la información a requerir la entrega de originales o copias certificadas de la misma de parte del responsable del archivo dentro de un litigio constitucional, sin embargo, considero que si el responsable del archivo niega extrajudicialmente al titular de la información la entrega de copias certificadas, esa negativa sí constituye antecedente y sustento para el inicio de una acción de *hábeas data* en la que se pida al juez que disponga se le dé acceso a la información cuyas copias certificadas le negaron ya que la práctica diaria y común demuestra que las personas no familiarizadas con el mundo jurídico piden copias certificadas de su información personal con la mera intención de conocer qué información reposa de sí en los bancos de datos públicos o privados, con lo que se configuraría un *hábeas data* informativo.

En este último sentido, a base de la argumentación constitucional que se haga en el litigio, el accionante puede fundamentar su petición y pretensión procesal de acceso en la negativa de entrega de copias certificadas de su información, datos o archivos personales, anunciando de antemano que, una vez que haya tenido acceso a los datos que personales que requiere y de ameritar el caso, pedirá en el mismo proceso se disponga la anulación, corrección, supresión, actualización o que se guarde reserva sobre dichos datos.

En contraste con las conclusiones procesales a las que arribamos respecto del *hábeas data*, la exhibición de documentos puede ser requerida tanto en una petición de diligencia preparatoria así como en el anuncio probatorio dentro del libelo de demanda, en la contestación a la demanda, en la reconvención o en la contestación a la reconvención, siendo que para cualquier caso de exhibición la parte requerida debe ser compelida por el juez a presentar originales o copias debidamente certificadas de los documentos o archivos dentro del proceso, disponiendo que los mismos sean incorporados al expediente; esto por cuanto "...en el proceso civil, mediante los requerimientos de exhibición, se tra-



ta de permitir a los ciudadanos y personas jurídicas obtener la efectividad de sus derechos subjetivos frente a conductas injustificadamente obstructivas por parte de otros sujetos..." (Pereira, 2013, p.112).

Con este antecedente es claro que mientras el hábeas data se circunscribe – por ser este el núcleo esencial del derecho- al acceso a datos personales, familiares, étnicos o económicos del accionante con posibles fines de corrección, actualización, anulación o reserva de los mismos; la exhibición de documentos y archivos tanto como diligencia preparatoria o como anuncio probatorio es amplia pues se alcanza a todo título, documento, archivo, registro, etc., que pueda servir al peticionario para probar sus alegaciones dentro del proceso no constitucional; razón por la que en miras a garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa del accionante dentro del proceso, la diligencia preparatoria de exhibición encaminada únicamente a obtener pruebas que aseguren un triunfo procesal es plenamente procedente, lo cual es reforzado con la amplitud prevista por el artículo 122 del COGEP que dispone, además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse diligencias preparatorias. Es decir, que las diligencias previas, si bien no deben confundirse con el hábeas data debido al objeto y alcance de cada institución, no se restringen únicamente a las enumeradas por el mentado artículo, artículo cuya enumeración tiene el carácter de ejemplificativa y no de taxativa.

En virtud de aquello, la petición de exhibición, ya sea como diligencia preparatoria o como anuncio probatorio, debe ser redactada en miras a obtener la exposición y la incorporación de copias certificadas u originales del documento, archivo, informe, título, etc. en el expediente judicial en el momento procesal oportuno con la finalidad de que se cumpla el objetivo probatorio de la petición de exhibición, para lo que bastará que el requirente justifique la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba cuya exhibición se solicita, no cabiendo por ende la conclusión de que "*no procede la exhibición como anuncio probatorio por que la prueba debía preconstituirse por medio de diligencia previa*" ya que, como he manifestado, conforme la redacción del artículo 120 del COGEP, iniciar una diligencia previa es facultativo de la parte interesada.

Finalmente, considero que es imprescindible realizar una distinción más entre las dos instituciones jurídicas que han sido objeto del presente análisis, distinción que tiene que ver con los requisitos esenciales de cada una de ellas, así, respecto al hábeas data, tenemos que el artículo 50 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus tres numerales dispone que para interponer la acción se requiere previamente que la persona afectada por la información haya requerido al responsable del archivo o banco de datos el acceso, modificación, anulación, actualización o rectificación de la información personal y que dicha petición haya sido negada expresa o tácitamente

o que la información personal haya sido usada sin autorización del titular¹⁰; de tal manera que el contenido del artículo en cuestión contiene taxativamente verdaderos requisitos de procedibilidad, pues la garantía jurisdiccional de hábeas data solo puede activarse cuando se demuestra que se ha negado el acceso, corrección o anulación de la información requerida por el titular o que dicha información ha sido empleada sin previa autorización, con lo que –además– la mencionada garantía presupone que la misma solo se entabla entre el titular de la información y el responsable del archivo o banco informativo.

Por su parte, la exhibición de documentos como diligencia preparatoria no requiere que previamente el peticionario haya solicitado la información a la contra parte o a un tercero en poder del cual se halle la información, sino que la norma exige que se indique la finalidad de la diligencia y la relación que los documentos cuya exhibición de solicita guardan con la acción o excepción a deducir. Similarmente, la petición de exhibición de documentos requerida a la contra parte o a un tercero como anuncio probatorio debe ser fundamentada, lo que no implica necesariamente que previamente haya cursado solicitud de quien quiere hacer valer los documentos a ser exhibidos, ya que la fundamentación referida por el numeral 8 del artículo 142 del COGEP alude a dos aspectos: uno concerniente a la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba y otro relativo a que puede bien haber sido negada alguna petición anterior o a que la obtención directa sin auxilio judicial está legalmente vedada. Como ejemplo de esto último podemos citar los artículos 80 y 84 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mismos que disponen que la información de los clientes o abonados de las operadoras de telecomunicaciones solo pueden ser entregadas a petición de autoridad competente dentro del debido proceso.

¹⁰ LOGJCC: Art. 50.- Se podrá interponer la acción de hábeas data en los siguientes casos:

1. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas.
2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos.
3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.



Referencias bibliográficas

- Cabanellas, G. (1997). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta.
- Corte Constitucional Ecuatoriana. (2013). Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. *Cuadernos de Trabajo No 4*. Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2018). Código orgánico General de Procesos.
- _____. (2014). Constitución de la República del Ecuador.
- _____. (2018). Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- Omeba. Enciclopedia Jurídica. (1979). Editorial Driskill. <https://www.omeba.info/versi%C3%B3n-electr%C3%B3nica/>
- Escobar, I. (2005). Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa.
- Gaceta Constitucional. (2014). 7. Del 3 de julio de 2014.
- Gozaíni, O. (2009). Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Fondo editorial de derecho y economía.
- Pereira, S. (2013). La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos. Universidad de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/104485>.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Editorial Planeta.
- Velasco, E. (1991). Sistema de Práctica Procesal Civil. Pudeleo Editores.



Incidencias socio-jurídicas de la no aplicación del derecho a la libertad de religión en el Ecuador

Socio-legal incidences of the non-application of the right to freedom of religion in Ecuador

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 2 de diciembre de 2023

Aceptación: 27 de diciembre de 2023

Belkis Alida García

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.04>

Resumen:

Este artículo trata sobre el derecho a la libertad de religión, el cual está reconocido jurídicamente en la Carta Magna de la República del Ecuador y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, este derecho es quebrantado en su ejercicio, toda vez que existen elementos discriminatorios y desigualdad que se pueden demostrar en el orden jurídico, social, cultural, informativo, educativo, entre otros. Desde este punto de vista, también se vulneran o restringen otros derechos como es el de la libertad de conciencia, de pensamiento y opinión, de comunicación e información, y de expresión. Esto sucede porque el derecho no funciona de forma aislada, sino que abarca un todo compuesto por partes y, viceversa. Esta es la verdadera esencia del derecho. Este problema tiene fuertes incidencias sobre la labor de los médicos y sobre los mismos pacientes urgidos de sanación ante la posibilidad de perder su vida. Esto surge porque no se ha concientizado y sensibilizado a la sociedad sobre el respeto hacia las distintas creencias y prácticas religiosas. Una concientización sobre estos temas permitiría garantizar todos los derechos y objetivos del buen vivir.

Palabras clave:

Libertad de religión, laicidad, creencia, culto, libertad de pensamiento



Abstract:

This article is about the right to freedom of religion, which is legally recognized in the Magna Carta of the Republic of Ecuador and in the Universal Declaration of Human Rights, however it is broken in the exercise of it, since there are elements discriminatory and inequality that can be demonstrated in the legal, social, cultural, informative, educational, among others. From this point of view, other rights are also violated or restricted, such as freedom of conscience, of thought and opinion, of communication and information, and of expression, since the law does not work in isolation, but encompasses a whole composed of parts, and vice versa, this being the true essence of law. This problem has a strong impact on the work of doctors and on the patients, who are urged for healing before they lose their lives. This arises because society has not been made aware and sensitized that there are other religious beliefs and practices that allow them to perform or not activities other than the Catholic religion, always seeking to guarantee all the rights and objectives of good living.

Keywords:

Freedom of religion, secularism, belief, worship, conscience, freedom of thought



Introducción

El derecho a la libertad de religión es considerado como uno de los derechos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El ejercicio de este derecho está relacionado con otros derechos como el de conciencia, pensamiento y expresión. Esto sucede porque el derecho funciona vinculante con otros derechos. Sin embargo, por la falta de una norma reguladora, este derecho ha sido vulnerado, principalmente a causas de la discriminación y de la desigualdad debidas a la intolerancia de la sociedad hacia las diferentes entidades u organizaciones religiosas. Por esta razón, es importante la presencia de una ley que regule este derecho en aras de garantizar el desarrollo integral de los creyentes.

El presente artículo se refiere a un tema específico y de mucha importancia en la actualidad ecuatoriana o de cualquier otro país. Se plantea una interrogante: ¿existe un conflicto entre la libertad religiosa y el derecho a la vida?

Antecedentes del problema

El derecho a la libertad de religión en el mundo es asimilado como un derecho fundamental del ser humano. Se basa en las creencias en Dios y las diversas formas de interpretar y practicar los mandatos bíblicos. Pero, por las múltiples intolerancias religiosas, los diferentes países del mundo han implantado, en sus disposiciones legales, observancias para el respeto y garantía del derecho a la libertad de religión. En Latinoamérica, la mayor parte de la población se reconoce como católica; sin embargo, en observancia al derecho fundamental de la libertad de culto y religión, algunos países como Nicaragua mantienen la libertad de culto; mas no declaran de forma legal la religión oficial de cada país. Este aspecto coadyuva a que, con el paso del tiempo y el salto social, se vaya asimilando, poco a poco, las diferencias religiosas de cada población.

El Ecuador, al ser un Estado Constitucional de derechos y justicia, es un país garantista de derechos y libertades fundamentales del ser humano conforme lo prescribe el Art. 1 y 66 de la Norma Suprema de 2008. En este sentido, la existencia del derecho a la libertad de culto y religión se encuentra garantizada y reconocida legalmente. Así, según la Constitución Política del Estado, en nuestro país, no es permisible ningún tipo de desigualdad o discriminación social o jurídica. Sin embargo, en la práctica, se dificulta el ejercicio del derecho a la libertad de religión.

La libertad de religión es un derecho humano personal que se encuentra reconocido jurídica, constitucional e internacionalmente. En cambio, el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “el Ecuador es un estado laico”, lo cual significa que no admite leyes sobre la religión; y si las

existen son totalmente obsoletas. Este aspecto plantea un nuevo cuestionamiento ya que, si bien es cierto todos los cuerpos normativos del Ecuador prescriben en sus disposiciones legales la libertad de culto o religión, no dejan de ser simples enunciados de buena voluntad. En la práctica existe una discriminación social y jurídica hacia las personas quienes mantienen un tipo de religión diferente a la católica. Esto ocurre porque la mayor parte de la población ecuatoriana se confiesa católica.

Esto implica que ciertos actos sociales, culturales, educativos, informativos y jurídicos están relacionados con la religión católica. Por lo tanto, se hace necesario plantearse nuevos paradigmas que permitan garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de religión. Pese al reconocimiento jurídico de titularidad del ser humano al ejercicio de la libertad de religión, en la práctica se visualiza la inobservancia a las disposiciones legales que protegen este derecho. Esta situación coloca las religiones diferentes a la católica en un grupo segregado de la sociedad, y no pueden ser incluidas directa o indirectamente en las actuaciones sociales y jurídicas que se realizan a nivel local o nacional. La principal vulneración al derecho a la libertad de religión o de culto surge en la inobservancia de lo dispuesto en el Art. 11, núm. 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que versa sobre los principios de igualdad y no discriminación, principios que se muestra restringidos cuando se trata de afiliación a creencias o prácticas religiosas.

Este artículo permite visualizar la incidencia socio-jurídica en el ejercicio del derecho a la libertad de religión en aras de buscar alternativas jurídicas que permitan efectivizarlo como tal. También permite fortalecer la implementación, ejercicio, desarrollo y ejecución de todas y cada una de las prácticas religiosas a nivel nacional, tratando de buscar la inclusión religiosa en los ámbitos educativos, sociales, culturales, informativos, entre otros. Se sugiere la eliminación progresiva de todo tipo de desigualdad y discriminación hacia las creencias y prácticas religiosas de las minorías. El beneficio de estos contenidos está basado en la correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes en nuestro país. Parten de la garantía constitucional que reconoce el derecho a la libertad de culto y religión, permitiendo de tal forma a la población ecuatoriana vincularse con la sociedad sin que exista una segregación social por tener una religión diferente a la católica.

En la práctica, la libertad de religión en el Ecuador es muy cuestionada, toda vez que se acepta un solo tipo de religión y se rechazan otras religiones. Esto se contrapone con las disposiciones constitucionales que son garantistas de derechos y no limitantes de los mismos.



Se puede interpretar, con base en el derecho a la libertad de opinión, que también se vulnera el derecho a la libertad de religión, toda vez que la práctica y difusión de las creencias religiosas también son divulgadas mediante los diferentes medios y formas de comunicación. Estos dos son derechos fundamentales que deben conjugarse entre sí eliminando todo tipo de desigualdad y vulneración. Así que, puede decirse que para el cumplimiento del derecho a la libertad de religión, evidentemente, se necesita del surgimiento y desarrollo de otros derechos como el de conciencia, de pensamiento o de expresión. Esto ocurre porque a través de estos otros derechos se ha de ejercitar el derecho a la libertad de expresión cuyo ejercicio abarca las convicciones y creencias de la persona. El derecho, por ser sistémico, engloba al todo y a las partes que pueden actuar de forma complementaria, simultáneamente. En el caso colombiano, según Bidegain y Demera (2012), se establece que:

El derecho a la libertad religiosa es el derecho que tiene toda persona para creer, descreer o no creer, y para manifestar esta actitud interna en actitudes y comportamientos externos positivos o negativos. Debemos aclarar que el concepto jurídico de religión se construye no necesariamente desde la teología sino apoyado en las ciencias sociales. Para el derecho, son religiones todas las formas individuales o colectivas en relación con lo sagrado...La libertad religiosa establece la relación entre el poder del Estado y los ciudadanos y entre el estado y las organizaciones religiosas (p.247).

Por lo tanto, se ha de entender que, en el ejercicio del derecho a la libertad de religión, también interviene el Estado ecuatoriano como órgano garantista del cumplimiento de todos los derechos, deberes y obligaciones estipulados en la Constitución de la República del Ecuador en el Título I, capítulo I de los principios fundamentales, en los Art. 1, 3; en la Constitución de la República del Ecuador en el Título II, capítulo I de los principios de aplicación de los derechos, en el Art. 10, 11; en la Constitución de la República del Ecuador en el Título II, capítulo II de los derechos del buen vivir, en los Art. 16 al 34.

El derecho a la libertad religiosa, por el mero hecho de estar reconocido constitucionalmente en el Ecuador, obedece a lo dispuesto en el Art. 11, núm. 6 de la Norma Suprema que establece “(t)odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Const, 2008, p.5). Por lo tanto, debe ser ejercido sin menoscabo ni anulación.

Y, según el Art. 66, núm. 8 de la Constitución de la República del Ecuador, en el apartado en el que se consagran los derechos de libertad, se establece:

El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El estado Protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan

religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia" (Const, 2008, p.22).

Sin embargo, este aspecto no puede ser visualizado en la actualidad, toda vez que ya que no se ha sensibilizado y concientizado a la sociedad sobre la importancia, trascendencia, desarrollo y ejercicio del derecho a la libertad de religión. Un ejemplo de lo dicho es que no en todas las sectas religiosas las prácticas o rituales religiosos son los mismos; pero, por ser la población del Ecuador mayormente católica, se ha olvidado que existen otras religiones que expresan sus creencias de formas distintas y que consagran ciertos días y horas para la práctica de las mismas. Entonces, no se considera que las actividades educativas, culturales, laborales, entre otras, puedan interferir en los ritos de otras religiones que no son la católica.

Es cierto que en la Ley de Cultos solo versa contenido legal sobre la organización de entidades religiosas, y que estos contenidos no aportan ningún valor a los derechos a la libertad de religión. Los derechos a la libertad de religión deberán ser considerados conforme a los principios que manda el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, fundamentalmente conforme lo establece el núm.2 que prescribe:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial...que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (Constitución, 2008, p.4).

Algo que, en forma respetuosa, debemos señalar es lo que ocurre especialmente con los Testigos de Jehová. El derecho a la libertad de religión y el derecho a la salud se contradicen. En este caso se debe hacer una ponderación sobre el derecho a la salud, teniendo en consideración la importancia que tiene el derecho a la vida desde el punto de vista jurídico en la sociedad actual.

En Venezuela, por ejemplo, para Daniel Vargas Caña (2015), esta problemática está determinada en la Constitución publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 5908, del jueves 19 de febrero de 2009, la cual, con la última enmienda aprobada, en su artículo 59 establece:

El Estado garantizará la libertad de religión y de culto. Toda persona tiene derecho a profesar su fe religiosa y cultos y a manifestar sus creencias en privado o en público mediante la enseñanza u otras prácticas siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.



De tal artículo, se deduce, entre otros aspectos, que en Venezuela cualquier individuo puede creer, seguir, profesar, cualquier camino que lo lleve al sitio de conclusión de su vida terrenal, según tal creencia. Incluso, aunque no se mencione, podría optarse por una elección negativa a profesar cualquier creencia religiosa y tolerar el derecho del otro a pensar distinto.

Por otro lado, en el mismo sentido, el artículo 61 constitucional venezolano señala que como derecho de toda persona a la libertad de conciencia y la manifestación de estarla, salvo cuando su práctica afecte su personalidad o constituya delito. Siendo así, cabe preguntar: ¿la libertad de conciencia solo implica el aspecto religioso?, ¿cuáles son sus límites y alcances?

Los dos artículos indicados en principio, junto al artículo 121 constitucional venezolano, entre otros, establece el derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas a practicar su culto, lo cual permite comprender que la libertad de culto forman parte de esa misma concepción jurídica.

En la actualidad, han existido múltiples casos en los que, por sus creencias y prácticas religiosas, se ha tratado de restringir el derecho a la salud de los ciudadanos. Por ejemplo, la religión de los testigos de Jehová no está de acuerdo con la transfusión de sangre. Jeakins y Braen (2003), en su libro titulado *Manual de Medicina Urgente* observan:

La prohibición que tiene de aceptar el tratamiento de sangre o componentes de la sangre procede de diversos preceptos bíblicos que, en el caso de ser violados les supone romper su relación con Dios, ser excomulgados y perder la posibilidad de alcanzar la vida eterna. Los médicos de urgencia han de conocer la existencia de esos preceptos y sus consecuencias para poder administrar un tratamiento que sea lo más congruente posible con las convicciones del paciente y pueda ser exento de problemas médico legales (...). Los testigos de Jehová no consideran como suicidio el rechazo de la terapéutica con sangre, incluso en los casos en los que la transfusión sea necesaria para salvar vida. (...) su religión les prohíbe el suicidio con las mismas sanciones con las que les prohíbe las transfusiones (...) el propósito de los Testigos de Jehová es vivir, lo cual queda reflejado en su singular prohibición de recibir transfusiones de sangre y sus componentes, mientras que aceptan la mayoría de los otros tratamientos, incluidos la cirugía, la administración de medicamentos y la infusión de líquidos no sanguíneos... (p.3).

Así pues, se observa una disyuntiva sobre la cual el derecho a la libertad de religión mantiene prevalencia. Es decir, priva el derecho a la salud, toda vez que desde él se extraen otros derechos conforme lo dice el Art.32 de la Constitución. Esto es muy relevante, sobre todo, porque a partir de la ejecución y garantía

del derecho a la salud se puede ejercer el derecho a la vida, como primordial derecho del ser humano que, a su vez, se encuentra registrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Lo anterior, subsume, al ser examinado acorde al derecho, si existe la negativa de la transfusión de sangre de uno de los miembros de la organización religiosa de los Testigos de Jehová, daría lugar a un tipo penal de Homicidio culposo tipificado en el Art. 145 del Código Orgánico Integral Penal, considerando la estipulación del Art. 34 de este mismo cuerpo legal; toda vez que son los familiares de la persona enferma quienes actuaron defendiendo su creencia y práctica religiosa, pese a conocer de la existencia o consecuencia de su negativa; toda vez que los profesionales de la salud al actuar conforme lo dispuesto en el Art.365 de la Constitución de la República del Ecuador, no podrán negarse a la atención de salud de un paciente pese a la existencia del derecho a la libertad de religión.

No obstante, al hablar del derecho a la salud y la libertad de religión, es importante citar lo prescrito en la parte final del inc.2 del Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador en la que se establece: "La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencias, preocupación, y bioética con enfoque de género y generacional" (Constitución, 2008, p.9). Por lo tanto, se matiza que, pese a que existan diversos entes religiosos con diferentes creencias y prácticas religiosas en torno a la salud, o alimentación, siempre la responsabilidad del Estado estará asentada en garantizar el derecho a la salud y alimentación, encargándose de que las instituciones públicas o privadas de salud, garanticen dichos principios en aras de salvar vidas o mejorar la calidad de vida de sus pacientes.

Derecho a la salud y a la vida

Uno de los puntos más difíciles de colisión se ha dado en virtud de que algunos credos inciden en la salud de sus fieles. Hay personas que, haciendo uso de su libertad ideológica, se niegan a recibir tratamientos médicos. Hemos establecido los alcances conceptuales del derecho a la libertad religiosa en su diversificación. Resulta, en consecuencia, pertinente definir lo que entendemos por derecho a la salud y derecho a la vida, respectivamente, para poder analizar la colisión de estos últimos con el derecho a la libertad religiosa.

Así entonces, siguiendo a Norman Daniels (1985), por derecho a la salud entendemos el acceso a los servicios de promoción de la salud, prevención, rehabilitación y curación de enfermedades. Abarca también acceso a una alimentación



adecuada, a condiciones de trabajo sanas y seguras, y a servicios de apoyo para el cuidado de la salud. Así lo ha entendido también la Suprema Corte en México, y al respecto ha determinado que:

...El derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. (...) entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

En ese orden de ideas, por su parte, el derecho a la vida es concebido, desde una perspectiva jurídica, con relación a la preservación de ella. Los alcances de este derecho han sido dimensionados en formas muy diversificadas, en relación a cuestiones de tanta envergadura como el aborto y la eugenesia. Estos aspectos no serán tocados en este artículo, por razones obvias de espacio y enfoque temático.

El derecho a negarse a recibir tratamiento médico es concebido como derecho a disponer de su propia vida y es asunto de grandes discusiones. Las Cortes Constitucionales se niegan a registrarlo como circunstancia del derecho a la vida porque valoran que el derecho a la vida solo arroga el aspecto positivo.

No hay, en consecuencia, criterios jurisprudenciales muy claros respecto al encomio que los tribunales constitucionales realizan en estos temas porque, a la luz de las resoluciones del tribunal español, pareciera valorarse más la vida de los presos en huelga de hambre que la de un niño. En caso del niño no nacido, se privilegian los derechos de los padres, restringiendo su ámbito de responsabilidades; y en el caso de la corte mexicana, parece decantarse por dejar que cada uno decida sobre su propia vida. Eso sí, debe comunicar si desea o no vivir. Esto no parece estar conforme a lo que los doctrinarios inscriben en la interpretación de los derechos en conflicto.

¿Qué es la Libertad?

La palabra libertad, como indica Fernández Sessaregoc (2001), implica: “la única posibilidad para que todos los hombres, sin excepción, puedan realizarse plenamente en una dimensión coexistencial” (p.1). Esto se refiere a la posibilidad de que cada individuo se proyecte y realice según su arbitrio dentro de los límites que le otorgan el ordenamiento jurídico y los intereses sociales.

Una de las dimensiones de esta libertad es la libertad religiosa, la que, en su esfera jurídica, puede conceptualizarse como el derecho que tiene cada individuo a escoger la religión que vaya más acorde a sus opiniones o creencias. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) ha señalado que la libertad religiosa protege, no solo las religiones tradicionales, sino cualquier tipo de creencias.

El CDHNU indicó que esta libertad “comporta la libertad para poder elegir, cambiar y el derecho a mantener estas creencias y religión” (1984, p.3).

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) indica que:

La libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Asimismo, ha señalado que el derecho a la libertad de culto es aquel que permite desarrollar, dentro de los límites impuestos por la ley, todos los aspectos que se relacionan con la religión. Como puede apreciarse, la libertad religiosa no se circunscribe solamente a la libertad de creer, sino que comprende el derecho que tiene toda persona a practicar sus creencias religiosas, a exteriorizarlas y expresarlas, ello, por supuesto bajo los límites establecidos por la Constitución, que expresamente declara que el ejercicio de este derecho es libre siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público (2005, p.4).

El TC, en un ejercicio de caracterización del derecho a la libertad religiosa, ha referido que este derecho tiene cuatro componentes:

- Reconocimiento de la facultad de profesar la creencia religiosa que libremente elija la persona.
- Reconocimiento de la facultad de abstenerse de profesar toda creencia y culto religioso.
- Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
- Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente que se profesa una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a una.

Límites de la libertad religiosa

La libertad religiosa refleja dos dimensiones: una positiva, que implica que el Estado genere las condiciones mínimas para que la persona pueda ejercer su derecho; y otra negativa, la cual implica la prohibición de intervención por parte del Estado o de terceros en la formación y la práctica de las creencias.



En esa misma línea, el TC ha indicado:

Como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente (p.4).

Por ello, resulta meritorio aseverar que las medidas que limitan y restringen el derecho a la libertad religiosa de las personas forman parte también del contenido esencial de este derecho. De ese modo, en el caso de la defensa concreta de valores y de principios, se evita la realización de actos que puedan producir conflictos.

Como ya ha sido mencionado, en este mismo sentido, se expresan tanto el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18), como el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12). Estos prescriben que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Esta misma perspectiva, ha sido adoptada por otros Tribunales en el Derecho Comparado. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado:

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otras personas, o de someter a grave riesgo su salud y su integridad física, máxime como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección (...). Por lo demás es de la esencia de las religiones en general, y en particular de la cristiana, el propender por la vida, salud corporal y la integridad física del ser humano; por ello no deja de resultar paradójico que sus fieles invoquen sus creencias espirituales, como ocurre en casos, para impedir la oportuna intervención de la ciencia en procura de la salud de su menor hijo. No existe pues principio de razón suficiente que pueda colocar a un determinado credo religiosa en oposición a derechos tan fundamentales para un individuo como la vida y la salud (s/f. p.1).

Entonces, resulta pertinente advertir que otros tribunales constitucionales del mundo, como el español, han establecido que “el derecho del padre a educar a su hijo conforme a su orientación ideológica, amparado en su libertad religiosa, encuentra su límite en la propia libertad religiosa del menor” (p.1). Esto significa que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que quienes tengan su custodia o patria potestad abandonen por entero la facultad de disponer sobre ellos. Conforme a lo anteriormente señalado, se puede afirmar que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en reconocer que la libertad de religión y culto tiene como primer límite el orden público. Esto significa que una persona, ejerciendo su libertad religiosa, no puede realizar acciones contrarias a los principios generales del derecho. Tampoco, al ejercer este derecho, se puede ir en contra de los derechos de un tercero; mucho menos, de un derecho fundamental como es el de la vida y salud.

La vida del ser humano como principio y como derecho:

La vida de los seres humanos tiene en el espacio jurídico una doble función como derecho y a la vez como principio. Como principio constitucional, es la expresión jurídica de una valoración social. Esto significa que la vida tiene una posición fundamental en el sistema jurídico. Como derecho, la vida es el atributo natural por excelencia ya que de su reconocimiento depende la realización de otros derechos.

Dimensiones:

El derecho a vida tiene dos dimensiones: una formal o existencial y otra sustantiva o material. La dimensión formal o existencial comprende el elemento fisiológico funcional que caracteriza a todo ser vivo. Ofrece un estatus como ser vivo, poseedor de condiciones fisiológicas optimas funcionales, cuyos componentes son la animación, la socialización y la individualización. La animación es una idea de raíces religiosas por la cual todo ser vivo es poseedor de un alma. La socialización es capacidad de aprendizaje humano pues, desde la concepción, la persona adquiere rasgos de conducta esencialmente humanos. La individualización es la condición única e irrepetible de cada ser vivo y lo conforman el código genético, la capacidad de sentir y la autoconciencia.

Por tu parte la dimensión sustantiva o material permite entender el derecho a la vida como una oportunidad para que la persona logre realizarse plenamente y también pueda realizar el proyecto vivencial. Como indica Quispe Correa (1985):

... el derecho a la vida no puede entenderse solo como respeto que los demás deben a mi integridad, ni como discurrir en el mundo mediante satisfacción de necesidades primarias; fundamentalmente habría que



comprenderlo como materialización de la oportunidad de desenvolverse libremente, no sobrevivir en condiciones indignas (...). Vivir es posibilidad de desarrollar facultades humanas y de satisfacer necesidades biológicas, culturales, estéticas... (p.113).

Libertad religiosa y derecho a la vida en el caso de rechazo de tratamientos médicos por motivos religiosos

El Tribunal Constitucional Español consagró la vida como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional bajo presupuesto ontológico porque se consideró que sin él los restantes derechos no podrían existir:

La negativa de los testigos de Jehová a recibir ciertos tratamientos médicos como la transfusión de sangre, es el ejemplo más recurrente, de rechazo de tratamientos médicos por razones religiosas. Sin embargo, estos no son los únicos que representan una problemática jurídica, como lo señala Navarro Valls y Martínez Torron, existen otros tres posibles supuestos: en primer lugar, el caso de la secta ChritianScience que rechaza todo tipo de tratamiento médico porque considera que la oración puede sanar cualquier enfermedad; en segundo lugar, la negativa de pacientes mujeres a ser atendidas por médicos varones por cuestiones religiosas y en tercer lugar, el rechazo de un sector de la población a consumir o recibir productos biológicos derivados de animales.

Luego, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el llamado conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de culto y el derecho fundamental a la vida estableciendo, en uno de los extremos de su sentencia, que el ejercicio del derecho a la libertad de religión y culto no puede atentar contra la vida humana.

En ese mismo orden, en posterior jurisprudencia, indicó que la asistencia médica obligatoria tenía como fin la defensa de la vida y salud. Este colegiado, argumentó que la libertad religiosa no es un derecho absoluto y tiene límites. Uno de esos límites es el derecho de un tercero. Concluyó que, en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, no puede atentarse contra del derecho a la vida que, como indicamos previamente, es el presupuesto para los demás derechos fundamentales. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha expresado que:

Si en cumplimiento de su derecho a la libertad religiosa pretende adoptar decisiones que ponen en peligro su propia vida, como es rehusar un tratamiento médico que en opinión de los especialistas es esencial dada la gravedad de su estado, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho fundamental a la vida sin el cual no sería posible la realización de los demás derechos que consagra la Carta Política.

Ello, nos sugiere concluir que cuando el tratamiento médico prescrito no es el único medio para poder salvaguardar la vida o salud de la persona, se debe optar por los otros medios igual de eficaces para proteger la vida, sin dejar de lado el derecho a la libertad de culto y religión. La Defensoría del Pueblo del Perú opinó lo mismo en el informe que realizó en el 2002. En el Debate Defensorial, hace un análisis detallado de la libertad de religión y su relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la salud, y señala:

...los Testigos de Jehová no rechazan tratamientos alternativos para sustituir con ellos la transfusión sanguínea, lo que revela su intención de preservar su vida y salud, pero valiéndose de medios compatibles con sus propias convicciones. Este rechazo de un cierto tipo de intervención médica es un acto similar al de los pacientes que rehúsan ciertas intervenciones terapéuticas por considerarlas peligrosas o excesivamente onerosas, o al de los enfermos que son conscientes que someterse a determinados tratamientos no haría sino dilatar la enfermedad sin poder curarla...

Por lo tanto, concluye el documento, que la negativa de los Testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas en ejercicio de su derecho de libertad de conciencia puede respetarse, siempre que se realice de manera personal, consciente y libre. Entonces, su decisión constituirá "un acto jurídicamente válido sin que ello suponga una colisión con el derecho a la vida o a la salud..."

Al respecto, Martínez Pujalte (1999) afirma que en el supuesto que analizamos – el de los testigos de Jehová- no existe una colisión entre dos derechos fundamentales ya que, constitucionalmente, el derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión ampara la negativa a recibir un tratamiento médico por razones morales.

Sin embargo, se podría refutar que algunos de los casos de rechazo de tratamientos médicos involucran a distintos titulares de derecho. Así, por ejemplo, los casos en los cuales las convicciones religiosas de los padres llegan a afectar la vida de sus hijos. Al respecto, no debe olvidarse que libertad de conciencia y de religión son derechos de carácter personalísimo, lo que significa que no pueden ser ejercidos por personas distintas al mismo titular y, por lo tanto, que no existen mecanismos que pueda sustituir la voluntad del sujeto.

En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema Norteamericana, al considerar que los padres pueden ser libres para ser mártires ellos mismos. Pero, no lo son para hacer mártires a sus hijos quienes aún no hayan alcanzado la edad de la plena discreción. Sobre el tema, coincidimos con la postura del profesor español Javier Hervada (1984), para quien, el supuesto conflicto se salvaría si se tienen en cuenta algunos elementos prudenciales. Así señala que, en el paciente menor de edad con uso de razón y capaz de juicios morales proporcionados a la decisión necesaria para el caso, que no tenga las mismas



convicciones morales que sus representantes legales, y que no se oponga a la terapéutica, debe aplicarse el tratamiento. Así el TC indicó que el derecho a la vida y salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si estos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas impiden el tratamiento médico se generaría una responsabilidad penalmente exigible.

Así pues, más que generar un conflicto, se debe considerar prudencialmente las circunstancias y se debe propiciar las mejores condiciones para proteger ambos derechos. Es decir, se debe preferir la aplicación de un tratamiento que no atente contra la conciencia ni los principios morales y religiosos de las personas.

Aproximaciones Conclusivas

No existe un conflicto entre estos dos derechos fundamentales. Esto no significa que, ejerciendo la libertad religiosa, se deba ir en contra de la vida. El derecho a la vida es el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos. Es un derecho absoluto, por el cual somos sujetos de derecho. La libertad religiosa no es un derecho absoluto y la ley le establece ciertos límites. Uno de esos límites son los derechos de las demás personas. En casos de enfermedad, se debe tratar de proteger tanto el derecho a la vida como el derecho de libertad religiosa aplicando tratamientos que salven la vida de la persona y, así mismo, no vayan en contra de sus convicciones religiosas.

En el ordenamiento jurídico peruano, se establece que la persona puede negar su consentimiento para que le practiquen algún tratamiento médico por más necesario que sea para salvaguardar su vida o su salud; ya que estaría en el ejercicio de su autonomía de voluntad. Este ordenamiento tiene, como antes se dijo, limitaciones legales relacionadas con la protección y respeto a la variedad de creencias religiosas existentes en el medio, al gran número de éstas y a garantizar su correcto desenvolvimiento y el reconocimiento que se merecen todas y cada una de ellas.

El Código Penal Ecuatoriano, en el Capítulo II, Título II, Libro Segundo, trata los delitos contra la libertad de conciencia y de pensamiento. Establece penas de prisión y multa a los que, con violencia o amenazas, impidieren el ejercicio de cualquier culto permitido en la República. Así también, a los particulares o ministros de cualquier culto que provocaren asonada o tumultos contra los partidarios de otro culto, de palabra o por escrito. A las autoridades eclesiásticas, políticas, civiles o militares que resultaren infractores; y, a los que hubieren impedido, retardado o interrumpido el ejercicio de un culto o de las ceremonias públicas relacionadas con él que no estén expresamente prohibidas por la ley. Sobre todo, si se lo hiciera generando desorden o tumulto en el lugar destinado a dicho culto, con violencias o amenazas en contra de alguien.

Por último, la libertad de religión se encuentra íntimamente ligada a la libertad de cultos. Y esta última se refiere a que los individuos de la especie humana pueden exteriorizar, mediante actos o ritos, la religión que profesan. Pero estos actos o ritos, en la práctica, pueden tener restricciones que convierten la libertad en no absoluta. Si el accionar de determinada secta ridiculiza y perjudica a los demás, es razonable que no solo merezca el repudio, sino que se lo prohíba. Igual consideración hay para aquellos acontecimientos que pueden desligarse de la moral y de las buenas costumbres del individuo y de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Aláez, B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de derechos fundamentales*. Editorial Comares.
- Barrero, A. (2005). Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Basterra, D. (1989). El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica. *Civitas-Servicio Publicaciones*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Benavides, R. (2002). Nivel de aplicación del principio de oportunidad por parte de los operadores fiscales y jurisdiccionales. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides_v_r/cap3_2.htm.
- Bidegain, M. & Demera, J. (2012). Globalización y libertad religiosa en Colombia. Universidad Nacional de Colombia.
- Carazo, M. (2011), El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental, *Universitos revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14.
- Código Procesal Penal de Perú. (2004). (Decreto legislativo N°957). Ley N°. 29635.
- Comité de derechos humanos. (1994) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observación general N°22.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-474 (1996) MP Fabio Morón Diaz.
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-411 (1994) MP Vladimiro Naranjo Mesa.
- Constitución Política del Perú, (1985) <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>



- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008) Constitución de la República del Ecuador https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Daniels, N. Justice, health and healthcare, Cambridge University Press, Cambridge (UK).
- Defensoría del Pueblo. (2002). Debate Defensorial. 04.
- Fernández, C. (2001). Derecho de las Personas. Editorial Grijley.
- García, F. (2007). Los límites de la libertad religiosa en el derecho español. Universidad de la Sabana.
- _____ (2006). Nuevas consideraciones en torno a la disponibilidad de la vida: a propósito de la STC 154/2002, 16º Congreso Mundial de Derecho Médico. *Les etudes Hospitalieres*.
- García M. (s/f). Libertad de conciencia y derecho a la vida: conflicto de derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.
- Hervada, J. (1984). Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica. <https://core.ac.uk/download/pdf/83564247.pdf>
- Jenkins, J & Braen, R (2003). Manual de medicina de urgencia. Editorial Masson.
- López, A. (2002). La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. Aranzadi Editorial.
- Machicado, J. (2010). Concepto de Delito. Editorial Apuntes Jurídicos.
- Martínez, A. (1999). Libertad de conciencia y tratamiento médico. *Persona y derecho*, 41. Universidad de Navarra.
- Martínez, A. (2010). Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Universidad de Piura.
- Martínez, J. (1997) Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado. España.
- Medina, J. (2008) Comentario a la sentencia 1431, expediente de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia con fecha 14 de agosto del 2008.
- Mosett, J. (2002). El valor de la vida humana. Rubinzel Culzoni editores.



- Navarro, R. & Martínez, J. (1997) *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. McGraw-Hill Interamericana de España.
- Ollero, A. (2005). *¿Un estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Civitas.
- Quispe, A. (1995). *Temas Constitucionales*. Editora Gráfica Cisneros.
- Sáenz, L. (2013). *La constitución comentada*. Gaceta Jurídica.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid. STS 4567/1997. 2C.
- Sentencias Tribunal Constitucional, STC 0895-2001-AA/TC. Expediente. N.º 0895-2001-AA/TC, 19/08/2002, FJ 3
- Sierra, D. (S/A). *Colisión de derechos fundamentales: una visión desde el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa*. Facultad de derecho y ciencias políticas.
- Tribunal Constitucional, Expediente N° 0256-2003-HT/TC 21/04/2005 FJ 17
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 0895-2001-AA/TC 13
- Tribunal Constitucional. STC. Expediente. N.º 0895-2001-AA/TC, 19/08/2002, FJ 3
- Tribunal Constitucional. STC Expediente. N°03283-2003-AA/TC, ff.jj.18 y 20.
- Tribunal Constitucional de España, STC 137 del 19/07/1990
- Tribunal Constitucional de España, STC 166 de 1996
- Tribunal Constitucional de España, STC 141 29/05/2000
- Tribunal Constitucional de España, STC 166 de 1996
- Tribunal Constitucional, expediente n° 0256-2003-HT/TC
- Vargas, D. (2015) *La libertad de conciencia, libertad de religión y libertad de culto en Venezuela*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Político.



La imputación penal en supuestos o circunstancias de plena inconsciencia

Criminal imputation in assumptions or circumstances of total unconsciousness

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 15 de diciembre de 2023

Aceptación: 28 de diciembre de 2023

Santiago Israel Brito Martínez

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.05>

Resumen:

La categoría *acción o conducta* se ha caracterizado por ser objeto de continuo estudio por parte de dogmáticos. Durante la construcción del derecho penal, la doctrina ha estudiado las diferentes circunstancias o conceptos jurídicos que pueden llegar a excluir la responsabilidad penal. Dicha exclusión consiste en despojar de relevancia penal a un determinado comportamiento humano a partir de la supresión de uno o más elementos o categorías básicas de la Teoría del Delito. Este trabajo se centrará en analizar, en concreto, los estados de inconsciencia como causales de exclusión de responsabilidad de una conducta penalmente relevante. Existe un sinúmero de estados de inconsciencia que, a la luz de la ciencia médica actual, son realmente estados de alteración de la salud mental, pero asimismo, situaciones de inconsciencia que son previsibles o evitables en razón de los criterios normativos descritos en el tipo penal. Debido a esto, es preciso dotar al delito de aspectos normativos propios de la Teoría de la Imputación para así consolidar criterios válidos y suficientes que coadyuven a legitimar o no, la intervención penal en ciertos actos considerados a *prima facie* como delictivos, cuando estos, causalmente, sean cometidos en circunstancias de plena inconsciencia, tomando como referencia en algunos casos, lo dispuesto en la ley penal ecuatoriana.

Palabras clave:

Imputación, objetiva, subjetiva, imprudencia, inconsciencia



Abstract:

The action or conduct category has been characterized as being the purpose of continuous study of the majority of dogmatists. The doctrine with its theories, during the construction of Criminal Law, has created different circumstances or legal concepts that exclude criminal responsibility. Said exclusion consists of divest of criminal relevance to a certain human behavior, suppressing either one or more of the elements or basic categories of the Theory of Crime. This work will focus on analyzing, in particular, the states of unconsciousness, which are considered usually as causes that conclude in the absence or exclusion of a behavior as criminally relevant. There are many states of unconsciousness, which in the current light of medical science, are really states of alteration of mental health; likewise, situations of unconsciousness that are foreseeable or avoidable due to the normative criteria described in the criminal area. Due to this, it is necessary to endow crime with normative aspects of the Theory of Imputation, in order to consolidate valid and sufficient criteria that help legitimize or not, the criminal intervention in certain acts considered *prima facie*, as criminal, when these, causally, be committed in circumstances of complete unconsciousness, taking as reference in some cases, the provisions of the Ecuadorian criminal law.

Keywords:

Imputation, objective, subjective, imprudence, unconsciousness



Introducción

El fundamento intervencionista del derecho penal tiene su pilar en la necesidad de sancionar comportamientos lesivos siempre y cuando estos sean, libres, previsibles y evitables. La ley penal busca eliminar aquellos actos que pueden lesionar o poner en peligro la confianza general en la vigencia de la norma en cuanto esta determina deberes, mandatos o prohibiciones que son exigibles a todos quienes somos parte del ente social.

La conducta delictiva —acción u omisión— es el elemento básico de la Teoría del Delito. Su construcción se ha realizado con base en los principios de *libertad, evitabilidad y previsibilidad*. Frente a estas categorías, las ciencias penales han desarrollado causas específicas de ausencia de conducta, entre ellas: los movimientos reflejos, la fuerza física irresistible y los estados de plena inconsciencia.

En lo que respecta a los estados de inconsciencia, no existe discusión alguna en que no es posible imputar penalmente una conducta que encierra en sí misma un estado inconsciente. Esto se debe a que, al momento en que el agente actúa, es inimputable o simplemente incapaz de acción; y adicionalmente, porque su conciencia —es decir su capacidad cognitiva y volitiva— se encuentra completamente anulada o alterada. Empero, la discusión se centra en dilucidar si la acción u omisión anterior al estado de inconsciencia delictual fue efectivamente previsible, evitable, libre o dependiente para su aparición, como para pensar que fuese posible atribuir responsabilidad a quien comete un hecho injusto en estas condiciones. Desde siempre, la teoría del *Actio Libera in Causa* es la que ha estudiado la pertinencia del castigo penal en estas circunstancias.

Por consiguiente, el problema real de la imputación en estados de inconsciencia es la verificación de la tan necesaria *relación de causalidad*. ¿Cómo imputamos un resultado o peligro típico a una conducta previa de manera que evidencie que, efectiva y claramente, fue esta la que provocó aquel resultado?

Como veremos en este estudio, la posibilidad de la imputación en estados de inconsciencia es plenamente aceptada por la doctrina siempre que logre regirse a planteamientos normativos propios de la teoría de la imputación, por ello, en algunos supuestos de estudio, haremos referencia a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal —en adelante COIP—.

La conducta penalmente relevante

El elemento social tiene una alta importancia para la conducta penalmente relevante porque los comportamientos que interesan al derecho penal son solo construidos y catalogados como peligrosos, dañinos o lesivos en el seno de una sociedad constituida bajo deberes, mandatos y prohibiciones.

Para Jakobs (1994): "El concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de ella. En el ámbito de concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal" (p.69).

En términos generales y abstractos la criminalidad destruye la confianza en la vigencia de la norma, es decir, en aquel mandato, prohibición o deber que se ha impuesto para ser respetado por todos quienes forman parte de la sociedad. Ello se justifica por cuanto la conducta criminal lleva consigo un alto grado de peligrosidad o de lesividad social.

Ahora bien, la conducta punible se sintetiza en tres principios primordiales: *libertad, previsibilidad y evitabilidad*. Partamos del hecho de que la conducta tiene su sustento en la libertad de actuación. Este planteamiento tiene su soporte en la idea de libertad de Hegel (citado por Zaffaroni 2002), quien manifestó que lo único antijurídico era la acción que siempre se concebía como libre, porque no se admitía penar un comportamiento no libre, dado que este no podría negar al derecho. Cualquier actuación humana sin *libertad*, no puede ser considerada como un injusto penal conforme a lo enseñado por Roxin (1997), quien considera que únicamente los comportamientos derivados de un ser provisto de un centro anímico—espiritual—pueden ser valorados como ilícitos, apartando de lo penal todas aquellas acciones naturales ajenas a la voluntad humana.

Sin embargo, este concepto de libertad asociada a la voluntariedad humana no debe ser considerado como un proceso causal o final de acción, sino como uno normativo, creado en la idea o concepto de previsibilidad y evitabilidad de las conductas suscitadas en una sociedad.

Dicho criterio de atribución no es causal ni final sino normativo y, por tanto, el concepto de acción tendrá esa misma naturaleza normativa pero delimitada por la realidad de la vida social y la evolución de los conceptos empíricos de la época. Es decir, se considerará como acción penalmente relevante a aquella que constituya una manifestación de la personalidad del individuo conforme a su relación con su medio circundante (Díaz, 2012, p 82).

Ahora, como habíamos manifestado, cualquier conducta penalmente relevante debe, además ser previsible. Es decir, debe existir un alto grado de probabilidad de que, con el actuar del agente, se pueda evidenciar la afectación del tipo reflejado en la norma. Este es por anonomasia, el elemento característico de los delitos imprudentes cuya aplicación no proscribe en los tipos dolosos; en tal virtud, la previsibilidad según Welzel (1956) se divide en: previsibilidad general del resultado —que admite el tipo con dolo— y previsibilidad individual.



Asimismo, de conformidad al concepto negativo de acción, se desarrolló el *principio de evitabilidad*. Al autor se le imputa un resultado que no ha evitado debiendo y pudiendo hacerlo y cuando el derecho así se lo exigía. Con ello se refiere a que tanto el autor por comisión como por omisión, no intenta evitar o disminuir un riesgo precedentemente creado cuando tiene la obligación jurídica de hacerlo; el autor comisivo en cuanto se hubiera retraído del mismo, y el autor omisivo, en cuanto hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado. Por tanto, a ambos se les achaca un “no evitar evitable”. (Roxin, 1997).

La *actio libera in causa*

La figura de la *actio libera in causa* consiste en un fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero “esta situación se deriva de un momento anterior —*actio praecedens*— en que sí era plenamente capaz”. (Alonso, 1989, pp.55)

Es así como este fenómeno jurídico adelanta la barrera punitiva del tipo para sancionar la *actio praecedens* en la que un sujeto aún es capaz de acción e imputable. Maurach (citado en Alonso, 1989) enseña al respecto, que el sujeto interpone una “causa” cuando aún es capaz de acción o imputable.

La figura estudiada ha recibido un sinnúmero de críticas, sobre todo su modelo de *imputación extraordinaria* que admite la culpabilidad en el momento cuando el agente del delito es incapaz de ella. Su crítica se fundamenta en la observación de que dicha figura menoscaba el principio de culpabilidad y el *nullum crimen sine actione y nulla poena sine culpa*.

Ante lo dicho, el modelo actualmente admitido es el de la *tipicidad*, el cual estriba en adelantar el *ius puniendi* al acto previo en que el autor aún tenía la capacidad de manejar su conducta; es decir, cuando tenía bajo su cargo o responsabilidad la generación o no de su inimputabilidad. “El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a la conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una causación dolosa o imprudente del resultado” (Roxin, 1988, p.22).

El actuar precedente, según manifiesta Roxin (1988) debe, además, ser doloso o culposo en cuanto al elemento subjetivo del tipo; pues al autor se le castiga por su comportamiento inconsciente, aunque en ese momento no fuera capaz de culpabilidad siempre y cuando haya habido dolo o imprudencia en un momento anterior.

Por último, se sigue sosteniendo que los estados de inconsciencia son siempre causales de exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción típica; no obstante, esto no es absoluto. Por lo dicho, es fundamental lle-

gar a esclarecer en qué supuestos son verdaderos excluyentes de la conducta o causas de inculpabilidad, y en cambio en qué condiciones sí amerita la respuesta sancionatoria del Estado.

Estados de inconsciencia

Primero, es evidente que hablamos de estados de inconsciencia como la antítesis al estado consciente o de vigilia. Desde la medicina, según Kaplan y Sadock (citado por Ávalos 2009), los estados de inconsciencia son fenómenos en los cuales el funcionamiento cerebral se encuentra alterado por un problema fisiológico o fisiopatológico, como por ejemplo: traumatismo de cráneo, enfermedad vascular, epilepsia, intoxicación alcohólica, etc.

La doctrina, si en algo está de acuerdo, es en la real existencia de aquellas causales que excluyen la responsabilidad penal por ausencia cognitiva y volitiva en la conducta. Entre ellas están los estados de inconsciencia.

Sin embargo, los estados de inconsciencia no son absolutos, y en ciertos supuestos es factible su juzgamiento y punibilidad, en virtud de que los comportamientos precedentes podrían esconder manifestaciones delictivas.

Debe advertirse, sin embargo, que la función atribuida a las “causas de exclusión” de la acción por la teoría dominante no tiene carácter absoluto. La denominación que se les da, induce evidentemente a la falsa creencia de que en estos supuestos, la acción resulta excluida en todos los casos (Bacigalupo, 1998, p.93).

Muñoz (2016) complementa al respecto de la *actio libera in causa* que, sin embargo, aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, la conducta puede ser penalmente relevante si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir.

Es importante señalar que la acción precedente en estos supuestos es la que interesa al derecho penal, entendiéndose como tal no sólo cuando cumple con ciertas condiciones de premeditación —dolo— para la comisión activa u omisiva de un injusto penal; sino también, aquellas en las cuales no se ha tomado en cuenta deberes jurídicos personales que debe tener el hombre prudente —culpa—. Lo que debemos saber entonces, conforme manifiesta Bacigalupo (1998), es en qué supuestos estaríamos ante ausencias de conducta o bajo causas de inimputabilidad, debido a la íntima relación entre injusto y culpabilidad.

En cuanto a la imputabilidad y su relación con los estados de inconsciencia, es donde quiero empezar planteando una discusión. Zaffaroni (2002) enseña: “El Estado de inconsciencia es una privación de la actividad consciente. No se trata de una perturbación de conciencia sino de su cancelación” (p.420). No obstante,



¿son realmente todos los estados de inconsciencia circunstancias de ausencia de acción? o, en ciertos casos ¿esconden verdaderos estados patológicos? La comunidad médica actual manifiesta que en numerosas ocasiones aquellos son síntomas o efectos de trastornos ya sea mentales, del sueño, o perturbaciones cualitativas o cuantitativas de la conciencia.

Entre los estados de inconsciencia analizados en el derecho penal, encontramos al sueño, la hipnosis, el sonambulismo, las crisis epilépticas, los estados crepusculares y la embriaguez e intoxicación por estupefacientes. En el COIP, están previstos en el artículo 24 como causales que excluyen la conducta penalmente relevante, en conjunto con los movimientos reflejos y la fuerza física irresistible.

La imputación penal

La imputación en materia penal, en un principio, consistía en apropiar un hecho injusto como suyo a quien intervino en la cadena causal creando un peligro, o en su defecto, desembocando un resultado lesivo. A partir de la aparición de Honig (1970) y su teoría de la imputación, se consiguió encaminar al derecho penal hacia una verdadera imputación normativa, dejando de lado toda aquella atribución de resultados lesivos derivados de la causalidad ciega. La imputación ahora consiste, como explica Vásquez (2016), en la atribución normativa de un peligro o resultado producido y sancionado normativamente.

La base de cualquier imputación penal radica en la fórmula *conducta-autor e injusto-autor*. Se busca hacer un juicio sobre la conducta humana que provocó el hecho, es decir, identificarlo junto al sujeto que lo causó; y después, hacer un juicio de atribución de ese hecho antijurídico a su autor.

En sentido concreto, manifiesta Mir Puig (2003), la imputación se divide en tres niveles: imputación objetiva —tipo objetivo—, imputación subjetiva —tipo subjetivo—, y finalmente, imputación personal —imputabilidad—.

La imputación objetiva

Cuando hablamos de imputación objetiva nos referimos al nexo imprescindible entre la acción y el resultado provocado, pero en base a los criterios normativos implícitos del tipo. No se trata de eliminar el nexo causal existente entre la conducta y el resultado, sino de otorgar sentido objetivo a dicha causalidad; en cierta forma, como dice Vásquez (2016), en depurar y seleccionar las causas jurídicas relevantes que han sido incontrastablemente idóneas para provocar la aparición del resultado lesivo descrito en la norma.



La imputación objetiva trata de encontrar normativamente el factor o causa determinante para la producción del resultado. En palabras de Roxin (citado en Vásquez, 2016), la imputación del tipo objetivo presupone la creación de un peligro creado por el autory no cubierto por un riesgo permitido en el alcance del tipo.

En definitiva, según Gimbernat (citado en Díaz, 2012), la Teoría de la Imputación Objetiva no hace sino reunir un sinnúmero de criterios normativos que excluyen la tipicidad. Tales criterios permiten sustentar por qué la tipicidad es más que una yuxtaposición de elementos ontológicos y axiológicos que, sumados, no dan como resultado una conducta típica si no concurre también la imputación objetiva.

Entre los conceptos normativos desarrollados por la Teoría de la Imputación Objetiva, están la creación del riesgo prohibido, la realización del riesgo en el resultado, el alcance del tipo, el riesgo permitido, ámbito o esfera de la protección de la norma, principio de confianza, autopuesta en peligro de la víctima, teoría de los roles y la prohibición de regreso.

La imputación subjetiva

En cuanto a la imputación subjetiva, nos estamos refiriendo a la existencia de los elementos subjetivos del tipo presentes en la conducta. Se trata básicamente de atribuir a título de dolo, culpa o de otros elementos subjetivos distintos al dolo, el tipo subjetivo y por ende el injusto a su autor, ya que sin estos es improcedente nombrar delito a cualquier comportamiento. En los supuestos de inconsciencia es indispensable que exista conexión subjetiva entre la conducta precedente y el resultado del tipo para complementar la imputación.

La imputación personal

La imputación personal o individual se refiere a la culpabilidad y todos sus elementos. “(...) la imputabilidad y demás elementos de la imputación individual o personal son necesarios para poder imputar el hecho antijurídico a su autor como persona imputable que actuó en circunstancias de normalidad motivacional (conexión entre el hecho antijurídico y un autor culpable)” (Mir-Puig, 2003, p.10).

Finalmente, podemos definir a la imputación en general en su estructura objetiva, subjetiva y personal, con lo dicho por Mir-Puig (2003):

Pues bien: lo que tienen de común todos estos usos de la palabra “imputación” es que expresan requisitos necesarios para poder atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la relación que ha de



existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, con el autor de un delito. Este es el significado originario del término “imputación” (p.10).

La imputación con la estructura analizada es indispensable para sancionar las *acciones praecedens* a la ejecución inconsciente.

La imputación penal en supuestos de plena inconsciencia

Llegamos al apartado clave de este estudio, el cual consiste en determinar en cuáles supuestos de plena inconsciencia es posible la imputación en todos sus niveles y en cuáles, no. En concreto “(...) es necesario determinar cuál es el fin de protección de la norma y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición” (Díaz-Aranda, 2006, p.3)

Empezamos con el *sonambulismo*. Según Toro y Duque (2010), es un trastorno del sueño que presenta episodios breves o parciales de despertar, sin que se produzca una interrupción del sueño ni alteración del estado de vigilia diurna. Está completamente comprobado que se cometen delitos cuando se padece este trastorno, pero es necesario saber cuándo o bajo qué circunstancias se es o no responsable. Planteamos dos supuestos:

- a. Pedro busca intencionalmente dar muerte a su hermano con quien comparte cuarto; todos los días imagina en su mente cómo lograr tal objetivo. Resulta que recuerda padecer sonambulismo, por lo que idea un plan destinado a dar con el resultado lesivo pensando que solo en dicho estado puede hacerlo. Antes de ir a dormir, decide dejar en su velador un cuchillo sabiendo que, una vez entrado en tal estado, dará muerte a su hermano. Efectivamente, la muerte se produce una vez que Pedro ingresa en faz inconsciente por el sonambulismo.

Las circunstancias descritas, han creado un riesgo jurídicamente desaprobado —la planificación del homicidio previo al sueño—, que a su vez se ha realizado en el resultado —muerte— siendo lo que precisamente el tipo prohíbe. El comportamiento precedente a la conducta contiene el elemento subjetivo llamado dolo debido a que la finalidad era matar, existiendo dolo directo en primer grado. Ante esto sí es posible atribuir este elemento subjetivo en la conducta precedente, con lo que concretamos la imputación subjetiva. Empero, habría un problema solo aparente en cuanto a la imputación personal, es decir al momento de reprochar el hecho antijurídico al autor, dado que estaríamos frente a un trastorno. No obstante, como el sonambulismo es un trastorno únicamente del sueño, al imputar la conducta precedente, la misma en la que el autor aún tenía capacidad de conocimiento y voluntad, sería descabellado pensar que no podía acomodar su comportamiento a lo que la norma previa-

mente le exige. Por tanto, actuó con libertad y es claramente imputable; su trastorno no faculta aplicar alguna causa de exculpación. Requerirá entonces la pena prevista en el tipo transgredido.

- a. Totalmente distinto, es el supuesto en que Pedro no conoce que padece sonambulismo, y no tiene la más mínima intención o finalidad de cometer un ilícito; entonces, mientras duerme, se levanta y golpea con el brazo a su compañero de lecho produciéndole lesiones. No existe relevancia en la conducta precedente, desde un punto de vista objetivo y subjetivo, que se pueda imputar lesiones al resultado. Si queremos imputar a título de imprudencia las lesiones provocadas, sería por demás inviable, ya que el autor no ha creado ningún riesgo prohibido, debido a que no conocía de su padecimiento, lo que se traduce en la exclusión de la tipicidad por falta de conducta. Por último, imputar en la especie por imprudencia, acarrearía regresar a la sanción por simple causalidad natural, además “dormir” sería considerado como un hecho peligroso, violentando así el principio de culpabilidad e intervención mínima del derecho penal.

En lo que respecta a la *hipnosis*, debido a múltiples estudios científicos, se ha dejado de manifestar que se trate de un estado de inconsciencia en sentido estricto. Cabello (1982) concluye: “La suplantación de la conciencia del uno por el otro no sería más que una hipótesis, sin alcanzar la categoría de tesis por insuficiencia de comprobaciones científicas” (p.174). Al no ser un estado de inconsciencia plena, resulta por demás inoficioso manifestar algo en concreto e incluirla en este estudio de casos.

En las *crisis epilépticas* asegura Díaz (2006), que durante el aura de los ataques epilépticos la persona pierde la conciencia y, por tanto, está anulada su voluntad. No existe mucha discusión en cuanto al contenido de esta enfermedad, pero sí en cuanto a su ubicación dogmática, es decir, si su estudio corresponde exclusivamente a la imputabilidad o si se incluye en los estados de inconsciencia plena como causa que excluye la acción típica. Planteamos los siguientes supuestos:

- a. Ramiro es diagnosticado con epilepsia; a pesar de ello, decide no preocuparse por su enfermedad y no recurre a tomar el tratamiento preventivo para el control de sus crisis. En tal situación, comete distintos delitos en cada crisis epiléptica.

Observamos que de por sí, la epilepsia es una enfermedad que conlleva riesgos; sin embargo, es tratable; es decir, si Ramiro hubiese decidido tomar el tratamiento y a pesar de aquello hubiese cometido delitos, sus actuaciones estarían dentro del riesgo permitido y, por lo pronto, ante un claro ejemplo de exclusión de acción y del tipo objetivo. Además, no cabría la imputación subjetiva por imprudencia, dado que estaría cumpliendo los deberes positivos.



vos que se impone ante su enfermedad. No existe responsabilidad del sujeto, ya que, a pesar de tener controladas sus crisis, estas todavía pueden reaparecer, mas no con carácter previsible y evitable. Ante esta realidad, su conducta no amerita castigo de la ley penal.

- a. En cambio, si Ramiro decidiere no tratar su problema, todas las conductas previas a sus crisis epilépticas, rebasaría el foco del riesgo permitido, y como menciona Díaz (2006), aumentaría el riesgo que, ya de por sí, encierra dicha enfermedad. Aquí vemos que sí hay una conducta penalmente relevante y cabe la imputación objetiva ante cualquier resultado lesivo, dado que la acción precedente contiene un riesgo en aumento que consistió en no restar los efectos negativos de la enfermedad. Por tanto, el tipo subjetivo imputable a su conducta sería la imprudencia. Ya en cuanto a la imputación personal, el autor podrá alegar trastorno transitorio, en razón de la disminución de su capacidad cognitiva y volitiva al momento exacto de infringir la norma.

En lo que se refiere a los *estados crepusculares*, existe una gran discusión en la literatura médica acerca de si estamos frente a verdaderos estados de plena inconsciencia, o si solo existe una disminución en las capacidades cognitivas de la realidad. Hay autores como Jaramillo & Morocho (2015) que los clasifican dentro de los trastornos cualitativos de la conciencia, los cuales presentan cuadros de alucinación, conducta irracional, representación psíquica sobrecargada y dificultad para diferenciar si fue sueño o realidad una vez que han concluido.

Para analizar estos estados, vamos a hacer referencia a un caso real sucedido en Córdoba- Argentina, el 8 de febrero de 2006. Resulta que María D. fue encontrada en un baño ensangrentada, desnuda, mojada y desvanecida poco después de practicarse un aborto. La joven había sido abusada sexualmente por su patrón durante once años y como producto de dichos abusos quedó embarazada. En esas circunstancias se produjo el aborto. El proceso se resolvió ratificando su estado de inocencia, por cuanto el Tribunal aceptó la pericia en la que se explica que actuó con inconsciencia absoluta, lo que permitió aplicar dicho estado como causal de exclusión de la conducta; resolución que no compartimos.

Los *estados crepusculares* son de por sí estados de inconsciencia, pero que derivan de un trastorno patológico de la conciencia. Es por este motivo que al tratarse de un estado que nace de un trastorno, mal se puede excluir la conducta y la tipicidad por anulación de la conciencia y voluntad. El origen patológico de estos estados produce la inimputabilidad del agente, siendo la única solución para una sanción, aplicar la responsabilidad en función de la finalidad perseguida por el derecho penal: la protección de la sociedad. No es que va a existir una imputación objetiva y subjetiva en base a todos los criterios normativos estudiados, ni tampoco un reproche dirigido a su autor, sino la asignación de

responsabilidad por el injusto en base a la consigna de protección y erradicación de las conductas punibles de los inimputables, aplicando justamente no una pena, sino una medida de seguridad.

Sobre la *embriaguez y la intoxicación por estupefacientes*, decimos que es un estado donde se alteran las capacidades físicas y mentales de la persona. Puede existir etapas de inhibición, euforia, exaltación, etc. En estos estados se pueden presentar una variedad de supuestos. Concretémonos a describir comportamientos dolosos, imprudentes y fortuitos.

- a. Si Marco, con el objetivo de obtener agallas para golpear al cónyuge de su ex pareja, decide embriagarse hasta el punto de quedar eufórico y, efectivamente, en tal estado ataca por la espalda a su contrincante causándole una lesión permanente, es indudable que a pesar de la inconsciencia con la que actuó, el resultado es imputable objetiva y subjetivamente a su conducta anterior. Primero, porque la conducta precedente a su estado de inconsciencia -la ingesta excesiva de alcohol- creó la posibilidad de lograr el resultado; segundo, porque su conducta expresa dolo, ante la manifestación de voluntad y conocimiento, la imputación personal es perfectamente posible y no existiría ningún tipo de eximiente por trastorno transitorio, debido a que el autor fue quien se auto generó el estado de inconsciencia, y se hace notorio que la inconsciencia no fue del todo plena.
- a. El supuesto más común: Juan acude a una reunión con su familia y consume alcohol a tal nivel de intoxicación que pierde la capacidad para situarse en la realidad. Al momento de marcharse, su amiga le pide que le lleve hasta su casa a sabiendas que está bajo un nivel de intoxicación altísimo. Ya en el trayecto, la embriaguez es letárgica, lo que hace que Juan se duerma y, como consecuencia, estrelle su vehículo dando como resultado la muerte de su amiga.

Juan tenía el deber jurídico de prever las consecuencias de su embriaguez culposa, tomando en cuenta que tenía que conducir su vehículo. Si bien la conducción de vehículos forma parte del riesgo socialmente permitido, el hecho de consumir alcohol aumenta el riesgo y desborda lo permitido, con más razón si aceptó transportar consigo a otra persona, a pesar de las condiciones en las que se encontraba. El peligro constatado en el resultado de muerte era totalmente previsible y evitable si Juan hubiese asumido su rol de conductor diligente y protector de bienes ajenos. Hay quienes opinan que, ante este supuesto, se puede aplicar la figura de auto puesta en peligro de la víctima, ya que esta conocía el estado paupérrimo del conductor. Sin embargo, no aplica en la especie, dado que la víctima no ha intervenido en el curso causal determinante para la lesión de su bien jurídico, es decir, jamás tuvo a su cargo el hecho y le era hasta imposible disminuir el peligro en el cual se embarcó, debido a que



el conductor era el único responsable de la conducción y, por tanto, garante de salvaguardar ambas vidas. Es claro que, en este supuesto de inconsciencia, al autor se le debe imputar la conducta imprudente anterior a la ingesta de alcohol, la misma que desencadenó como resultado la muerte culposa de su acompañante. Él fue quien negligentemente provocó su inimputabilidad y no hizo nada para evitar dañar o poner en peligro a cualquier persona que le hubiera solicitado subir a su coche.

- a. Para este ejemplo, enfoquémonos también en la ley penal ecuatoriana. En diferentes códigos penales alrededor del mundo, la inconsciencia provocada por intoxicación fortuita excluye la acción del agente y por ende su responsabilidad. Mas, el COIP, no contempla esta posibilidad en los delitos de tránsito. Su artículo 37 expresamente señala las reglas de imputación para cualquier delito cometido fortuita o premeditadamente en estado de embriaguez o bajo efecto de estupefacientes; empero, sin lógica alguna, deja fuera de todo aspecto a los delitos de tránsito, sin considerar que en aquellos también puede existir, al menos, una intoxicación fortuita. Pensemos en el supuesto de que una persona acude a una discoteca en donde corre el rumor que, sin anuencia, introducen en las bebidas sustancias estupefacientes que privan totalmente del conocimiento a quienes las consumen. Imaginemos que efectivamente esto ocurre y el intoxicado conduce un vehículo produciendo la muerte de un peatón. Esta intoxicación fortuita provocada por un tercero, además de no ser querida o conocida por el agente, debe indudablemente excluir la conducta por estado de inconsciencia imprevisible. Dicen ciertos tratadistas que la intoxicación podía ser evitable, dado que es el mismo sujeto quien creó el riesgo, pues conocía lo que en esta discoteca pasaba. No obstante, esta cuestión no es atribuible al autor, en virtud de que no es la intoxicación indeseada un hecho que este pueda evitar. Estamos frente a una verdadera causa de ausencia de acción y, por ende, de responsabilidad, que a la vez elimina la posibilidad de cualquier tipo de castigo punitivo.
- a. Al contrario de lo previamente expuesto, las acciones delictivas de quienes padecen alcoholismo o drogadicción merecen diferente tratamiento. Los seres humanos que están bajo efectos de este tipo de sustancias siempre corren el riesgo de cometer delitos, sea cual sea su naturaleza y deben, indudablemente, ser castigados. Sin embargo, es diferente el caso del adicto que no puede decidir dejar de consumir, debido a que su cuerpo ha generado una dependencia física a la sustancia. Considero que, en el ámbito de los delitos culposos, los alcohólicos y drogadictos debidamente identificados, deben ser considerados inimputables, pero amerita se adopten sobre ellos medidas de seguridad en torno a tratar su adicción, todo esto por el gran riesgo que siempre va a suponer su presencia dentro

de la masa social. Los adictos no tienen capacidad de voluntad y, sobre todo, no se les puede exigir una conducta determinada y adecuada a lo que promulga la norma penal debido a su padecimiento.

Llegamos finalmente *al sueño*, estado de inconsciencia muy controversial. Es frecuente observar resultados lesivos por el acaecimiento del sueño, por lo que desarrollaremos supuestos en los cuales creemos debe ser considerado un auténtico estado de inconsciencia que excluye la acción penal, y otros en los que sí debe existir responsabilidad del autor.

- a. Un guardaguas que, sin más ni menos, para producir la muerte de los ocupantes que viajan en un tren, se induce intencionalmente el sueño, provocando el impacto que desemboca en la muerte de estos.

Vemos en este supuesto un claro ejemplo en el cual el estado de inconsciencia es provocado por quien buscó delinquir. La imputación recaería sobre la acción anterior donde el sujeto era capaz de acción y, sobre todo, al momento en que planificó dicho desenlace. Hay dolo directo en el actuar del guardaguas, quien creó un riesgo fuera del permitido en el transporte ferroviario, que además se verificó en el resultado, siendo de aquellos resultados que el derecho penal busca prohibir. El guardaguas es imputable en todo sentido, y no tiene una sola causal que lo exima de su responsabilidad culpable. Deberá cumplir la pena impuesta por homicidio agravado.

- b. La mujer que, al amamantar a su hijo, se duerme sobre él provocándole muerte por asfixia.

Debemos tener claro que el sueño es un estado que, en muchas ocasiones, es imprevisible. Depende de muchísimos factores, entre ellos, estructurales, anímicos, sociales, medioambientales, físicos, e incluso, puede estar anclado a características genéticas o constitucionales de cada persona. Es decir, el sueño se puede presentar sea cual sea la condición en la que se encuentre el sujeto. En el ejemplo planteado, la mujer cumple su rol de madre dentro de su competencia institucional cubriendo todas las necesidades de su criatura: la alimenta, amamanta, la abriga, le presta todo el cuidado. El hecho de que en un momento determinado, mientras la amamanta, le alcance un sueño profundo, no implica que haya creado un riesgo desaprobado o prohibido. A una persona cualquiera no se le puede exigir dominar el sueño, porque es un evento que está fuera de control y, por lo tanto, es inevitable. Otros consideran que la mujer al amamantar podría agotar todos los recursos que estuvieren a su alcance para que, en caso de acaecer el sueño, no asfixie a su criatura y así evite producir la muerte; no obstante, esta exigencia no está dentro del estatus operativo de la madre cuando está amamantando o durmiendo a su niño ya que, en tales circunstancias, el organismo genera un alto nivel de relajamiento e inhibición. A este



supuesto sí podríamos considerar un claro ejemplo de ausencia de acción típica, que excluye, por completo, la responsabilidad de la madre; ni siquiera cabría una imputación por imprudencia, dado que, como vemos, la mujer está cumpliendo su deber de madre dentro del rol institucional socialmente impuesto.

- c. Este supuesto lo vamos a desarrollar en referencia a los delitos de tránsito establecidos en el COIP. Empecemos señalando que esta ley sistematiza a todas las infracciones de tránsito como acciones u omisiones culposas.

Es cierto que en la mayoría de los delitos producidos en el ámbito de tráfico y transporte, los resultados ofensivos se deben básicamente por incumplir deberes tanto negativos como positivos que son inherentes a la conducción. Generalmente, los accidentes de tránsito con sus repercusiones se dan por imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia; es decir, se presentan por la falta de previsibilidad de quienes forman parte del tráfico terrestre. Denotan también quién es objetivamente el causante del resultado lesivo, jamás intentó o deseó generar tal daño, a pesar de que pudo tener conciencia de que su actuar era antijurídico, o en su defecto, pudo no haber tenido tal previsión. Sin embargo es necesario explicar lo siguiente: en el ámbito de la conducción y del tráfico terrestre, existe también *la temeridad*, aquella actitud o comportamiento que excede el rango de la culpa consciente o inconsciente; tal temeridad en realidad se llama *dolo eventual*, el cual consiste en que, a pesar de que el autor sabe que su actuación es peligrosa y que, producto de ella, es altísima la posibilidad de generar resultados lesivos, decide conscientemente continuar con su actuación. Ejemplo de esto es el conductor temerario que excede al extremo la velocidad permitida o que, a pesar de estar en malas condiciones físicas, decide conducir su vehículo.

El COIP señala en su artículo 377 como comportamientos temerarios en el ámbito del tráfico terrestre: conducir con exceso de velocidad, conducir en malas condiciones físicas, conocer el mal estado del automotor, etc.. Pese a que cataloga estas acciones como innecesarias, peligrosas e ilegítimas; sin embargo, las sigue ubicando dentro de las infracciones culposas de tránsito, lo cual es un error.

La presencia del sueño al manejar aparece por una infinitud de circunstancias, tales como: edad, estado físico, enfermedad, tipo genético, etc. En la mayoría de estos casos enunciados, estamos ante estados de plena inconsciencia imprevisibles e inevitables que eliminan irrefutablemente la acción típica y por ende el delito, por ser el sueño un estado que no se puede controlar fácticamente.

Ahora, si consideramos que el conductor conocía de su mal estado físico debido a enfermedad, cansancio o porque simplemente estaba somnoliento y, efectivamente, al momento de conducir, produce un accidente de tránsito con múltiples heridos y muertos dado que acaeció el sueño por las circunstancias anotadas, es obvio que las consecuencias no se las debe imputar por culpa o imprudencia, sino por *dolo eventual*. Esto por una sencilla razón. ¿Qué tipo de conductor no entendería que el conducir bajo estas circunstancias es una acción temeraria que desencadenaría un resultado dañoso? Es evidente que el conductor sabe que su acción es por demás peligrosa y que, en definitiva, si conduce bajo esas condiciones, lo más probable es que lesione o ponga en peligro la vida, integridad o el patrimonio de quienes son parte del tráfico terrestre. Si el conductor se duerme, a sabiendas de su mala condición física, su comportamiento anterior estaría apartándose del riesgo socialmente permitido, habiendo sin lugar a duda un aumento ilegítimo del mismo, perpetrado sin más en el resultado. Su imputación subjetiva será en base al dolo eventual por las razones ya expuestas, debiendo después reprocharse su comportamiento en la imputación personal al más alto grado, siendo por tanto, responsable, pero a título de homicidio; a menos haya actuado bajo temor reverencial, causa de justificación o causa exculpante.

Por la explicación antes dada considero que no todos los delitos producidos en el ámbito del tránsito son delitos culposos, sino auténticos delitos comunes a título de dolo eventual. Como el caso de los delitos dolosos, cuando únicamente se utiliza un vehículo como medio para la comisión de injustos.

El artículo 377 del COIP señala, además de otros supuestos, pena de multa al empleador que haya permitido conducir en malas condiciones físicas a su subordinado. Esta supuesta responsabilidad, lo que está permitiendo, es liberar la verdadera pena que como autor se merecería el patrono. Este sujeto debe responder por comisión por omisión a título de autor del delito de homicidio, por haber creado precedentemente un riesgo prohibido confirmado en el resultado lesivo, dado que tenía la obligación y deber jurídico de prever las consecuencias de mandar en esas condiciones a conducir a su dependiente; eso obviamente, si conocía el estado físico de este.

Conclusión

Es necesario determinar si cada uno de los comportamientos inconscientes de quienes infringen la norma penal y, por ende, la confianza de su vigencia dentro del sistema social, son o no imputables. Para ello, es imprescindible que, basado en criterios normativos del tipo y de imputación, se estudien las con-



ductas de cada caso en concreto. De ello derivará o no la responsabilidad del autor, decidiendo cuándo amerita ser sancionado, o en su defecto, cuándo se puede acudir a las causales excluyentes de la acción o de la culpabilidad.

Cada estado de inconsciencia estudiado puede ser sujeto de respuesta punitiva, pero de igual manera, existe la posibilidad que, de conformidad a los principios de evitabilidad, libertad y previsibilidad, además de los conceptos normativos del tipo, dichos estados sean de aquellos que excluyan el poder punitivo del Estado.

Es indispensable que nuestra ley penal acople su contenido a la dogmática actual; asimismo nuestros juzgadores, a quienes verdaderamente corresponde en cada supuesto, emplear los conocimientos dogmáticos y científicos adecuados para imputar penalmente conductas en *estados de inconsciencia*, esto de conformidad con la *actio libera in causa* y los criterios funcionalistas normativos aquí estudiados.

Referencias bibliográficas

- Alonso, M. (1989). La acción “libera in causa”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46340.pdf>
- Ávalos, A. (2009). Estados de inconsciencia y simulación. Universidad Nacional de Córdoba.
- Bacigalupo, E. (1998). Manual de Derecho Penal, Parte General. Temis.
- Cabello, V. (1982). Psiquiatría forense en el Derecho penal. Hammurabi.
- Díaz, E. (2012). Dolo. Editorial Porrúa.
- _____ (2006). Imputación Normativa del resultado a la conducta (Una Propuesta de Fundamentación y Aplicación en México). *Revista Jurídica*. http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/06/21_Imput_normativa.pdf
- Jakobs, G. (1994). El concepto jurídico-penal de acción. *Revista peruana de ciencias sociales*.
- Jaramillo, J. (2015). Psicopatología. Edúnica.
- Mir, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- Muñoz, F. (2016). Teoría General del Delito. Temis.



- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Civitas.
- Roxin, C. (1998). Observaciones sobre la “actio libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46318>
- Téllez, J. (Ed.) (2010). Fundamentos de Medicina Psiquiatría. Corporación para Investigaciones Biológicas.
- Vásquez F. (2016). El punto de inflexión de la Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Penal. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Welzel, H. (1951). Teoría de la Acción Penal. Depalma.
- Zaffaroni, E. (2002). Derecho Penal: Parte General. Sociedad Anónima editora.



Cuidando los derechos de cuidadores de los adultos mayores con enfermedades crónico-degenerativas

Caring for the rights of caregivers of older adults with chronic-degenerative diseases

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 28 de noviembre de 2022

Aceptación: 18 de diciembre de 2022

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.06>

Claudia Delfín Ruiz
Rodrigo Cano Guzmán
Erwin José Peña Valencia

Resumen:

El aumento en la esperanza de vida en la población mexicana, con el consiguiente envejecimiento de la población y la aparición de enfermedades crónico-degenerativas, incrementa de manera importante el número de personas sujetas a daños neurocognitivos, que requieren de ser atendidas tanto por el sistema sanitario como por los propios familiares. La familia es la principal y, en ocasiones, la única proveedora de servicios de atención a este tipo de pacientes. Por otro lado, la reconfiguración de las familias, la reformulación de roles, el incremento de las necesidades, entre otros elementos, hacen compleja la atención de pacientes con daño neurocognitivos y con enfermedades crónico degenerativas.

Palabras clave:

Cuidador, adulto mayor, enfermedad crónico-degenerativa, marco legal, protección de derechos



Abstract:

The increase in life expectancy in the Mexican population, with the consequent aging of the population, and the appearance of chronic degenerative diseases, increase in an important way the number of people subject to neurocognitive damage, which need to be addressed by the system health as per the family members themselves. The family is the main and sometimes the only provider of care services for this type of patient. On the other hand, the reconfiguration of families, the reformulation of roles, the increase in needs, among other elements, make the care of patients with neurocognitive damage and chronic degenerative diseases complex.

Keywords:

Caregiver, elderly, chronic-degenerative disease, legal framework, protection of rights



De los derechos humanos y sus garantías

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 27-08-2018) regula, en el título primero, capítulo I, los derechos humanos y garantías de todos los ciudadanos. Particularmente, el artículo IV establece que:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesida-

des de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez (p.10).

En lo específico, este trabajo tiene como objetivo aportar elementos teórico conceptuales que permitan proteger los derechos de los cuidadores y, aún más, ayudar a un grupo cada vez mayor y vulnerable como lo son los adultos mayores y su familia.

Definición de adulto mayor

El Diario Oficial de la Federación (2016) establece que todas las actividades que se realicen en beneficio de las personas mayores, deberán estar orientadas a que se fortalezca su independencia, su capacidad para tomar decisiones y su desarrollo personal y comunitario. Para tal efecto, los interesados deberán ser consultados; y sus opiniones y decisiones, tomadas en cuenta. Esto tiene como objetivo la garantía en la equidad, el trato justo en sus condiciones de acceso y el disfrute de los satisfactores necesarios para el bienestar de las personas mayores, sin que haya distinción por su sexo, situación económica, identidad étnica, religión o cualquier circunstancia. La responsabilidad de que esto se cumpla debe ser compartida entre los sectores públicos y sociales, en especial de las comunidades y familiares. Todos deben velar para que esta población tenga una atención preferente. Esto implica que las instituciones federales, estatales y municipales del gobierno están obligadas a implementar programas de atención y acompañamiento acorde a las etapas y circunstancias de las personas mayores. Asimismo, en el Diario Oficial de la Federación (2016), se menciona que esta ley garantiza, ilimitadamente, a las personas mayores:

...la integridad, dignidad y preferencia a una vida con calidad la cual obliga, a las instituciones públicas, la comunidad y a la familia, a garantizar el acceso a los programas que tengan por objeto a ejercer sus derechos. A que disfruten sin discriminación alguna de los derechos, a una vida libre de violencia, respeto a su integridad física y sexual, a la protección contra toda forma de explotación... (pp.4-5).

Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2012) aclara que las personas mayores son aquellas que tienen más de 60 años de edad y tienen los mismos derechos que cualquier persona en nuestro país. Esto está



regido por la Constitución Mexicana. Sin embargo, los adultos mayores tienen derechos especiales, no deben ser discriminados por su edad y deben gozar de todas las oportunidades de igual modo que cualquier mexicano.

Las instituciones deben apoyar siempre al adulto mayor; y esto lo hacen respetando sus derechos. Una persona adulta debe de ser siempre protegida de todo tipo de maltrato. Toda persona adulta tiene que recibir atención por parte de su familia y de la sociedad. Esto implica que la persona mayor debe estar cerca de su familia; sin embargo, si la relación con dicha familia, afecta la salud o los intereses del adulto mayor se debe mantenerlo alejado de ella. En ese caso, el cuidado del adulto mayor debe estar a cargo de algún tipo de institución dedicada a ello. En el caso de tener problemas con las autoridades, el adulto mayor debe ser tratado con dignidad y respeto. Solo debe ser detenido por alguna causa justificada. La persona debe ser asesorada gratuitamente y debe contar con un representante legal que sea de su entera confianza. Así también, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México (2012) menciona que se le debe dar información sobre las instituciones públicas de salud y que toda persona mayor debe recibir cualquier tipo de atención sin ser derechohabiente, por lo cual ha de pagar solo lo justo y acorde con sus posibilidades económicas. De igual modo, persona adulta debe recibir educación y capacitación para mejorar su calidad de vida y ser incluida en algún tipo de actividad productiva.

La misma Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2017) señala que la persona mayor debe recibir protección por parte del Estado y de la familia para tener una vida de calidad y que, a la vez, le permita disfrutar de sus derechos. Debe recibir un buen trato por parte de cualquier autoridad, y una atención preferente para la protección de su patrimonio. El adulto mayor debe tener buena atención por parte de servicios médicos, respecto a su salud, nutrición e higiene, y todo lo que sea en favor del adulto y de su cuidado personal. Toda persona adulta tiene derecho a seguir laborando, lo cual le permita tener ingresos para su beneficio. Si la persona no cuenta con empleo, hogar o cuenta con una discapacidad, son personas que pueden recibir apoyo de asistencia social de algún albergue. Establece que cualquier persona allegada al adulto mayor puede denunciar a las autoridades que corresponda, algún tipo de agresión de la que esté siendo víctima el adulto mayor. Y que todos los adultos mayores de 60 años tienen derecho a la atención preferencial ya sea en algún lugar público o privado, los cuales deben tener acondicionado el lugar para fácil acceso del adulto mayor (p.6-9).

López-Vera (2016) realizó un estudio sobre el proceso de envejecimiento en once países de América Latina. En los resultados de dicho estudio, identificó que solo dos países respetan los derechos para las personas adultas. En esos países, esta población cuenta con buenos ingresos y eso les permite disfrutar su vida durante la etapa de la vejez. Además, les da la posibilidad de desvincu-

larse de preocupaciones y responsabilidades como la de estar al cuidado de los nietos. El autor considera que, para que el envejecimiento sea exitoso, se debe garantizar la calidad de vida, reduciendo la probabilidad de enfermedades o incapacidades. Todos los adultos mayores requieren que se reconozcan sus derechos y éstos se deben incorporar a los derechos fundamentales para que se les brinde protección, igualdad, no discriminación, tiempo digno, acceso a los servicios de salud, derecho a la vivienda e, incluso, a tener un trabajo acorde a sus capacidades. En México, el adulto mayor es la persona que tiene 60 años edad. Ya sea que tenga hogar o solo vaya de paso, se deben respetar los derechos del adulto mayor, como lo marcan las Normas Mexicanas.

En el 2007, se dio inicio al programa denominado “70 y más”. Este programa fue modificado en 2013 y, actualmente, la pensión se otorga a los adultos de 65 años de edad en adelante. Esto ha representado para México un gran paso en el aseguramiento de una pensión para las personas mayores. Es indispensable establecer estrategias financieras que hagan viable el programa a largo plazo. El objetivo primordial es que el adulto mayor tenga una vejez más activa beneficiéndolos de los avances tecnológicos y de los mejoramientos en la calidad de vida que tenga el país. Para esto, se debe conseguir que haya equidad entre las personas sin importar la generación a la que pertenezcan (López Vera, 2016). El Estado debe garantizar una atención médica adecuada para todos.

Por otra parte, Zaragoza (2012) hizo una comparación, sobre los derechos del adulto mayor, a través de las generaciones. Afirma que, para alcanzar la felicidad de cada persona, se deben de respetar los derechos que se le han otorgado como individuo, evitando que se construya algún tipo de dificultad en las generaciones que vienen. Esto es esencial para la construcción de la paz. Zaragoza (2012) propone que se realicen modificaciones en la Constitución con el fin de evitar algún tipo de confrontación entre las personas de la comunidad con base a sus diferencias. Cada persona es capaz de reflexionar, pensar e imaginar la solución de cada problema que se le presente, en beneficio de él y de la comunidad sin pasar por alto los derechos de los demás ni el suyo propio.

El autor afirma que, en esos contextos, la persona mayor tiene derecho expresar todos sus sentimientos, al igual que debe escuchar a las demás personas y respetar los pensamientos de los demás. En un marco de diálogo, es inaceptable la imposición de ideas de unas personas sobre las otras en lo que debieran hacer.

Otros investigadores, como Raccanello, Constantino y Molina (2014) afirman que, aunque las personas mayores tengan sus derechos, aun así se enfrentan a grandes problemas en el ejercicio de los mismos. Esto sucede porque se ven impedidos por su condición y por una deficiente integración social.



Frente a esta realidad, ya se ha promulgado leyes en la ciudad de México que representan un avance en este ámbito, ya que se han elaborado programas de integración para el adulto mayor.

En el 2011, las Naciones Unidas examinaron los problemas y desafíos existentes en el campo del ejercicio de los derechos humanos del adulto mayor. Se han señalado aspectos como: la pobreza, la malnutrición, la falta de atención médica. La situación de las mujeres es peor que la de los hombres debido a que dependen de su pareja. Se encontró, además, que los adultos mayores pueden caer fácilmente en ciclo enfermedad-pobreza. A partir, de la divulgación de los marcos legales, las personas adultas ven que sus derechos están reconocidos en el marco jurídico internacional donde constan los principios fundamentales de la persona. Estos son tutelados por los derechos humanos que se interpretan como incluyentes del adulto mayor.

Los principales derechos del adulto mayor son: a la no discriminación en el empleo, a la vivienda, al cuidado de salud, a servicios sociales y alimentarios, al trato con dignidad, etc. El impulso de estos derechos se ha basado en los principios de igualdad, que incluyen a la persona adulta. La ONU afirma que el Estado es el responsable de garantizar los derechos de la persona mayor en términos legales. Como parte de la garantía de estos derechos, se han ampliado la cobertura de las pensiones alimentarias para las personas sin recursos. Para los adultos mayores, uno de los elementos que más afecta a su bienestar en esta etapa es lo económico. Muchas veces, las personas adultas buscan trabajar ya que quieren sentirse útiles y tratar de mantener el nivel económico que tenían cuando eran jóvenes. Otros lo hacen porque no tienen una pensión suficiente para garantizar una vida digna, por no haber acumulado lo suficiente en su vida laboral.

Acatando las disposiciones establecidas por la ONU, el gobierno mexicano creó el “Instituto Nacional de la Senectud”, organismo que cumple las funciones tanto de proveer un médico asistencial en apoyo a las personas mayores, como otros aspectos relacionados con la política social. No obstante, la pretensión del Instituto, los programas que ofreció se limitaron a ofrecer talleres de artesanía y manualidades; así como, la apertura de un asilo, con ayuda de empresarios, que apoyan en el pago parcial de los medicamentos. Pero muchas de las personas mayores fueron invisibles para este programa.

Como conclusión, Raccanello (2014) reconoce que en el Distrito Federal se hace énfasis en el respeto a los derechos de las personas mayores, los cuales son: “a no ser discriminados, vida libre de violencia, ser protegidos de la explotación, ser protegidos por sus familiares, que vivan de forma digna, mantener contacto con su familia cuando no vive con ellos y a recibir apoyo por parte de alguna institución de forma gratuita” (p.2-6).

Dabove (2016) analiza el impacto del envejecimiento a través del contenido constitucional de los derechos del adulto mayor. El nacimiento de los derechos del adulto mayor está ligado a un fenómeno social que, hasta ahora, ha hecho frente a la demanda de fortalecimiento, inclusión y protección de la persona. Sin embargo, hay situaciones que implican un riesgo para los adultos mayores. Estas situaciones son el empobrecimiento y la exclusión. Con el derecho del adulto mayor, se propone el reconocimiento de las situaciones de vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o algún abuso del que pueda sujeto. El autor, a la vez, se analiza las herramientas jurídicas que permiten la intervención para conseguir la recuperación de la autonomía, libertad, igualdad, participación o dignidad que se le ha dañado a la persona mayor. Asegura que aún hace falta comprender las situaciones injustas que enfrentan las personas que cursan esta etapa de la vida, a fin de que podamos llegar a resolver los problemas que esas situaciones provocan. Señala que, por lo menos, se debe garantizar cinco cuestiones principales relacionadas con los derechos del adulto mayor. Estas cuestiones son: la no discriminación por la edad, la libertad, la inclusión social, igualdad material y acceso a la justicia. Observa que la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores aprobó un documento “vinculante para todos los países a que lo ratifiquen en sus derechos internos los derechos humanos del adulto mayor sin que haya discriminación de ningún tipo” (p.3-15).

Domínguez-Guedea (2016) hace mención a los derechos de las personas mayores que se identificaron en 1948, cuando se hizo pública la Declaración de los Derechos Humanos. Entonces, el compromiso que tomaron los países fue que se garantizara la dignidad, igualdad, justicia y libertad para todas las personas. Se planteó que todas las personas debían tener una calidad de vida adecuada y que cubriera las necesidades básicas como el alimento, vestido y vivienda. A partir de la década de los 60, se inició un cambio en el pensamiento sobre el bienestar colectivo. Aunque en la actualidad esas medidas han sido implementadas en buena parte, aún resultan insuficientes para garantizar un grado de igualdad, democracia y sustentabilidad. El bienestar se ha integrado como el derecho para todas las personas que integran la sociedad; en la literatura psicológica, se define el bienestar como una percepción que las personas tienen acerca de su propia vida y sobre las experiencias afectivas en las que han estado.

En la investigación realizada por Domínguez-Guedea (2016) se analizó el grado de bienestar en las personas mayores. Se utilizaron diferentes métodos para determinar cuál es el modelo y la teoría que se ajusta al análisis de los datos obtenidos. Los datos que se reportan en este artículo se derivan de un proyecto general acerca del bienestar en cuidadores familiares del adulto mayor. Dicho proyecto fue evaluado previamente por la comisión de bioética e investigación de la Universidad de Sonora. Los participantes fueron contactados por organi-



zaciones que prestan servicios sociales y de salud al adulto mayor. Se solicitó el apoyo de los responsables de cada instancia; después, se contactaron a los familiares y se les invitó a participar. El autor concluyó, en su estudio, que el bienestar es un fin al que todo ser humano tiene derecho; pero también, es el medio por el cual se puede favorecer las relaciones afectivas y equilibradas entre las personas. En las personas mayores, su bienestar potencia la calidad de vida. Por tanto, el Estado deberá garantizar las condiciones básicas para conseguir el bienestar de los adultos mayores.

Arroyo (2015) llevó a cabo un estudio que comparó los cuidados en torno a la vejez que se realizan en Argentina y en México. En el caso de México, observó una escasa legislación sobre el tema. Hay un predominio de la práctica del cuidado informal a la persona mayor. De este modo, los cuidados están fuera de la política de envejecimiento. En México, afirma Arroyo (2015), el Estado otorga servicios de cuidado a la persona mayor a partir de dos modalidades que son: seguridad social y asistencia social. Existe una gran tendencia en cuanto a los cuidados de las personas mayores: la familia es la que se encarga de ellos; pero, las mujeres son quienes fungen como responsables de los cuidados de la persona mayor. Esto genera un conflicto en el interior de la familia. El autor afirma que el cuidado de las personas mayores es muy preocupante para el gobierno, ya que se requiere que se promueva, de manera eficaz, los derechos humanos y sociales de los cuidados de los adultos. Por último, asegura que, para el caso de México, hace falta que se haga una reflexión sobre la necesidad de transformar aspectos relacionados con la equidad de género. Del mismo modo, se requiere generar mayor expectativa en torno a los derechos de las personas mayores.

Definición de cuidador

Partimos de la definición de 'cuidador primario' que nos da la Organización Mundial de la Salud: es la persona del entorno de un paciente que asume voluntariamente el papel de responsable del mismo. En un sentido amplio, este individuo tomará decisiones por el paciente y cubrirá sus necesidades básicas, sea de manera directa o indirecta (Alfaro Ramírez, 2007). Generalmente, quien desarrolla la función de cuidador es un familiar directo del paciente (Alfaro, 2007; García, 2004; y Rodríguez, 2000).

En su encargo, el cuidador posterga la satisfacción de sus propias necesidades y recursos (Alfaro, 2007, De la Cuesta, 2001), para atender de manera primaria al paciente. Este cuidador es, generalmente, más joven que el paciente. Algunos autores sostienen que el cuidador, es generalmente, de género femenino y su escolaridad promedio de es de 10 años. (Alfaro, 2007, Espin, 2009).

En tanto, la edad promedio del paciente suele ser de 60 años. En cuanto a su género, hay una relación de 6 mujeres por 4 hombres. Respecto al tiempo de cuidado, el 32% de los participantes ha cuidado al paciente de entre 6 a 12 meses; y el 22% lo ha hecho por años. Respecto a las horas diarias destinadas a las actividades de cuidado, investigadores reportan que 22% lo cuida de 1 a 5 horas por día y el 67% cuida al paciente más de 12 horas al día (Alfaro, 2007; Barrera, 2006; Espin, 2009; García, 2004; Luengo, 2010; Pinto, 2005; y Rodríguez, 2000). Las actividades que realiza el cuidador incluyen la atención personal e instrumental, vigilancia y acompañamiento, cuidados sanitarios, gestión y relación con especialistas de la salud (García, 2004; Rodríguez, 2000). Un dato común aportado por las investigaciones es que el cuidador es un integrante de la familia (Alfaro, 2007; Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia, S/F; Barrera, 2006; De la Cuesta, 2001; Espin, 2009; García, 2004; y Rodríguez, 2000).

Las personas que cuidan a sus familiares, suelen hacerlo por motivaciones altruistas, por reciprocidad, por gratitud. Por una relación basada en el afecto y el cariño mutuo (Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia, S/F; Espin, 2009; García, 2004). La gran mayoría de los cuidadores son mujeres (Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia, s/f; Alfaro, 2007; Barrera, 2006; De la Cuesta, 2001; García, 2004; y Rodríguez, 2000). La edad media del cuidador que reporta la Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia; S/F y Barrera Ortiz (2006) es de 52 años. Por tratarse de familiares directos, el 60% comparte domicilio con la persona que recibe los cuidados (Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia, s/f; De la Cuesta, 2001).

Esta actividad no es remunerada (Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia, s/f; Barrera Ortiz, 2006; De la Cuesta, 2001; García, 2004; Rodríguez, 2000). La Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizcaia encontró que, cuando quienes reciben los cuidados son los hijos, el 17% de los cuidadores realizan además otras actividades. Por ello, es importante considerar el establecimiento, operación y fortalecimiento de las redes de apoyo para el cuidado, tanto del paciente como del cuidador (De la Cuesta, 2001; Pinto, 2005; Rodríguez, 2000).

El cuidador está sometido a grandes presiones, tanto de parte del paciente como de la familia. La aplicación del tratamiento es uno de los aspectos que genera presión sobre el cuidador quien es el depositario del bienestar del enfermo. Generalmente, está poco apoyado por los parientes; pero siempre a la vista de ellos. Esta situación genera en el cuidador, de acuerdo a la literatura revisada, los siguientes síntomas y comportamientos:

- Alteraciones en la calidad de vida (Alfaro, 2007; Pinto, 2005), tanto en el paciente como en el cuidador y su familia.



- Alteraciones en la dinámica familiar (Alfaro, 2007; De la Cuesta, 2001; Pinto, 2005). Estas alteraciones incluyen cambios de roles, posergación de otras obligaciones, centralización en pocas personas de decisiones que impactan a toda la familia.
- Ambivalencia en sus sentimientos: por un lado, siente responsabilidad; y por otro, rechaza el cuidado (Alfaro, 2007). La literatura revisada da cuenta de un conjunto de datos que se deben considerar para atender y proteger a los cuidadores, tales como: trastornos de sueño, fatiga crónica, aislamiento, problemas de salud física, problemas de memoria, trastorno de conducta alimentaria, irritabilidad, depresión, etc. (Asociación de Daño Cerebral Adquirido de Bizkaia, s.f.). Es importante mencionar que también existen experiencias positivas que el cuidador experimenta. Como se mencionó anteriormente, el cuidador lleva a cabo su labor motivado por el agradecimiento, la lealtad, la fraternidad, la empatía y por razones altruistas. Algunas de las experiencias positivas que da cuenta la literatura revisada son:
- Confianza en la resolución de problemas, lo cual tiene un impacto favorable en su autoestima y le acarrea reconocimiento en su papel de cuidador. Por lo mismo, crece en el ámbito espiritual y psicológico (Aguilar-Kubli, 2012).

Por ello, se hace necesario proveer al cuidador de estrategias y herramientas para mejorar sus habilidades, incrementando su capacidad para afrontar exitosamente su tarea. Solo así podrá responder a las necesidades de la persona a quien cuida. Se debe vigilar que el cuidador cuente con el apoyo de la familia, que mantenga su propia salud y que fomente las buenas prácticas en la relación entre el cuidador, la persona cuidada y las redes de apoyo social. Así, podrá manejar de manera adecuada sus sentimientos y emociones colaborando para que en la una intervención se incrementen los niveles de bienestar tanto del paciente como de él mismo. Estas estrategias van desde la orientación psicoeducativa, hasta el tratamiento psicoterapéutico del cuidador y su familia.

Marco legal

La salud y su protección, principalmente, son una necesidad humana básica. La protección del derecho a la salud debe asumirse como algo indispensable y prioritario, sin lo cual los seres humanos no pueden aplicar sus potencialidades ni ejercer una buena calidad de vida. El no reconocer y garantizar el derecho a la salud es adverso a la dignidad humana. La protección y el goce efectivo del derecho a la salud nos colocan como un país que garantiza una condición mínima de justicia y decencia.

De acuerdo a Vélez-Arango (2015), en una sociedad que merezca llamarse justa, debe existir un entendimiento claro acerca de la protección del derecho a la salud y de las diversas necesidades de salud relacionadas con cada periodo a lo largo del ciclo de vida. El bienestar está relacionado con ciclos de morbilidad y de discapacidad que ameritan el acceso a los servicios de salud en los diferentes grados de complejidad. En muchos casos, estos períodos de invalidez y discapacidad parcial o total son permanentes. De ahí que la asistencia en salud sea vista como un requisito de justicia social. Las contingencias del ser humano, desde el nacimiento hasta su muerte, enfermedad, discapacidad, invalidez, ameritan ser asistidas por el Estado y la sociedad a través de los servicios de salud. Está claro que la asistencia, en momentos de dependencia, forma parte de las necesidades primarias de los ciudadanos; y su satisfacción en un nivel adecuado constituirá uno de los rasgos definitorios de una sociedad justa.

Sobre la necesidad de asistencia, Nussbaum (citado por Vélez-Arango, 2015) observa que los seres humanos necesitan mucha asistencia desde que son bebés porque crecen lentamente. Aunque cuando están en la plenitud de su vida tienen necesidades normales, pueden enfrentar accidentes o enfermedades que los pongan en situación de dependencia asimétrica durante un período más o menos largo y requieran asistencia especial.

Al mismo tiempo, para la Organización Mundial de la Salud (2017), el derecho al grado máximo de salud que se pueda lograr exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas. Entre esos criterios están: la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. Así, el goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación.

Las políticas y programas de salud pueden promover o violar los derechos humanos, en particular el derecho a la salud, en función de la manera en que se formulen y se apliquen. La adopción de medidas orientadas a respetar y proteger los derechos humanos afianza la responsabilidad del sector sanitario respecto de la salud de cada persona (Organización Mundial de la Salud, 2017).

Así pues, según Robles (2016) el derecho a la salud se encuentra previsto en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el Protocolo o Protocolo de San Salvador) en estos términos:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida esta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.



2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y, particularmente, a adoptar las siguientes medidas para garantizarlo:
 - a. La atención primaria de la salud, entendida como asistencia sanitaria esencial al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.
 - b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.
 - c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
 - d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole a través de la educación de la población.
 - e. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que, por sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables.

Por otro lado, Codón (2003), en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, menciona que las personas de edad avanzada deben participar plenamente en el proceso de desarrollo y compartir también los beneficios que este reporte. No debe negarse a nadie la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Los efectos del envejecimiento de la población sobre el desarrollo socioeconómico de la sociedad, combinados con los cambios sociales y económicos que están teniendo lugar en todos los países, crean la necesidad de adoptar medidas urgentes para garantizar la constante integración y habilitación de las personas de edad. Además, la migración, la urbanización, el cambio de la familia extendida hacia familias más pequeñas y móviles, la falta de acceso a tecnologías que promuevan la independencia y otros cambios socioeconómicos pueden marginar a las personas de edad apartándolas de la corriente principal del desarrollo. De este modo, pueden ser privadas de funciones económicas y sociales significativas, lo que debilita sus fuentes tradicionales de apoyo.

El desarrollo puede beneficiar a todos los sectores de la sociedad, pero para que la legitimidad del proceso pueda sostenerse se requiere la introducción y mantenimiento de políticas que garanticen la distribución equitativa de los beneficios del crecimiento económico. Uno de los principios de la Declaración y el Programa de Acción de Copenhague consiste en que los gobiernos establezcan un marco para cumplir su responsabilidad con las generaciones presentes y futuras, asegurando la equidad para todas las generaciones. Además, en la Cumbre del Milenio, se expuso como imperativo que, a largo plazo, se elimine la pobreza y se cumpla los objetivos sociales y humanitarios establecidos por las conferencias mundiales celebradas en el decenio de 1990.

Los encargados de la formulación de políticas han debido afrontar la necesidad simultánea de introducir ajustes para tener en cuenta las consecuencias del envejecimiento de la fuerza de trabajo y mejorar, al mismo tiempo, la productividad y competitividad del trabajo garantizando, además, la sustentabilidad de los sistemas de protección social. En todos los casos pertinentes, habría que aplicar estrategias múltiples de reforma para dotar a los sistemas de pensiones de una base financiera sólida (Codón, 2003).

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2016) señala que, en todos los países de América, se incrementará el número de personas mayores de 60 años en los próximos años. Esto tendrá una gran repercusión en la sociedad y, por tanto, en las políticas económicas los Estados latinoamericanos que deberán invertir más en proteger y cuidar los derechos humanos. Solo así, el Estado podrá hacer un buen papel con relación al bienestar del adulto mayor. La CEPAL ha hecho valiosas investigaciones, asistencias técnicas y ha capacitado en aspectos relacionados con el envejecimiento. Ha realizado un seguimiento a las acciones de las Naciones Unidas y tiene, como misión, atender a la población y propiciar su desarrollo. Para esto, se realiza acciones que buscan ampliar y fortalecer las capacidades de cada país en procura de la realización económica y social incidiendo en la política pública.

La CEPAL hizo suyo el plan de acción internacional de Madrid el cual trataba sobre el envejecimiento. Su finalidad era poner en práctica dicho plan de acción internacional en América y el Caribe, y examinar los avances que se han hecho en torno al tema del envejecimiento en las regiones. La CEPAL (2018) ya comenzó con la construcción de una sociedad inclusiva: envejecimiento con dignidad y derechos. Ahora busca la implementación y el seguimiento de las normas que velen por los intereses de las personas mayores.

Para finalizar, es importante señalar que aún se debe incorporar y dar prioridad al tema del cuidador en nuestra legislación y en políticas públicas. Así, se podrá gestionar y dedicar recursos económicos, materiales y, sobre todo, humanos para lograr una adecuada implementación de estrategias que velen por los derechos del cuidador primario.

Sobre este tema, hasta el momento, se carece de normativa no solo en el ámbito nacional sino en el internacional. Es lamentable conocer de tantos casos de personas que, por cuidar a su enfermo, sea pariente o no, pierden su trabajo y el poco o mucho patrimonio que tienen (González Castro y Reyes Luna, 2012, p.643).

Convencidos de la importancia de facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas que protejan al Cuidador, consideramos imperante la creación de mecanismos estatales que protejan sus derechos humanos, económicos y patrimoniales.



Referencias bibliográficas

- Aguilar, E. (2012). Amar con hechos. Calidad humana la primera de todas. Árbol editores.
- Alfaro, R. et al. (2008). Sobrecarga, ansiedad y depresión en cuidadores primarios de pacientes con dolor crónico y terminales. *Revista Médica*. <http://www.medigraphic.com/pdfs/imss>.
- Arroyo, M. C. (2015). Envejecimiento, cuidados y política social. Continuidades y cambios en Argentina y México. file:///C:/Users/User/Downloads.
- Asociación de daño cerebral. (s.f.). El cuidado del Cuidador. <http://www.featece.org/elcuidadodelcuidador.pdf>.
- Barrera, O., Pinto, A. & Sánchez, H (2006). Evaluación de un Programa para Fortalecer a los Cuidadores Familiares de Enfermos Crónicos. *Revista de Salud Pública*. <http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v8n2/v8n2a02.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2018). Informe de la Cuarta Conferencia Regional sobre Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores en el Trigésimo séptimo período de sesiones. <https://www.cepal.org/es/notas/informe-la-cuarta-conferencia-regional-envejecimiento-derechos-personas-mayores-trigesimo>
- Codón, I. (2003). Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2017). Los derechos humanos de las personas mayores. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas>.
- Dabove, M. (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención americana y sus implicancias bioéticas. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127044052003>.
- De la Cuesta, B. (2001). Familia y cuidados a pacientes crónicos. Índex de Enfermería, X, 34. <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/18353/1/Familia%20y%20cuidados.pdf>
- Diario Oficial de la Federación. (2016). Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores Última. <http://vlex.com/vid/ley-derechos-personas-adultas-42583696>
- Diario Oficial de la Federación. (2017). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Última. <http://vlex.com/vid/constitucion-politica-estados-mexicanos>.

- Domínguez, M. (2016). Bienestar en Cuidadores Familiares de Adultos Mayores: Un Derecho, una Aspiración y un constructo psicológico. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=459646901010>
- Espin Andrade, A. (2006) Escuela de Cuidadores como programa psicoeducativo para cuidadores informales de adultos mayores con demencia. “Cuidando a los Cuidadores”: Un programa de apoyo a familiares de personas con enfermedad crónica. <http://scielo.isciii.es/scielo.php>.
- García-Calvente (2004) El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad. Gac Sanit. <<http://scielo.isciii.es/scielo.php>>
- González, U. & Reyes, A. (2012). Algunos aspectos del proceso que viven los cuidadores primarios de un enfermo crónico-degenerativo. *Revista electrónica de psicología Iztacala*. <http://www.who.int/es/news-room>
- López, J. (2016). Situación actual de los Derechos humanos en la normativa del adulto mayor en América Latina y México. <http://www.redalyc.org/pdf/181/18153280015.pdf>
- Luengo, M (2010) Factores del cuidador familiar que influyen en el cumplimiento de los cuidados básicos del usuario postrado. <http://scielo.isciii.es/scielo.php>
- Nouvilas. P. (2012). Salud desde una perspectiva psicosocial. Creencias, comportamientos de salud y adhesión terapéutica. En *Psicología Social Aplicada*. Editorial Panamericana.
- Pinto, N., Barrera, L. & Sánchez, B. (2005). Reflexiones sobre el cuidado a partir del programa “Cuidando a los cuidadores”. *Aquichán*, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pi
- Raccanello, K; Constantino, M. & Molina, N. (2014). Envejecimiento y políticas sociales integradas en la Ciudad de México. <http://www.redalyc.org/pdf/2815/281532956008.pdf>
- Regueiro, M., Pérez, V., Bómara, V. & Ferreiro, C. Escala de Zarit reducida para la sobrecarga del cuidador en atención primaria. <http://ac.els-cdn.com>
- Robles, M. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones Constitucionales*.



Rodríguez, R. Cuidadores familiares de personas con enfermedad neurodegenerativa: perfil, aportaciones e impacto de cuidar. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656700786306>

Vélez, A. (2015). El derecho a la salud: una visión a partir del enfoque de capacidades. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33.

Zaragoza, F. (2012). Educación en Derechos Humanos y Democracia. <http://www.redalyc.org/pdf/274/27426890010.pdf>



El Principio de Lesividad en las sentencias de drogas, un análisis a su aplicación

The principle of lesivity in the sentences of drugs, an analysis to its application

Publicación: 20 de enero de 2023
Recibimiento: 28 de noviembre de 2022
Aceptación: 22 de diciembre de 2022

Diego Valverde

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.07>

Resumen:

El presente artículo tiene como objeto analizar el principio de lesividad y su operatividad. Para ello comenzaremos por dar una breve introducción sobre el principio, su derivación constitucional y la implicancia sobre el Derecho. Nos referiremos a los casos en que se verifica una afectación muy significativa del bien jurídico y al estudio de la problemática que plantean los delitos relacionados con drogas. Para esto, tomamos como referencia los fallos recientes. Intentaremos, finalmente, fijar nuestra posición sobre la interpretación y alcance que -a nuestro entender- merecería el principio de lesividad hoy en día. Nuestra legislación antidrogas ha asumido la tarea de punirlo todo, creando falsas concepciones sobre una sociedad de riesgo. De este modo, transgrede la Constitución y violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La falta de análisis del principio de lesividad en la conducta tipificada como tenencia o posesión de drogas, más allá de no solucionar el problema del consumo, criminaliza el eslabón más frágil de toda la cadena y termina siendo la figura ideal para cubrir las actividades relativas a la venta y el consumo mismo. El seguimiento de estas políticas ha creado verdaderos aparatos estatales de represión que coexisten, de modo que los cuerpos de policía deciden sobre culpabilidad o inocencia desde el mismo momento de la detención. Fiscales y juzgadores bailan al son que tocan dichos cuerpos policiales, y estos últimos ejercen también una función de control hacia los operadores de justicia.

Palabras clave:

Política Sobre Estupefacientes, Derecho Penal y Constitucional



Abstract:

The purpose of this work will be to analyze the principle of lesividad and its operability. For this we will begin by giving a brief introduction about the principle, its constitutional derivation, its forecast in the international instruments on human rights and the implication that derives from it in the law. We will refer to the cases in which a very significant impact of the legal right is verified and to the study of the problems posed by drug crimes. Taking recent failures as a reference, we will finally try to establish our position on the interpretation and scope that in our opinion the principle of lesividad deserves today. Our anti-drug legislation has taken on the task of punishing everything, creating false conceptions of a risk society. Legislation that transgresses the Constitution and violates the right to the free development of the personality, the lack of analysis of the principle of lesividad in the conduct typified as possession or possession of drugs, that beyond not solving the problem of consumption, ends up being the ideal figure to cover from the sale to the same consumption, criminalizing the most fragile link of the whole chain.

Keywords:

Policy On Drugs Criminal Law, Constitutional Law



Introducción

El análisis de la insuficiente argumentación en las sentencias de drogas con relación a la lesividad del delito de tenencia ilegal de estupefacientes tiene como propósito demostrar ciertos valores que se encuentran vigentes en la vida jurídica nacional. Las indebidas y desproporcionadas sentencias en materia de drogas evidencian la relación de estos valores especialmente sobre la actuación de los jueces cuando la carencia de argumentación verifica una afectación insignificante en el bien jurídico. Por ello, se debe partir del análisis del principio de lesividad entendiéndose este como el impedimento a cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico. El art. 19 de la C.N. consagra que las acciones que no lesionan a nadie quedan excluidas de la órbita de control por parte del Estado. Al reglamentar este principio constitucional, el Derecho Penal garantiza el espacio de libertad del cual gozan las personas. Mientras no haya lesión a terceros o a la moral u orden público, no hay conflicto, por ende, el poder punitivo del Estado no puede aplicarse (Milicic, 2018).

El derecho de libertad configura una faceta interna, individual e íntima que integra un ámbito irrestringible, ilimitado e incoercible. Este ámbito no está sujeto a injerencia exterior o control por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la libertad cuenta también con una faceta externa, que incluye la adopción de actitudes y conductas. Y estas últimas resultan castigables desde el momento en que su ejercicio trascienda la esfera personal mediante el uso de medios lesivos violentos o que pongan en peligro a otros. La autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial, inmune a la coerción externa –proveniente de otras voluntades–. Ello implica para el Estado la adopción de una actitud de neutralidad y tolerancia frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras ese comportamiento no se traduzca en forma concreta en un daño para otro. El principio constitucional de lesividad prescribe la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico penal. Por ende, las conductas que suponen un escaso desvalor de acción o de resultado deben quedar fuera del castigo penal, sea por la insignificancia del riesgo o por ser de carácter autorreferentes; es decir, sin trascendencia a terceros (Osorio, 2018).

Se apelará a razonamientos tan disímiles como, por ejemplo, los de Jakob y Zaffaroni, con el fin de permitir al lector formar su propio criterio sobre el debate propuesto, ubicando la categoría del daño en la configuración del delito de acuerdo con esas dos posiciones. Nuestro propósito será conocer si es posible identificar el daño en el tema de drogas a partir del análisis de la Constitución y la jurisprudencia. No nos referiremos a la Ley de Sustancias Estupefacientes y



Psicotrópicas como objeto base de estudio, ya que el análisis no estará enfocado en la ley, sino en las causas u orígenes de su existencia. En la Tabla 1, Principios, se muestra puntos de vista sobre el principio de lesividad de varios autores.

Tabla 1

Principios de lesividad según varios autores

Principio de Lesividad	Descripción
Ferrajoli, L. (2013)	En el presente artículo se aborda la problemática de la justificación del derecho penal, a partir de un análisis del principio de lesividad u ofensividad, discutiendo la validez de una construcción de dicho principio a partir de referencias internas al sistema penal, o referencias externas al mismo.
Garcia (2018)	El principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano, que justifique de alguna manera la institución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáticas o positivas.
Vega, V. (2018)	Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás
Torres (2017)	Puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno.
Ferrajoli (2016)	Lo que no le haga daño a nadie, no puede ser castigado por la ley. En todo delito debe haber un bien jurídico lesionado. Exige que las consecuencias y repercusiones del hecho sean socialmente relevantes, que se proyecten en la sociedad.



Al finalizar, como parte medular de este trabajo, estudiaremos de forma cuantitativa y cuantitativa las sentencias y su contenido para conocer el punto de vista de los jueces autores. Llegaremos a las respectivas conclusiones de este estudio crítico y a las sugerencias motivadas por la confrontación de las fuentes teóricas con la realidad palpada.

La Constitución garantiza que los ciudadanos de este país puedan conducirse desarrollarse, desenvolverse, pensar, opinar y expresar en todo sentido su personalidad, siempre que no se contravenga el derecho ajeno. Este es el principio de lesividad el cual, a su vez, cristaliza el derecho de libertad.

El derecho en forma general, y el derecho penal de forma específica, aparece como el medio útil y necesario (principio de necesidad), para ejercer una función preventiva ante la amenaza de estas libertades. Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás. Como bien lo advierte Vega (2015), el principio de lesividad es la consagración de la libertad como valor supremo: la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros.

En nuestro país, en materia de drogas ilegales, nuestra legislación transgrede la Constitución y violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad al tipificar la tenencia o posesión de drogas porque criminaliza el eslabón más frágil de toda la cadena. En consecuencia, más allá de no proveer solución al problema del consumo, se vuelve la figura ideal para cubrir el proceso que implica la venta de drogas ilegales.

La presente investigación se ejecutó en la provincia de El Oro debido a la facilidad que suponía ser el lugar de trabajo de la autora y el deseo de tener resultados concretos acerca de las hipótesis que ya se manejaban antes de la investigación. Se guardan las debidas reservas acerca de los nombres de las personas entrevistadas debido a que las personas implicadas no autorizaron a que su identidad fuera revelada en este estudio.

Marco teórico

El uso de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas se remonta a los años 3.000 a.C. pues se tiene registro de que se utilizaban algunos opiáceos en Asia (el cáñamo) y en América (hojas de coca como analgésico o en la sociedad Azteca algunos hongos como el peyote).

Aunque no se conozca con exactitud cuál fue la primera droga que se usó, se considera que el alcohol es una de estas. Lo más probable es que cuando se almacenaba la miel se fermentaba y se produjere el primer vino. Desde enton-

ces, las bebidas fermentadas han sido consumidas a lo largo de la historia convirtiéndose en un importante comercio colonial. Asimismo, hay registro de que las funciones psicotrópicas del opio eran conocidas ya en el 3.000 a.C. y que este era utilizado como alimento, forraje o aceite, desde Oriente Medio hasta la India y China. A Europa Occidental llegó terapéuticamente en el siglo XVI gracias al médico y alquimista suizo Paracelso que difundió el uso de la “piedra de la inmortalidad” en forma de láudano o tintura. Solo en el siglo XIX la adicción al opio llegó a ser un gran problema sanitario en Occidente debido a la popularización de su consumo para el ocio.

En esta misma época se aisló la morfina del opio para sustituirlo junto con la codeína en los tratamientos médicos. Sin embargo, su alta capacidad adictiva llevó a la fábrica Bayer a buscar un sustituto del opio y la morfina en los tratamientos de deshabituación. Así fue que en 1874 se creó el primer opiáceo semisintético: la heroína. No obstante, en muy poco tiempo logró un alto consumo en Estados Unidos e Inglaterra generando una fuerte adicción la cual se extendió por el resto del mundo.

Por otro lado, tenemos el cannabis como una de las drogas más consumidas en todo el mundo tanto en forma de marihuana, hachís y aceite de hachís. El cannabis es originario de Asia Central y era empleado como fuente de fibras textiles en el 4.000 a.C. según los registros arqueológicos. Sus propiedades alucinógenas probablemente fueron descubiertas por primera vez en Oriente, ya que algunos escritos chinos de hace 3.000 años indicaban que el cáñamo tomado en exceso hace ver monstruos y que si se usa largo tiempo puede comunicar con los espíritus y aligerar el cuerpo.

Así mismo, la coca es un estimulante cuyo uso se remonta hacia el 5.000 a.C. en América. La planta de la coca crecía de manera silvestre hasta que en el siglo X comenzó a ser cultivada por los nativos de Colombia quienes la difundieron hacia el sur. En la cultura Inca era usada como planta sagrada en rituales. Además, como poderoso estimulante la hoja de coca era mascada por los trabajadores para mitigar los efectos derivados de la altitud, el hambre o la fatiga y como medicina para las molestias gastrointestinales, catarros o contusiones. Los estudios de Fermín, (2013) indican que la coca no se exportó a otros lugares hasta que en el siglo XVI llegaron los españoles y se sorprendieron por sus efectos.

Como se ha verificado, las sustancias estupefacientes, psicotrópicas llamadas drogas ilegales existen y se usan desde hace mucho tiempo atrás. Su uso es tan antiguo como el hombre y se mantendrá durante muchos siglos más como medicina alternativa o método terapéutico, ritual de pueblos indígenas o elemento recreativo e, incluso, la comercialización. Ninguna de estas acciones afecta a los derechos de otro individuo. De hecho, si llegara a verificarse deterioro en la salud del consumidor, él mismo es el único responsable



ya que consume dichas drogas de forma libre y voluntaria. Generalmente, el uso de un psicótropo puede traer, como consecuencia, cambios temporales en la percepción, ánimo, estado de conciencia y comportamiento. Pueden ser de tipo estimulante, antipsicótico, tranquilizante, entre otros. En cambio, los estupefacientes o narcóticos, están relacionados, por lo general, con el tratamiento y control del dolor. Se dice que estas sustancias tienen un índice terapéutico muy pequeño (ventana terapéutica pequeña): es decir que las dosis son muy exactas para cada patología e indicación en particular. Por ejemplo, con una concentración específica se puede producir excitación y con una concentración superior pueden deprimir el sistema nervioso central (SNC). Es por ello, que su indicación y prescripción debe ser realizada exclusivamente por el profesional médico especialista, y su utilización debe ejecutarse bajo estricta vigilancia médica (Anmat, 2018)

Tabla 2

Conceptos de drogas

Autor	Citas
(Díez Ripollés, 2005)	“La actual política represiva fomenta la confusión entre asistencia y control, dificultando una adecuada intervención asistencial sobre los consumidores, no sólo por quedar con frecuencia reducida a un porcentaje mínimo, el de los más deteriorados, sino igualmente por no poder desarrollar plenamente los objetivos de mejora de sus condiciones personales, familiares y sociales”
(Andrade, 2013)	En Latinoamérica, en un significativo grupo de países es permitido el consumo de ciertas cantidades de drogas. En Chile, por ejemplo, el consumo legal es el personal,
(Bourdin., 2009)	“Si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón entonces no habría tráfico”.
(Blickman, 2009)	“La cantidad de cafés sufrió una reducción drástica: de un pico de 1.500 en los inicios pasó a 813 en 2000, hasta llegar a 702 en 2007”



(Federico, 2010)	Incluso antes del fallo Arriola, la mayoría de los casos por tenencia de cantidades mínimas de estupefacientes se cerraban antes de empezar a ser investigados.
(Ministerio de Justicia, 2008)	El acto legislativo mencionado se fundamentó en los resultados de un estudio titulado “Estudio Nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Hogares de Colombia”
(Organización de los Estados Americanos, 2013)	Un sistema educativo más eficiente, una comunidad mejor diseñada, mejores programas para capacitar a los padres en la crianza de sus hijos y tribunales que puedan administrar justicia en forma más rápida y justa, pueden reducir los factores de riesgo, (Organización de los Estados Americanos)
(Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia,2013)	Uno de los primeros resultados de la Comisión fue la elaboración de un primer informe, entregado al Gobierno Nacional en el cual recomendó orientar su política pública en materia de reducción del consumo de drogas hacia la eliminación de sanciones penales para los consumidores y utilizar herramientas de salud pública para la atención del problema, la propuesta de la Comisión va orientada a que el consumo de drogas salga del ámbito del derecho penal y se protejan valores como la salud y los derechos humanos.
(Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia,s.f.)	En Brasil, la primera política nacional de control de drogas fue formulada por el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso, a través de la creación del Secretaría Nacional de las Drogas, que debería desarrollar una orientación para conciliar métodos de represión, planes de prevención y reducción de demanda. En 2006, bajo el gobierno del presidente Luis Ignacio Lula da Silva, la política de drogas fue reorientada con la Ley 11.343, fortaleciendo acciones de prevención y garantizando medidas educativas, en lugar de penas para usuarios, y abriendo espacio para el cultivo de plantas para uso comprobadamente personal.



(La Nación Drogas, 2013)	“No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.
(Ley de Fiscalización de Estupefacientes., 2009)	La Ley de Estupefacientes Alemana establece que la posesión de una cantidad pequeña de todas las drogas es un delito, pero no será procesado cuando: 1) No hay daño a terceras personas; 2) Los menores de edad no participan; 3) La sustancia es de uso personal; 4) El delito implica una “cantidad insignificante”.

En la actualidad, las políticas Antidrogas en la Legislación Nacional en el Ecuador, se encuentran condensadas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 366 del 30 de Enero de 1990. Esta ley tiene como antecedentes estas leyes:

1. La Ley de Control del Opio de 1916;
2. La Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los Preparados de la Morfina y de la Cocaína de 1924;
3. La Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1958;
4. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970;
5. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974;
6. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987; y Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, cuya última codificación se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 17 de Diciembre de 2004.

Nuestra Ley de drogas declara de interés nacional la erradicación de la producción, oferta, uso indebido y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Asimismo, esta ley se plantea como objetivo proteger a la comunidad de los “peligros” que dimanan de estas actividades.

Para cumplir ese objetivo, se ha desplegado un entramado que acata las políticas de control, guerra y prohibicionismo planteadas en el marco de la legislación internacional. Esta política represora no solo se evidencia en la aprobación de una legislación que sanciona casi toda conducta, sino en

la creación de organizaciones estatales que operan según las directrices de cuerpos como la Drug Enforcement Administration. Vivanco (2013) observa que tradicionalmente ha sido esta organización internacional la que ha comandado los operativos antinarcóticos forzando a las agencias policiales del Estado a emular su idiosincrasia.

La Guerra contra las Drogas en el mundo

La “guerra contra las drogas” se ha librado en todo el mundo durante 50 años aproximadamente sin lograr sus objetivos puesto que cada vez es mayor la oferta y el consumo de drogas. Más allá de este fracaso, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC) han identificado numerosas y serias “consecuencias imprevistas” (p.1) de la guerra contra las drogas, incluyendo el estigma y la discriminación que enfrentan una serie de poblaciones. Estos costos son distintos a los referidos por consumo de drogas pues es la elección de un enfoque punitivo del régimen de fiscalización de las drogas la que los provoca dado que criminaliza a los consumidores quienes a menudo se encuentran entre los sectores más vulnerables de la sociedad. Pese a la evidencia de que las leyes punitivas no desalientan de manera significativa el consumo, la criminalización sigue siendo la principal arma en la guerra contra las drogas.

Utilizar el sistema de justicia penal para resolver un problema de salud pública no sólo ha demostrado ser ineficaz, sino también socialmente corrosivo. Ello promueve la estigmatización y discriminación de poblaciones ya marginalizadas o vulnerables, las que, teóricamente, deben ser amparadas por políticas diseñadas para protegerlas.

Entendemos la discriminación como el tratamiento que induce al maltrato de una persona según su pertenencia a un grupo, clase o categoría. El concepto está inevitablemente ligado al *estigma*, que es la manifestación social y práctica de “una marca distintiva de oprobio social” (p.2).

Pese a que todo consumo de drogas – especialmente cuando está vinculado a la intoxicación en público – ha sido asociado a la desaprobación social, se evidencia una desatacada variación respecto al tipo de droga y los espacios de consumo.

Aunque el estigma ciertamente rodea a los consumidores de todas las drogas ilícitas, éste puede ser amplificado por pánicos morales fabricados políticamente alrededor de ciertas drogas, grupos o poblaciones. Del mismo modo, el estigma es menos evidente para consumidores de drogas lícitas como el alcohol o el tabaco. Aunque existen controles sociales y legales en relación a estas drogas; sin embargo, estos controles se refieren mayormente a ciertas prácticas (como fumar en espacios públicos, o embriagarse en la vía pública), estas sanciones corresponden a un orden distinto al “oprobio social”, la severa forma de



desaprobación pública reservada a quienes se involucran con las drogas ilícitas (Wart, 2018) e, incluso, su utilización es en buena cuenta deseable, ayudando a establecer normas sociales saludables que minimizan daños potenciales

La guerra contra las drogas ha sido un intento por terminar con la tenencia, distribución y comercialización de las llamadas sustancias ilegales que según el Estado afectan la salud de las personas en general. No obstante, esta afectación no se puede comprobar ya que no hay relación directa entre la acción y el supuesto daño. Dicho daño solo podría considerarse una autolesión puesto que únicamente aquellos individuos que consumen de forma libre y reiteradamente estos alucinógenos son quienes pueden presentar consecuencias negativas en su salud.

En esta lucha se han visto involucrados varios países, entre ellos, Ecuador. Los resultados no han sido favorables porque este problema jurídico-social se mantiene. La política prohibicionista solo ha provocado la expansión y diversidad de mercado con ganancias que van a pocas manos tal como advierte Ayala (2017).

Principio de Lesividad

El principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo (Significado Legal, 2009)

La lesividad es el principio que más se vulnera al momento de sancionar a una persona por un delito de drogas ya que no se justifica la lesión penal al bien jurídico *salud pública*. La lesividad exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes, por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, cuya lesión o daño causado deba ser comprobable, es decir, debe existir una tercera persona cuyos derechos están siendo violentados por las acciones de otra persona independiente. Este principio refiere también que existe delito siempre que las acciones ejecutadas por un individuo afecten directamente el derecho del otro.

El principio de lesividad y el daño a terceros son de vital importancia para que se ejerza el poder punitivo del Estado debido a que existe la violación de un bien jurídico considerado interés protegido por la Constitución de la República y los derechos humanos.

Consecuencia de la vulneración del principio de lesividad

En nuestro país, la principal consecuencia de la vulneración del principio de lesividad fue su ingreso al juego de los números con más personas en prisión acusadas por delitos de drogas. Como resultado, muchos inocentes están tras las rejas. Las estadísticas carcelarias en Ecuador durante los años de cooperación activa con las políticas de drogas de los EE.UU., muestran que la mayoría de los detenidos por delitos de drogas pertenecen a los sectores más vulnerables y marginalizados de la sociedad: consumidores con problemas de drogas, personas pobres y mujeres. Es raro encontrar un traficante de drogas de altos mandos en alguna de las prisiones del país.

Al mantener convenios antidrogas con Estados Unidos, Ecuador debía cumplir el rol de protector de la economía y la salud pública lo cual se evidenciaría según el número de personas privadas de la libertad. El empleo de mujeres para el micro tráfico y transporte como “mulas” implica un porcentaje de entre el 65 y 79% de la población carcelaria de mujeres por delitos de drogas ilegales, muchas por tráfico internacional en pequeña escala. No hay que restar demasiado en el número de varones que pueblan las cárceles por las mismas razones.

La posibilidad de ser condenado en una investigación por delitos de drogas es alta. En los procesos judiciales, el parte policial predetermina una sentencia judicial puesto que desde la detención ya se prevé que el acusado será condenado. Los partes policiales antinarcóticos se constituyen en el único elemento probatorio dentro del juicio, lo que provoca que automáticamente se obtenga una sentencia condenatoria en muchos casos sometiendo a los detenidos al algún tipo de procedimiento especial que contempla nuestra legislación entre ellos el Procedimiento Abreviado o Procedimiento Directo. Se puede colegir que los fiscales no son objetivos pues creen que su deber es únicamente acusar y hacer sancionar a aquellos que aparentemente violentaron la ley lesionando un bien jurídico tutelado con sus actos. En los casos sobre drogas ilícitas es imposible demostrar que se ha lesionado la salud pública. ¿Cómo comprueban que mientras X persona poseía X gramos de una sustancia estupefaciente la salud de un tercero se perjudicó por esa causa? (Ayala, 2017).

Metodología

La presente investigación es de carácter analítica descriptiva, en razón de la naturaleza del campo de la investigación y considerando los alcances del problema planteado en la formulación del mismo. A partir del análisis sobre la inexistente argumentación en las sentencias de drogas con relación a la lesividad del delito de tenencia ilegal de estupefacientes mantenemos el propósito de evidenciar ciertos valores que se encuentran vigentes en la vida jurídica nacional. En especial nos interesa relacionar como la actuación de los jueces es



causa del problema: la carencia de argumentación y las consecuentes injustas y desproporcionadas sentencias en materia de drogas. Esto nos servirá para establecer propuestas orientadas a estudio de los fallos en materia de drogas, filtrando de ellos únicamente el contenido de las sentencias de delitos de tenencia ilegal de estupefacientes.

En el aspecto metodológico, el estudio no se centra únicamente en el ámbito doctrinario, el que, pese a tener fundamental importancia, no es el principio y fin del trabajo. Por lo tanto, se encontraron datos interesantes recabados de entrevistas con personajes que aportaran desde sus puestos de trabajo con información relevante; esa información partirá de su conocimiento directo sobre el tema. Se encontrarán los resultados bajo la técnica de entrevistas realizadas a jueces de tribunales de garantías penales y fiscales, cuyos nombres se mantendrán en reserva.

El universo del presente trabajo se lo hizo en la provincia Bolívar lo cual se debe a que se trata del lugar de trabajo del autor. Por otra parte, en el presente trabajo investigativo se realizó la entrevista la misma que se llevará a cabo bajo la técnica de cuestionario no estructurado, permitiendo al entrevistado que se sienta cómodo al expresar su opinión acerca de las ideas que se le plantean en cada pregunta, para luego realizar un análisis del discurso.

En cuanto a los casos que se exponen (sentencias) fueron escogidos con el objeto de evidenciar puntos emblemáticos con los que se realizaba la confrontación entre las ideas aquí defendidas y la realidad contenida en su redacción, y en otros casos se lo hace porque es posible subsumir su contenido en alguna de las corrientes críticas que se presentan.

Mediante la siguiente tabla se justificará sobre una muestra realizada a personas conocedoras sobre el tema de drogas.

Tabla 3

Muestra extracto

Muestra	Población
Operadores de justicia (Jueces de la provincia Bolívar)	10
Defensores Públicos	10
Abogados en libre ejercicio	20
Ciudadanía en general	10
Total	50

Elaborado todo este esquema, se establecerán conclusiones apoyadas en los resultados obtenidos y la propuesta central de este trabajo: demostrar la necesaria despenalización de la tenencia y venta de pequeñas cantidades de estupefacientes y una paulatina legalización de la droga.

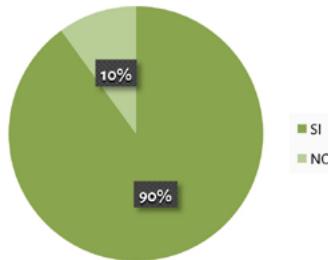
Interpretación de resultados

Encuestas dirigidas a Operadores de Justicia, defensores públicos, profesionales del derecho en libre ejercicio y ciudadanía en general.

7. ¿Conoce usted que son las sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

Figura 1

Conocimiento sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas



Los resultados obtenidos muestran que las personas encuestadas sí conocen sobre el tema que se les pregunta, dejando claro el conocimiento que existe sobre dicha temática debido a que, en su mayoría, son profesionales de Derecho entre ellos operadores de Justicia y Defensores Público.

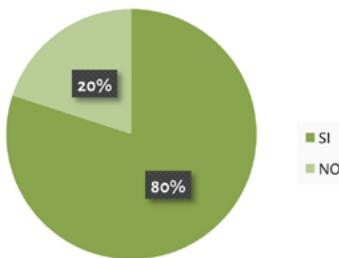
8. ¿Conoce usted que se sanciona con penas privativas de libertad la tenencia, transporte, comercialización de sustancias estupefacientes o psicotrópicas?

Habiéndoseles indicado a los encuestados que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas son las famosas drogas ilegales, en su totalidad, el 100% de los encuestados indicaron que sí saben que se sancionan todas las conductas inmersas en el tráfico ilícito de estupefacientes o psicotrópicos. Quedan claro que se conoce que son actos prohibidos por la ley y están establecidos como tal, trayendo consigo una pena privativa de libertad, la misma que depende del tipo de droga y su cantidad.

9. ¿Sabe usted cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de Tráfico Ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?

Figura 2

Porcentaje de conocimiento del bien jurídico

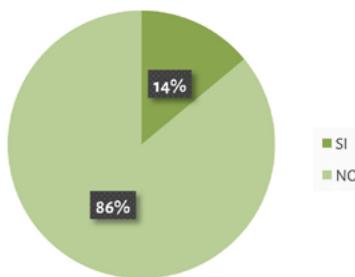


Los encuestados en un mayor porcentaje señalan que sí conocen con exactitud qué bien jurídico es el que protege el Estado al momento de sancionar a las personas que cometan delitos relacionados con drogas. Así de demuestra que existe un conocimiento general y mayoritario en la población.

10. ¿Cree usted que la salud pública se lesionaría al momento de cometer un delito de Tráfico Ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?

Figura 3

Porcentaje que considera que el tráfico ilícito lesionaría la salud pública



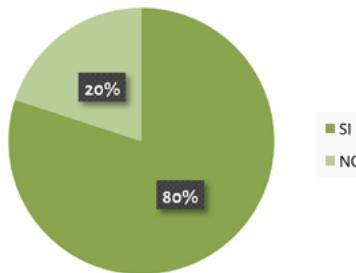
La mayoría de la población encuestada señala que cree que el bien jurídico protegido en los delitos de drogas no es la salud pública, debido a que no existe una relación directa entre el cometimiento del delito y el afán de causar daño a un tercero sino más bien es un tema de carácter económico.



11. ¿Sabe usted que es el principio de Lesividad?

Figura 4

Porcentajes según el conocimiento sobre el principio de lesividad



Al ser personas con estudios superiores en la carrera de Derecho, en su mayoría, los encuestados conocen lo que es el principio de Lesividad y que es vulnerado en todas las sentencias condenatorias sobre delitos de tráfico ilícito de drogas. Uno de los presupuestos para juzgar delitos es que exista una víctima en concreto y por ende una lesión palpable o demostrable.

12. ¿Conoce usted que el principio de lesividad se vulnera al momento de procesar y sentenciar a una persona por tráfico ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?

Figura 5

Porcentaje según la percepción de lesividad relacionada con las sentencias por tráfico de drogas



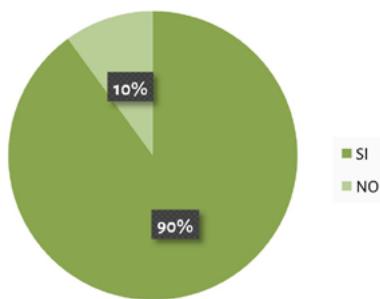


El principio de lesividad es aquel que exige que solo pueda ser delito una acción cuando esta es ejecutada por un individuo afectando al derecho de otro ser humano y estas lesiones sean demostrables, los encuestados en la mayoría conocen que en todas las sentencias condenatorias se vulnera el principio de lesividad ya que no se logra establecer en ningún momento cual es la víctima en concreto de la infracción y además a que no se puede justificar la intención de causar daño a una tercera persona debido no se puede comprobar que la salud de una persona en particular se está perjudicando por el cometimiento de un delito de drogas.

13. ¿Conoce usted que Ecuador recibe recursos económicos de Estados Unidos a cambio de combatir el Tráfico de Estupefacientes?

Figura 6

Porcentaje según conocimiento sobre la cooperación EEUU-Ecuador



Los encuestados, en su mayoría, saben que Ecuador combate el tráfico de estupefacientes por el dinero que recibe de Estados Unidos a través de los acuerdos pactados, esto a cambio de sancionar todas las conductas referentes al mismo protegiendo la economía del país del aliado mas no la salud de los ecuatorianos.

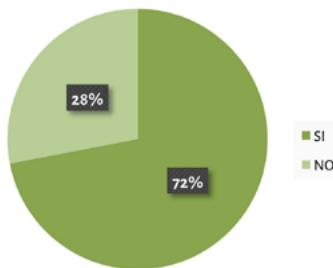
14. ¿Considera usted que los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se los hace por la necesidad de las personas con la finalidad de obtener un lucro económico mas no causar daño a las personas?

En su totalidad las personas encuestadas manifiestan que los individuos que cometen este tipo de delitos lo hacen únicamente con el afán de obtener una ganancia económica, mas no para provocar un daño en la salud de personas naturales. No obstante, notemos que los únicos que provocan daños en su salud son quienes consumen voluntariamente.

15. ¿Cree usted que se debería despenalizar la tenencia o posesión de estupefacientes o psicotrópicos a fin de dejar de afectar derechos de personas concretas con el objetivo de proteger un ente abstracto como lo es la salud pública?

Figura 7

Porcentajes de encuestados que están y no están de acuerdo con la despenalización de la tenencia de estupefacientes



En su mayoría los encuestados concuerdan que así como el consumo de sustancias estupefacientes es “legal” -ya que lo contempla el artículo 364 de la Constitución de la República de Ecuador-, también debería serlo su tenencia. Esto debido a que resulta consecuente que el consumidor posea dichas sustancias. De este modo se lograría que baje el índice carcelario ya que en el Ecuador -y aún más en las provincias fronterizas- la mayoría de personas privadas de su libertad lo están por haber vulnerado un bien jurídico abstracto que es la tenencia.

16. ¿Conoce usted algún caso de muerte o enfermedad grave por consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en la provincia Bolívar?

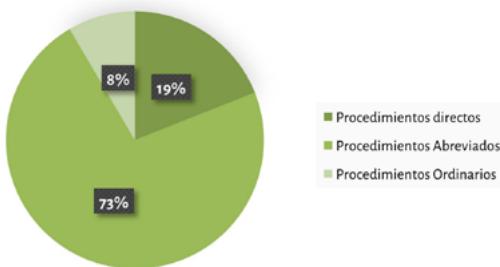
Partiendo del hecho de que quien consume reiteradamente drogas afecta la salud propia se obtuvo que ninguno de los encuestados conoce que alguna persona en particular haya fallecido o se haya enfermado gravemente por consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Esta afirmación concuerda con la hipótesis de que ninguna de las conductas establecidas en el numeral 1 del artículo 220 -menos la tenencia o posesión- afectan la salud pública. Por tanto, deben ser analizadas como un tema de carácter económico.



Diagnóstico de sentencias condenatorias por delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización del año 2017 en la provincia Bolívar.

Figura 8

Porcentajes de sentencias condenatorias sin lesividad



Dentro de la presente investigación, y con la finalidad de cumplir con el objetivo de diagnosticar cuantas sentencias condenatorias se impusieron sin lesividad en la provincia Bolívar, se ha analizado la información proporcionada por la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Especializadas, Transnacional e Internacional de Bolívar. Se ha registrado en el año dos mil dieciséis un índice alto en cuanto a sentencias condenatorias por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Se evidencia que la mayoría de los casos son flagrancias con detención inmediata y un parte policial como sustento que dio inicio a un proceso cuyo resultado es el sometimiento a procedimiento directo o abreviado. Dos elementos se subrayan por su importancia: la utilización del procedimiento abreviado suele derivar en una rápida sentencia condenatoria en contra; y, que al momento juzgar y sancionar por un delito de tráfico de estupefacientes o psicotrópicos se tiene como base legal el artículo 220 numeral 1 sin especificar en ningún momento cual es el verbo rector exacto, cayendo en la vulneración del principio de taxatividad también.

Conclusiones

De la revisión de la normativa se establece que la legislación antidrogas vigente es igual de punitiva y drástica que las legislaciones que la anteceden. Dicha drásticidad cubre totalmente todas las acciones referentes al tráfico de estupefacientes o psicotrópicos privando de su libertad a personas naturales concretas con el fin de proteger un bien jurídico abstracto. No se puede identificar a la supuesta víctima lo que hace imposible comprobar el daño.

Toda persona tiene derecho a ser juzgada en proporción a la gravedad del daño causado al bien jurídico protegido por el Estado. La afección de los derechos de una persona determinada es un detrimiento o lesión que requiere una sanción, la cual, a su vez, debe ser determinada y comprobable. La metodología que se ha utilizado y el análisis de las distintas posiciones de juristas, doctrinarios y especialistas en materia penal, así como el razonamiento de las encuestas efectuadas, nos ha llevado de determinar que en el caso que nos ocupa es necesario e importante realizar un análisis sobre la violación del principio de Lesividad.

Con la despenalización de la tenencia o posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se dejaría de transgredir derechos de personas específicas como se lo hace al sancionar por esta infracción penal. Esto permitiría que con el paso del tiempo se piense en una total legalización, con el fin de que se regularice el consumo teniendo como punta de partida desde su producción hasta su misma venta, como se realiza con las drogas licitas como lo son el tabaco y licor, así se podría controlar las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y se impediría que se sigan vulnerando derechos y en especial el principio de Lesividad.

Recomendaciones

Por cuanto el tema tratado dentro del presente proyecto de investigación es de actualidad, viabilidad y de gran importancia, se recomienda que la propuesta planteada sea tomada en cuenta por el máximo organismo de creación y modificación de las leyes. La Asamblea nacional debe reformar el art. 220, numeral 1 del código orgánico integral penal y se supriman los verbos rectores tenencia y posesión ya que estas dos conductas no son lesivas y no representan peligro para la sociedad.

El tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en la actualidad es aún un tema tabú por todos los prejuicios infundados que tenemos como sociedad. Se recomienda al Estado realizar campañas de conocimiento y prevención acerca de este tipo de sustancias canalizando los resultados hacia la minimización del consumo y adicción, acciones que resguardaría la salud de manera más efectiva. Evitar decesos por consumo de drogas ayudaría más que privar de su libertad a las personas naturales lo cual, hasta la actualidad, no ha solucionado absolutamente nada.

Referencias Bibliográficas

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2012). Oficina de prensa. <http://www.bogotahumana.gov.co/index.php/noticias/comunicados-de-prensa-alcalde-mayor/2083-qlos-camadson-instrumentos-de-pazq-alcalde-petro>



- ANMAT. (2018). <https://www.google.com/search?q=sustancias+estupefacientes+y+psicotr%C3%B3picas+concepto&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b>
- Anselmino, V. (2011). La Ley 26.052 y la competencia en materia de estupefacientes. Trabajo final de la materia Derecho Penal Intensificado IV (Problemática de los estupefacientes).
- Ayala, M. (2017). Delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y la falta de lesión penal al bien jurídico salud. https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=GMT0W6fWFsKa_QbLkIiw-CA&q=DELITOS+DE+TR%C3%81FICO+IL%C3%88DCITO+DE+SUSTANCIAS+CATALOGADAS+SUJETAS+A+FISCALIZACI%C3%93N+Y+LA+FALTA+DE+LESI%C3%93N+PENAL+AL+BIEN+JUR%C3%88DDICO+SA-LUD&oq=DELITOS+DE+TR%C3%81FICO+I
- Brasil: despenalización de drogas con apoyo clave. El Nuevo Herald. http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil_despenalizaci%C3%B3n-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf
- Bourdin, M. (2009). «Tenencia de drogas: tras el fallo Arriola, Zaffaroni advierte que se debe combatir el paco». Centro de Información Judicial.
- Blickman, T. & Jelsma M., (2009). La reforma de las políticas de drogas: Experiencias Alternativas en Europa y Estados Unidos. *Nueva Sociedad*, 222.
- Broun, K. S. (2006). The Federal Rule governing impeachment by proof of conviction of crime is the product. MCCORMICK ON EVIDENCE.
- Carbonell, M (2012). http://www.miguelcarbonell.com/articulos/La_persecucion_penal_de_las_drogas.shtml
- Chiquillo, K. & Méndez, G. & Molina, C. & Padilla, M. (2013). Factibilidad de la despenalización del delito de posesión y tenencia de drogas como forma de disminuir la delincuencia en el salvador. <http://ri.ues.edu.sv/3411/1/FACTIBILIDAD%20DE%20LA%20DESPENALIZACI%C3%93N%20DEL%20DELITO%20 DE%20POSESI%C3%93N%20Y%20TENENCIA%20DE%20DROGAS%20COMO%20FORMA%20DE%20DISMINUIR%20LA%20DELINCUENCIA%20EN%20EL%20SALVADOR.pdf>
- Cole, D. (2009). Preventive Detention, Suspected Terrorists, and war. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/371/>

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2013). Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/LineamientosPol%C3%83%C2%ADticaConsumo_Comisi%C3%83%C2%B3nAsesora_mayo2013_FIN%20AL.pdf

Couture, E. J. (1950). El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Astrea.

Cox. (2010). "Based on Iowa's history and the legal reasoning for prohibiting admission of propensity evidence out of fundamental conceptions of fairness, we hold the Iowa Constitution prohibits admission of prior bad acts.

Davies, S. M. (1991). Susan Marlene Davies, Evidence of Character to Prove Conduct: A Reassessment. *Crim. L. Bull.*

Díez Ripollés, J. L. (2005). El Control Penal del Abuso de Drogas: Una Valoración Político-Criminal. *Revista de Derecho*.

Edward, M. A. (1995). Imwinkelried, People v. Ewoldt: The California. *LOY. L.A.* L, 473, 479, 490–92.

Enrique, F. (1983). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, concordado y comentado. 373.

Federico, M. (2010). País Narco. Tráfico de droga en Argentina: del tránsito a la producción propia. Random Hause.

Fermin, A. (2013). Las drogas y su origen. *Ser Historia*. http://cadenaser.com/programa/2013/06/14/ser_historia/1371165434_850215.html

Ferrajoli, L. (2016). Principios limitadores del derecho penal. Trotta.

_____ (2013). El principio de lesividad como garantía penal. Università degli Studi Roma Totta.

Frances, A. (2010). <http://www.psychiatrictimes.com/dsm/content/article/10168/1522341>

Friedland, S. I. (1999). Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of. U. COLO. L., 73, 133–37.

Garcia, E. (2018). La Doctrina de los actos propios y el sistema de la Lesividad. <file:///C:/Users/UTA/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDeLosActosPropiosYElSistemaDeLaLesividad-2112131.pdf>



- Government of the Netherlands (Gobierno de Países Bajos). (2013). El alcohol y las Drogas. http://www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns_campaign=Thema-alcohol_and_drugs&ro_adgrp=Drugs&ns_mchan=sea&ns_source=google&ns_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holand&ns_fee=o.oo&gclid=CLTRjq_49rgCFaXm7AodukkAWQ
- Holding, G. (2003). Unconstitutional a Texas statute outlawing certain sexual conduct between two individuals of the same sex). Texas: 539, 558, 578–79 .
- I, S. S. (1999). See Steven I. Friedland, On Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of. 70 U. COLO. L, 73, 133–37.
- Jammal, K. (1989). Tucker vs Makowsk. España: 883 f.2d 877, 881 (10th.
- Jefferson, N. (1998). Almost two-thirds of the “Three Strikes” laws have been passed since 1990. 20.
- Junta Nacional de Drogas. (2011). El Problema de las Drogas en las Américas. http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf
- Lafave, A. (2003). Legislatures have the power to punish at least certain omissions, such as the failure to register as a sex offender. Texas: supra nota 109, §.
- Ley de Fiscalización de Estupefacientes. (2009). Reforma de la Carta. <http://reforma-de-la-carta.blogspot.com/2009/02/ley-de-fiscalizacion-de-estupefacientes.html>
- Machicado, J. (2009). <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/apelacion.html>
- Marin, N. (2011). https://www.google.com.ec/search?biw=1152&bih=731&ei=cO-vlW5HAJKy7ggeZtKTgAg&q=PRINCIPIO+DE+LESIVIDAD+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&oq=PRINCIPIO+DE+LESIVIDAD+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&gs_l=psy-ab.3...5272.25602.0.25812.60.43.3.14.15.0.168.5179.0j38.38.0....0...1c.
- Martínez, A. (2006). Modificaciones a la Ley de Estupefacientes (ley 26.052)”. LexisNexis.
- McKinney, J. M. (2002). See generally Jennifer M. McKinney, Washington State’s Return to Indeterminate. SEATTLE U. L, 309.

- Milicic, A. (2018). https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=PK-joW7HeLdKp_QazrICwDQ&q=principio+de+lesividad+derecho+penal&oq=principio+de+lesividad+&gs_l=psy-ab.1.3.0l0.18603.28207.0.35791.25.14.1.10.11.0.156.2006.0j14.14.0....0...1c.1.64.psy-ab..0.25.2058...0i67k
- Minguez, H. (1999). Medios Impugnatorios. *Gaceta Jurídica*.
- Ministerio de Justicia. (2008). Estudio nacional del consumo de sustancias psicoactivas en Colombia. http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO_NACIONAL_SO-BRE_
- Online news editor . (s.f.). Ex ministros defienden la despenalización del porte de drogas en Brasil. <http://laprensatalina.com/exministros-defienden-la-despenalizacion-del-porte-de-drogas-en-brasil/>
- Orbe, D. (2010). Derecho Ecuador. <https://www.derechoecuador.com/la-accion-de-lesividad>
- Organización de los Estados Americanos. (2013). El Problema de las Drogas en las Américas. Estados Unidos. http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.
- Osorio, M. (2018). Comentarios a la jurisprudencia constitucional. https://www.google.com/search?client=firefox-b&biw=1152&bih=731&ei=u-LLoW6ebMNCIggeQpZ2wBQ&q=accion+de+lesividad+y+sentencias+de+drogas&oq=accion+de+lesividad+y+sentencias+de+drogas&gs_l=psy-ab.3...22246.29266.0.29618.22.21.0.1.1.0.199.3087.0j21.21.0....0
- Posner, R. (1985). An Economic Theory of the Criminal Law. Racionalizando la Comisión.
- Rafael, G. (s.f.). Manual de Derecho Procesal Civil T.II. Unión Tipográfica Editorial Hispano.
- Significado Legal. (2009). <http://www.significadolegal.com/2009/02/que-significa-el-principio-de-lesividad.html>
- Stone, J. (1938). See Julius Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America*. Harv. L
- Torres, A. (2017). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. *Pensamiento Penal*.



- Transnational Institute. (2009). Innovaciones Legislativas en Políticas de Drogas. http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/innovacioneslegislativas_4.
- Valentin, G. (2013). Obtenido de <http://gabrielvalentin-derechoprocesal.blogspot.com/2013/09/modificaciones-al-recurso-de-apelacion.html>
- Vega, J (2015). Derecho penal. <https://sites.google.com/site/derechopenalvictor-vega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>
- Vega, J. (s.f.). Diccionario Social | Enciclopedia Jurídica Online. <https://leyderecho.org/diccionario-razonado-de-legislacion-y-jurisprudencia/>
- Vega, V. (2018). Derecho Penal. <https://sites.google.com/site/derechopenal-victorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>
- Véscovi, E. (s.f.). Los recursos judiciales y demás medios. http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/313-355.pdf
- Vivanco, F. (2013). https://www.google.com.ec/search?biw=1152&bih=731&ei=cOvlW5HAJKy7ggeZtKTgAg&q=PRINCIPIO+DE+LESIVIDA-D+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&oq=PRINCIPIO+DE+LESIVIDA-D+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&gs_l=psy-ab.3..5272.25602.0.25812.60.43.3.14.15.0.168.5179.0j38.38.0....0...1c
- Vivanco, P. (2013). El principio de lesividad en las sentencias de drogas. <https://www.google.com/search?client=firefox-b&biw=1152&bih=731&ei=HLroW9TNFOSkggeZyoHgBA&q=La+Aplicaci%C3%B3n+de+lesividad+en+las+pol%C3%ADticas+antidrogas+en+la+legislaci%C3%B3n+nacional.&oq=La+Aplicaci%C3%B3n+de+lesividad+en+las+pol%C3%ADticas+antidrogas+en+la+legislaci%C3%B3n+>
- Wart, C. t. (2018). Count the Costs 50 years of the wart. https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=Q8LoW8ukBI2d_QbD77TQBw&q=la+guerra+contra+las+drogas+promoviendo+el+estigma+y+la+discriminaci%C3%B3n&oq=La+Guerra+contra+las+Drogas&gs_l=psy-ab.1.1.0l0.463029.463029.0.468608.1.1.0.0.0.0.155.155.0j1.1.0..



¿Efectividad del Derecho?

The Social effectiveness of the Law?

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 26 de noviembre de 2022

Aceptación: 16 de diciembre de 2022

<http://doi.org/10.18537.iuris.18.01>.

Eduardo Andrés Calderón

Rocío Carranzas

Resumen:

La efectividad del Derecho ha sido analizada por diversos autores. Probablemente, es uno de los temas más discutidos a lo largo del tiempo. Ha generado posiciones encontradas entre doctrinarios pertenecientes a las diferentes corrientes de las ciencias jurídicas. El ideario positivista, verbigracia, sostiene la idea de que el Derecho es efectivo a través de la ley. Esta idea ha sido cuestionada por la evolución de la sociedad, o bien, lo que otros denominan, la Globalización del Derecho. La situación exige un replanteamiento de las fuentes de producción y, por ende, de la efectividad del Derecho. Por lo anterior, la presente investigación busca develar las posiciones de ambas posturas para, mediante el análisis crítico, establecer un espacio conciliador que permita continuar y abrir un espacio al aporte de una postura que desvíe posiciones que se han caracterizado como irreconciliables.

Palabras clave:

Efectividad, globalización, positivismo, subjetivismo, fuentes



Abstract:

The effectiveness of the Law has been analyzed by several authors. Probably, it is one of the most widely-discussed topics over time, and that has generated conflicting positions between doctrinal belonging to the different trends of the legal science. However, the positions positivists have held fast to traditional, that is to say, the Law is effective through the law, this has been challenged by the evolution of society, or, what others called the Globalization of Law, demanding a rethinking of the sources of production, and therefore of the effectiveness. Therefore, this research, carried out to reveal the positions of the two positions, to set a space conciliator through the critical analysis that allow it to continue and to open a space to provide a posture that slide positions that has been characterized as irreconcilable.

Keywords:

Effectiveness, globalization, positivism, subjectivism, sources



Introducción

El Derecho es un instrumento práctico, no sólo teórico, que persigue finalidades sociales. Aunque, si bien cierto, el orden jurídico desempeña una función importante en la vida social, en tanto que fija las normas de convivencia, se ha vuelto cada vez más contingente. En un primer momento, el presente trabajo pretende analizar la creciente distancia entre las normas jurídicas y la práctica (obediencia y cumplimiento de las normas) que fija el punto de encuentro de muchas de las teorías filosófico-jurídicas. Tradicionalmente, la efectividad del Derecho está determinada por la obediencia y cumplimiento de la norma jurídica; y esa efectividad, a su vez, está vinculada con una pretensión de subordinación y con la legitimidad de las normas positivizadas. Así, para que la norma jurídica sea efectiva, requiere cumplir el requisito de ser legítima, y que, por ende, sea obedecida, pero asimismo exige que su cumplimiento sirva como instrumento del cambio social.

En segunda instancia, y a pesar de lo dicho en precedencia, las nuevas tendencias globalizadas del Derecho han puesto en entredicho las concepciones tradicionales, permitiendo cuestionar la tan aclamada efectividad de esta ciencia jurídica. Verdaderamente, es necesario precisar que, para comprender el Derecho, hoy en día, debe estudiárselo a partir de la cosmovisión moderna y contemporánea para configurar nuevos aportes frente a las diversas posiciones doctrinarias que se han forjado a lo largo del tiempo. En muchas ocasiones, estas doctrinas han suscitado discusiones infinitas en cuyo marco no se vislumbra una solución en un horizonte cercano. A través del método analítico – sintético, este estudio pretende examinar ambas caras de la moneda y poner sobre la mesa los razonamientos más representativos del espacio doctrinal, a través de la exposición de ideas, argumentos y contra argumentos de autores que se han dado a la tarea de abordar, en diversas ocasiones, el tema en cuestión mediante sus obras científicas.

I. Efectividad del Derecho desde la norma jurídica

1. Validez y criterios de valoración de las normas jurídicas

La validez de las normas jurídicas es un concepto ambiguo sobre el cual se han desarrollado diversas corrientes y teorías. Entre los autores que han estudiado el concepto de validez de las normas jurídicas, hay quienes distinguen diferentes tipos de ellas: formal, normativa, sociológica y axiológica. O bien, distinguen entre normas de validez formal y de validez material o sustancial.

La teoría general del Derecho se ha encargado de estudiar la validez de las normas jurídicas, así como su relación con otros conceptos como la eficacia, vigencia y efectividad del Derecho. Por tanto, en la literatura jurídica como en



la teoría, encontramos criterios con base en los cuales se puede comprobar la validez de las normas jurídicas. En esa línea de razonamiento, Robert Alexy (citado por Nava, 2015) indica que la validez del Derecho está asociada a tres elementos a saber: a) eficacia social; b) corrección ética o material y; c) legalidad procedural conforme al ordenamiento.

En el texto citado, en primer lugar, el concepto sociológico de validez es identificado con la eficacia social. Según el autor, la validez del Derecho reside en la validez social, que se determina conforme a la obediencia o a las sanciones fácticas respectivas. Según este concepto sociológico, el Derecho sólo vale socialmente si es obedecido o respetado. En esta concepción, destacan dos conceptos fundamentales: el de la obediencia y el del respeto al Derecho. De acuerdo con Alexy (citado por Nava Tovar, 2015) ambos conceptos dependen de una cuestión de grado. Por tanto, en el concepto sociológico de validez deben diferenciarse tres postulados básicos: 1) que la validez social es una cuestión de grado; 2) que la validez social es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la sanción en caso de desobediencia y; 3) que la aplicación de la sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física.

En segundo lugar, el concepto ético de validez reside en la condición moral. De acuerdo al iusnaturalismo, una norma tiene validez cuando está justificada éticamente, y no sólo cuando tiene vigencia en el ordenamiento jurídico ni solo por ser socialmente eficaz. La concepción Alexiana de la validez ética “depende de la adecuación de la norma a postulados morales universales que enarbole una pretensión de corrección” (p. 305).

Finalmente, el concepto jurídico de validez está íntimamente relacionado con el de vigencia de la norma conforme al ordenamiento jurídico. De acuerdo con el positivismo jurídico, una norma jurídica es válida cuando ha sido dictada conforme al procedimiento previsto y por un órgano competente para tal efecto.

Kelsen (1983), por ejemplo, distingue cuatro modalidades de validez: espacial, temporal, material y personal. Estos cuatro criterios determinan la vigencia de las normas y, por tanto, la validez jurídica se identifica también con la vigencia de la norma. Dentro de la validez formal, la vigencia es la existencia misma de la norma.

Nava Tovar (2015) sostiene que, en este contexto, el concepto jurídico de validez plantea dos problemas, uno interno y otro externo. El primero se refiere al problema de la norma fundamental; mientras que el segundo, conduce a la dicotomía entre positivismo y no positivismo jurídico. Es decir, de acuerdo al problema externo, la vinculación que tenga validez jurídica -ya sea con validez sociológica o moral- permite ubicar al Derecho dentro de una postura u otra.



Si se incluyen elementos de validez sociológica, estamos frente a un concepto positivista de validez jurídica. En cambio, si se incluyen elementos de validez ética puede convertirse en un concepto no positivista.

De tal guisa, la concepción tridimensional de la validez del Derecho puede asociarse con los conceptos de legitimidad, legalidad y efectividad. Dicho de otro modo, la validez ética del Derecho es equipolente a la legitimidad; la validez jurídica o vigencia del Derecho, a la legalidad; y la validez sociológica del Derecho, a la efectividad. Cabe reiterar que la validez integral del Derecho no se logra sólo con la legalidad (validez jurídica) y la legitimidad (validez ética) del Derecho, pues se requiere satisfacer el tercer criterio de validez (la efectividad de la norma) para calificar la validez integral del Derecho.

Sobre los criterios de valoración de las normas jurídicas, Bobbio (1992) sostiene que la norma jurídica enfrenta tres problemas a saber: justicia, validez y eficacia. Con esto, el debate filosófico intenta determinar si una norma jurídica es justa o injusta; válida o inválida; eficaz o ineficaz. El primer problema, el de la justicia, evalúa la concordancia de la norma con los valores superiores y finales que inspiran un determinado orden jurídico. De acuerdo con Bobbio (1992), todo ordenamiento jurídico persigue determinados fines y estos fines representan valores. Así pues, el problema de la justicia en una norma equivale a determinar si esa norma encuadra con los valores históricos que recoge el orden jurídico, a través de la equipolencia entre lo real y lo ideal. A este problema se le conoce como problema deontológico del Derecho.

El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla. La validez jurídica de una norma equivale a la existencia de la norma y se determina conforme a lo siguiente: 1) facultad y legitimidad de la autoridad que expide la norma jurídica; 2) que no esté derogada y; 3) que no sea contraria a otras normas del sistema jurídico (especialmente con normas de jerarquía superior).

Finalmente, el problema de la eficacia de una norma se refiere al cumplimiento o no de dicha norma. Según Bobbio (1992) se distinguen cuatro modalidades del cumplimiento de las normas: normas que universalmente se cumplen, las más eficaces; normas que se cumplen sólo cuando se acompañan de coacción; normas que a pesar de la coacción no se cumplen; o bien, aún transgredida la norma, no se aplica la coacción. El problema de la eficacia es el problema fenomenológico del Derecho.

Al margen de lo anterior, se circunscribe una tipología de problemas: el primero de ellos está relacionado a la justicia y da lugar a la teoría de la justicia. El problema de la validez constituye el núcleo de la filosofía del Derecho como teoría general del Derecho. Y, finalmente, el problema de la eficacia da



pie a la sociología jurídica. Esta tricotomía de problemas corresponde a la distinción de las tres funciones de la filosofía del Derecho: función deontológica, ontológica y fenomenológica.

No es óbice señalar que, de las tres funciones de la filosofía del Derecho, surgen tres teorías reduccionistas. La primera reduce la validez a la justicia, pues considera que una norma es válida solo si es justa. El ejemplo más evidente de este reduccionismo es la doctrina del Derecho natural. La segunda reduce la justicia a la validez, afirmando que una norma es justa por el sólo hecho de ser válida; es decir, hace depender la justicia de la validez. La concepción positivista es el ejemplo de ese tipo de reducciónismo. Finalmente, la teoría que reduce la validez a la eficacia sostiene que el Derecho real no es el que está positivizado sino el que aplican los destinatarios de la norma en sus relaciones cotidianas; es decir, se hace depender la validez de la eficacia. Un ejemplo de esta teoría son las corrientes realistas de la jurisprudencia estadounidense (Bobbio, 1992).

Para efectos del presente trabajo, se hará especial estudio de la eficacia de las normas, cuyo análisis corresponde a la sociología jurídica y a la función fenomenológica de la filosofía del Derecho. No sin antes, hacer algunas precisiones.

2. ¿Eficacia o efectividad?

Es menester hacer una distinción semántica entre eficacia y efectividad del Derecho porque muchas veces se confunden y, erróneamente, se las utiliza como sinónimas.

La eficacia del Derecho alude al cumplimiento de la norma; es decir, en efecto la norma se sigue, obedece y aplica. En otras palabras, lo prescrito por la norma jurídica se puede constatar en la realidad de los hechos. Al cumplimiento de la norma se lo denomina efectividad del Derecho. Por su parte, la eficacia consiste en alcanzar determinados objetivos. A manera de ejemplo puede pensarse en el impuesto al tabaco en México que, si bien alcanzó cierto grado de efectividad, no cumplió a cabalidad su eficacia. Es decir, no alcanzó su objetivo, el cual era reducir el consumo para preservar la salud.

3. Efectividad de las normas

Ahora bien, como se señaló en líneas anteriores, “la efectividad de las normas requiere del conocimiento de los efectos del Derecho en la sociedad” (Nava Tovar, 2015. p. 311). Dicho de otro modo, la efectividad del Derecho requiere una comprobación de que los sujetos (destinatarios de la norma jurídica) produzcan las acciones u omisiones prescritas por la norma.



Cabe precisar que, la efectividad de la norma —entendida como obediencia o respeto al Derecho— puede mantenerse en un discurso formal, cuando la norma es respetada externamente, o bien, en un discurso material cuando el Derecho es respetado internamente. Ahora bien, resulta preciso reflexionar sobre la efectividad de la norma a la luz de los motivos que llevan a obedecerla por quien debe cumplirla (obediencia externa u obediencia interna del Derecho) lo cual conlleva, necesariamente, a buscar una respuesta en el ámbito de la filosofía moral.

Si se analiza por qué el sujeto obedece la norma jurídica podemos encontrar principalmente tres posibilidades: a) temor por la sanción (teoría imperativista del Derecho); b) fines utilitarios (utilitarismo moral) o; c) razones morales (ética del discurso), cuya mención se hará en líneas ulteriores.

Pensar en efectividad implica analizar el Derecho desde un enfoque empírico-social. En principio, debe recordarse los operadores deónticos de la norma que son: permisión, prohibición y obligación. Lo anterior cobra relevancia en la inteligencia de que las normas prescriben determinadas conductas que, de acuerdo a su modalidad deóntica, dan luz sobre el cumplimiento de las mismas.

En ese sentido, Correas (2015) sustenta que la efectividad de la norma ocurre cuando puede verificarse, empíricamente, que el sujeto al que se dirige produce una conducta que coincide con la conducta descrita en la norma. Ahora bien, si se aduce que la efectividad consiste en comprobar empíricamente que la conducta del individuo coincide con la descripción de la norma, no resulta ocioso preguntarse cuáles son las causas de esa coincidencia, lo que el autor denomina cumplimiento de la norma.

Así, se entra al campo de la sociología jurídica que, como se dijo anteriormente, se interesa por el estudio de la efectividad de las normas. Es importante subrayar que, gracias a la observación sociológica e investigación empírica, se ha logrado examinar los factores que influyen en la correspondencia entre prescripción y obediencia de la norma. No se omite señalar que la efectividad de las normas puede resultar fluctuante. Esto es así porque se debe tomar en cuenta la vigencia de la norma en determinado momento, lo cual origina porcentajes de efectividad distintos.

4. ¿Deber de obedecer o respetar el Derecho?

Uno de los cuestionamientos básicos de la filosofía moral y del Derecho reposa en si existe un deber de obedecer al Derecho. Al respecto, Raz (1985) sostiene que el Derecho aspira a tener una autoridad legítima basada en el respeto y no en la obediencia. Para este autor, tener respeto por el Derecho implica una paradoja en cuanto a que aquellos que respetan el Derecho están sometidos a



una obligación. Para disipar la paradoja, dilucida que el respeto por el Derecho está compuesto por dos elementos: por un lado, el respeto primordialmente cognoscitivo y, por otro, el respeto primordialmente práctico.

El respeto cognoscitivo consiste en el apropiado conocimiento sobre el valor moral del Derecho y de las disposiciones e inclinaciones afectivas y prácticas relacionadas con ello. El conocimiento, como las disposiciones prácticas y afectivas, varía dependiendo de la persona que asume tal actitud, porque obedece a la internacionalización de dicha obediencia según sus razones y motivaciones. Por su parte, la actitud primordialmente práctica consiste en la inclinación de obedecer el Derecho porque el individuo asume que es correcto obedecerlo por cuestiones morales. Al igual que el respeto cognoscitivo, varía de persona a persona.

Además, el respeto práctico que las personas pueden tener hacia el Derecho es, en sí mismo, una razón para obedecerlo. Es decir, quienes respetan el Derecho tienen una razón para obedecer y, por ello, se encuentran bajo la obligación de obedecer. En esa tesitura, su actitud de respeto es su razón, es la fuente de su obligación (Raz, 1985). Si se acepta la autoridad del Derecho analizada, puede concluirse que el respeto por el Derecho se identifica con razones morales.

5. Obediencia del Derecho y legitimidad

La obediencia del Derecho está íntimamente vinculada con la legitimidad política y jurídica. Como se mencionó al inicio de la presente investigación, la efectividad del Derecho encuentra un punto de intersección con la validez moral, la legitimidad. Hablar de legitimidad nos remite a la obra Economía y sociedad de Max Weber la cual debe ser, sin duda, el punto de partida para su análisis.

Weber (1994) entiende por dominación la “probabilidad de obtener obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas” (p.43). Asimismo, indica que esta dominación (autoridad) puede derivarse de los más diversos motivos de sumisión: “desde la habituación inconsciente hasta lo que son consideraciones puramente racionales con arreglo a fines” (Weber, 1994, p.43).

De la teoría de la dominación política de Weber (1994), pueden distinguirse dos elementos directrices, acorde a los fines del presente trabajo, que son: la obediencia que se espera y los motivos de esa obediencia. De acuerdo con el autor en cita, la naturaleza de estos motivos determina el tipo de dominación. De lo precedente, se desprende que la obediencia a esa dominación está orientada por la creencia en su legitimidad. Y esa obediencia significa:

...que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido en una máxima de su conducta; y eso únicamente en



méritos de la relación formal de obediencia, sin tomar en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor sobre el mandato como tal... (Weber, 1994, p.172).

Weber distingue tres tipos de dominación legítima: la racional, la tradicional y la carismática. La primera descansa sobre la creencia de la legalidad del mandato (autoridad legal); la segunda reposa sobre la santidad de creencias tradicionales; y la tercera atiende a características de la persona que ordena; por ejemplo, heroísmo o ejemplaridad de la persona (autoridad carismática). La utilidad de esta distinción permite un acercamiento al entendimiento de la naturaleza de los motivos de la obediencia. Si bien es cierto, el propio autor apunta que no es posible observar estos tipos ideales de dominación en su forma pura, también es verdad que delinear conceptualmente las formas empíricas de dominación permite una comprensión de la realidad social.

En otro orden de ideas, la obediencia o desobediencia de la norma tiene como punto de partida la obligación jurídica. Es decir, contestar a la interrogante: ¿por qué se debe obedecer el Derecho? Para hacerlo, se requiere analizar -como se ha venido aduciendo a lo largo del presente trabajo- dos elementos fundamentales: el de la legitimidad y el de validez. Ambos conceptos fueron explicados en líneas anteriores, por lo que ahora resulta preciso darle un enfoque un poco más profundo a la convergencia de ambos elementos, entendida como cambio social.

Ha quedado sentado que las razones por las que los ciudadanos obedecen al Derecho son externas al Derecho. Al menos existe consenso en que las razones para obedecer son principalmente de tres tipos: legales, morales o prudenciales (utilitaristas). Las razones legales son tautológicas en tanto que se aduce que, por la mera existencia de la norma, el individuo debe obedecerla. Las razones morales son, en cambio, un poco más complejas puesto que se sustentan en el sentido de la justicia y en principios morales referidos al destinatario de la norma. Por último, las razones prudenciales refieren una valoración del individuo en cuanto a las ventajas o desventajas que conlleva el acatamiento de la norma, o bien, el temor al castigo.

De los tres tipos de razones, conviene hacer énfasis en las de tipo moral, porque atienden a la conciencia moral del individuo que, de manera voluntaria, autónoma y autoconsciente lo conduce a cumplir la norma en virtud de sus principios morales y no, por la mera existencia de la norma que prescribe la obligación de obedecer (obediencia por razones legales), ni porque su cumplimiento derive del temor a la sanción (obediencia por razones prudenciales).



Por ejemplo, «no matarás» constituye uno de los mandamientos del decálogo de la Iglesia Católica. Este mandamiento ha permeado en todas las sociedades y construye a los individuos a no matar, porque violar esta norma devine contrario a los mandamientos de Dios. En el plano del Derecho Positivo, matar, también está prohibido dentro del ordenamiento jurídico y, a su vez, es incorrecto desde la óptica de la moral.

Ahora bien, si matar es una conducta reprochable puesto que atenta contra los postulados religiosos y contraviene principios morales, en tanto que universalmente es considerado como malo, entonces, es posible que aumente la probabilidad de que el individuo obedezca ese canon por cuestiones morales y religiosas y no así por el temor a la sanción dentro del mundo fáctico del Derecho Positivo, sino que su cumplimiento se da por medio de la interiorización de la norma.

II. La efectividad contemporánea del Derecho

En líneas anteriores se esbozó los principales pensamientos y posturas doctrinarias que, a lo largo del tiempo, han construido las teorías tradicionales sobre la efectividad del Derecho. Empero, estas posiciones han generado férreas discusiones entre positivistas y subjetivistas. Estas posturas han propiciado discusiones que hoy en día vuelven a cobrar vigencia, siendo que la ciencia del Derecho se enfrenta a fuertes cuestionamientos sociales, que ponen en duda su efectividad a través de las normas jurídicas (leyes). Posiblemente, la problemática no tenga una solución pronta; sin embargo, con estas líneas se pretende abrir el debate que ha tomado auge frente a las nuevas tendencias globalizadas del Derecho.

Para García Flores (2013), el término Globalización surge en la década de los ochentas entre científicos sociales, ideológicos, periodistas, políticos, gobernantes, administradores, dirigentes corporativos y representantes de grupo de interés y de presión. No obstante, la popularización del término va conducida de una gran variedad de contenidos y significados, atribuidos, imprecisos y contradictorios, por la falta de un modelo teórico que permita confrontar las diferentes expresiones e interpretaciones. Palpablemente, hoy en día, se escucha hablar de la Globalización en los diversos ámbitos de actuación, no solo del Estado, sino del ser humano. Así, se habla de una Globalización económica, jurídica, política, cultural, ambiental, tecnológica, de los medios de comunicación y un sin fin de áreas a las que es posible aplicarlo.

Empero, según la percepción general, la expresión denota el hecho de que las fronteras estatales se han ido desvaneciendo o se han vuelto permeables, según otros. Con esto, se quiere dar a entender que hay facilidad para que todo tipo de productos, de personas y de servicios ingresen al territorio estatal. Hay facilidad para que el ser humano o el Estado realicen todo tipo



de operaciones, no solo comerciales, al otro lado del mundo sin moverse de su lugar de origen, a través de internet. Es posible que los medios de comunicación den a conocer lo que ocurre en otras partes del mundo y en el momento en el que sucede. O bien, es posible sentir que el mundo se ha acortado con la posibilidad de transportarse de un lugar a otro en la décima parte del tiempo que solía hacerse hace 100 años.

A tono con lo expresado precedentemente, es indiscutible que la Globalización involucra al Derecho, el cual no es un elemento extraño a esta. Sánchez Torrez (2011) cuestiona ¿acaso la Globalización del Derecho no es un fragmento de su esencia? Asimismo, los elementos supranacionales son un reflejo de la denominada democracia cosmopolita. El Derecho es una ciencia que se desarrolla con el progreso de la Globalización, y que, dado el caso, está en la capacidad de orientar y limitar las consecuencias negativas de su establecimiento desaforado y sin planeación. En definitiva y acertadamente, como respuesta a la cuestión jurídica planteada, es necesario decir que la Globalización no es un simple proceso económico-político. Se trata, a su vez, de un verdadero proceso jurídico que procura la limitación a la Globalización salvaje que transmuta los valores. Es por ello que la libertad del mercado no debe dominar el Derecho que es el mecanismo racional que permite el aseguramiento de la equidad, la dignidad de la humanidad y su propia existencia. Por ello, es valedero cuestionar la efectividad del Derecho a partir de la ley, toda vez que los avatares que presenta este fenómeno no pueden encajarse, únicamente, en esta.

Se debe precisar que, aunque es verdad que este suceso global conlleva beneficios para el desarrollo de la humanidad, no es menos cierto que posee efectos negativos. Martí Borbolla (2005) muestra que los grandes consorcios tienden a erosionar las culturas nacionales, a crear necesidades artificiales a través de la publicidad y a manipular a las personas, seleccionando la información y trastocando las necesidades del receptor. La Globalización, dicen algunos, es un instrumento del imperialismo para mantener al tercer mundo en la miseria; un peligro para las culturas nacionales, un factor que debilita enormemente la capacidad de actuación de los Estados. Otros afirman, por el contrario, que esa misma globalización ayuda a expandir un nivel de vida más alto en el mercado. A pesar de estas posiciones, sin lugar a dudas, el Derecho requiere involucrarse con este fenómeno, por lo que es necesario cuestionar las posiciones tradicionalistas que encuadran su efectividad en la norma escrita como instrumento coactivo para regular la conducta humana y los fenómenos sociales en que se ven inmersa.



1. ¿Derecho o ley?

Villar Barnuevo (2007) define el Derecho como un orden de vida social que, con el valor de la justicia, delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autárquico. Dentro de la clasificación clásica de la ciencia jurídica, se encuentra el Derecho Positivo. Es este se lo entiende como el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en una determinada sociedad cuyo fin es lograr la convivencia y la justicia entre los individuos y cuya eficacia está garantizada por la posibilidad del uso de la coacción organizada por el Estado. Esto es equivalente a lo que, sencillamente, se entiende como ley. En otras palabras, el Derecho se enmarca en un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos de una sociedad, para alcanzar la justicia como uno de los valores supremos. La ley es una norma obligatoria, imperativa, general, emanada del Estado, según los trámites que marca la Constitución para el ejercicio de la función legislativa, promulgada por el Ejecutivo y provista de una sanción.

Por otra parte, Villar Barnuevo (2007), citando al maestro Camelutti, sostiene que no hay que confundir la norma con la ley, puesto que ésta es la forma que reviste la norma. El Derecho no se identifica con la norma, tiene una sustancia que es distinta a las normas. Este es un argumento que se comparte plenamente y que atiende a los postulados que enarbola el Derecho subjetivo, la otra cara de la moneda de la clasificación comentada con anterioridad. Esta doctrina expone las teorías del sujeto de Derecho, del Derecho subjetivo, del acto jurídico, y del que de este último tema derivó, el negocio jurídico¹.

El Derecho, en cuanto creación humana, constituye un fenómeno histórico-cultural que, en cuanto tal, supone una síntesis de valor y realidad. El valor se ha concretado, se ha materializado, haciendo realidad. La realidad se ha hecho valiosa en virtud de la actividad transformadora y creadora del hombre. El Derecho se expresa y se hace patente a través de las normas jurídicas. Ellas, como elemento más simple del fenómeno que se denomina Derecho, consisten siempre en la expresión de un deber ser, coacción. La teoría tradicional entiende que toda norma jurídica completa está integrada por tres elementos: el supuesto de hecho, la consecuencia de Derecho y el nexo vínculo que une al primero con la segunda. Además ha supuesto, como denominador común, la concepción del Derecho, de la ley como la mera expresión de la voluntad del poder soberano.

En contraste con esta doctrina, se presenta lo enunciado por Méndez Reátegui (2004), para quien es posible criticar las tendencias positivistas que no permiten concebir de forma más completa el verdadero contexto del Derecho. Sin

¹ Esta noción surgió cuando la voluntad individual se convirtió en el centro del grupo social (Rengifo García, 1995).



embargo, para que pueda formarse la *opinio iuris* (la convicción de que una conducta es obligatoria), será indispensable que ese comportamiento sea concebido como obligatorio por alguna de las normas del ordenamiento. Esto, dicho de otra forma, implicará la vital existencia del apreciado requisito de la validez y la apertura del camino para la efectividad del Derecho. Tal como expresa Poyal Acosta (1991), resulta indiscutible que para proteger un Derecho de modo jurídico y eficaz, es preciso incorporarlo al Derecho Positivo. Vanney (2009) considera que: “Para la visión legalista, el derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta ¡Peor para la realidad!” (p. 285).

Por otro lado, es menester criticar la deficiente formación doctrinaria que quiere limitar el ámbito del Derecho al campo de la ley, toda vez que una comprensión superior a la que puede presentar un simple texto escrito, va más allá de la efectividad de esta fuente del Derecho (Álvarez Jaramillo, 1987). Sumando a lo anterior, así como lo concibe Iturralde (2008), se reconoce que ley es una fuente de Derecho. Además, éste -como todo lo que existe en razón del hombre y para regir comportamientos humanos- está inmerso en el mundo de la vida dado que esto sucede tanto con las formas espontáneas y todavía no categorizadas conceptualmente, como con las estructuras normativas racionalmente elaboradas (Reale, 2016). Por tanto, la efectividad del Derecho no puede darse, solamente, por la fuente formal de la ley. Por otro lado, Tomassini (2014) agrega que desde la perspectiva subjetiva se consideran los derechos como facultades morales de obligar a otros sin necesidad de una orden escrita en una ley.

El Derecho no puede estar subordinado, única y exclusivamente, a un mandato de quien ostente la *potestas normandi*. Así, un ordenamiento jurídico está constituido no sólo por el Derecho escrito, sino por unos principios que denotan una serie de valores y un entorno histórico, social y económico. Se debe tener en cuenta que la ley se engloba dentro del Derecho. Hay error en algunas concepciones positivistas que equiparan la ley con el Derecho, de tal manera que toda la ley es considerada Derecho. Sin embargo, el Derecho en todo no es ley. Este se refiere a la vida y encierra muchas más cosas aparte de lo escrito. A efectos de comprensión, cuando se habla de ley, debe entendérsela como ley positiva; mientras que cuando se habla de Derecho, debe comprenderse como un conjunto superior y no exclusivamente como Derecho positivo. Abarca también al Derecho Subjetivo. Por lo tanto, Suárez citado por Herce Maza (2015), reconoce la existencia de preceptos extra-positivos en el fenómeno jurídico y, entre ellos, muchos que generan una hermenéutica jurídica que supera con creces las limitaciones del positivismo legalista. Con esto se enfrenta estos preceptos al Derecho como mera función silogística y se defiende la existencia de algo más que una norma jurídica nacida de la razón y plasmada en un papel.



Definitivamente, el Derecho no solo se manifiesta a través de la ley o la norma escrita, la contemporaneidad requiere un mayor campo de efectividad de esta ciencia (Dabove Caramute, 2015)

2. Efectividad, un problema de fuentes

La existencia de una ley es una condición necesaria para la verdad de un enunciado normativo, pero no es también una condición suficiente para que el Derecho sea efectivo (Navarro López, 2012). Actualmente, se ha cedido terreno a una vertiente voluntarista que no da importancia al contenido material de la ley: al Derecho, lo justo; sino, al procedimiento formal que se sigue para su creación. El procedimiento es establecido, a su vez, por una ley superior tan voluntarista y formal como las que se desprenden de ella. En síntesis, en un sistema jurídico, en el que el Derecho consiste en leyes, no hay lugar ya para un Derecho de pura autoridad, sino que todo el Derecho, como la misma ley que lo formaliza, es un puro acto de potestad.

Atendiendo brevemente a aspectos históricos, la *lex* era un acto de potestad que ponía límites e imponía datos nuevos al *ius*. En este sentido, ella misma llegó a ser considerada como expresión del *ius* (en especial la Ley de las XII Tablas). Además, esta se manifestaba como fruto de la potestad que encama una decisión del gobernante. Poco a poco, la *lex* se fue entrometiendo progresivamente en el *ius*, y la *lex* pública llegó a ser considerada productora del *ius*, es decir, fuente del Derecho. Fue en esa instancia cuando se abandonó la *uctoritas* en el Derecho para pasar a una situación en la que las normas iban respaldadas por la fuerza soberana de la *civitas*. En el Siglo II, el Príncipe asumió el monopolio de la jurisprudencia, con la consiguiente burocratización del Derecho. La voluntad imperial se encumbró y llegó a ser la única fuente.

La relación entre *ius* y *lex* surge cuando la creación del Derecho se hizo monopolio del emperador. A partir de ese momento, las leyes imperiales son norma, en el sentido del Derecho objetivo actual: nada queda para los particulares, fuera del acogerse a los beneficios de las leyes. No obstante, modernamente, la distinción contemporánea se caracteriza por atender a un sistema de fuentes del Derecho diferente de la ley. Para comprender esto, cabe traer a colación lo manifestado por Massini Correas (2019) acerca de la validez del Derecho, apuntando que esta se entiende como la existencia justificada de algo. Se distingue el existir del ser pensada únicamente de hecho. Es decir, se otorga validez al supuesto fáctico que pueda existir y, por ende, pueda producir efectos y tornarlos efectivo. Con esto puede destacarse que, actualmente, ciertas modalidades de contratación global, como expresión de voluntad de las partes, manifiestan una decodificación por medio de una pluralidad de fuentes para la pro-



ducción de reglas y normas destinadas a regir jurídicamente la conducta en la vida privada y de negocios. Este aspecto se describible bajo la imagen de un reflujo de la producción normativa.

Entonces, bajo estos argumentos, es posible considerar que la efectividad del Derecho, partiendo desde su ámbito de producción (fuentes), puede verse cuestionada cuando, únicamente se centra en la ley como resultado de una ecuación positivista. De hecho, basta con volver la mirada a los países decodificados del sistema continental de Derecho, el cual se ve como la irrupción y recepción de un *ius commune* no estatal, definido por la matriz en el *common law*, cuyos procedimientos, usos y costumbres se recopilan en la denominada *Lex Mercatoria*, ordenamiento jurídico autónomo y paralelo al Estatal (Bandieri, 2002). Así pues, la discusión se centra en las nuevas fuentes del Derecho que reclaman un lugar frente a la ley positiva, un dinamismo jurídico que impregne de efectividad al Derecho fuera de las vertientes legalistas tradicionales. Porque las expresiones del Derecho deben servir al interés general o, lo que es lo mismo, facilitar el acceso de la sociedad al bien común que se traduce en el conjunto de exigencias de la coexistencia, de la colaboración y de la participación en la fase creadora del Derecho (Zorrilla Ruiz, 1997).

Por último, gran parte de las disputas del positivismo jurídico de este siglo han girado, explícita o implícitamente, en torno a la relación entre norma y conducta. A la par, hay una tendencia actual que discute la eficacia de la adscripción de la propiedad a normas consuetudinarias como fuentes del Derecho (Navarro López, 1987).

3. Las nuevas tendencias globalizadas del Derecho

En un mundo íntimamente interconectado, toma relevancia lo enunciado por Espinar Vicente (2010) sobre la ambientación del supuesto o la sede de la relación cuando asegura que los que se usan ya no constituyen unos conceptos identificables en los términos en los que podía hacerlo dentro de la doctrina clásica. La tendencia actual es que la auténtica y verdadera ambientación socio-jurídica del asunto se halle en un espacio ideal donde concurran distintos sistemas jurídicos. De esto se denota que la crisis del positivismo jurídico, que se vive desde finales del Siglo XX, es impulsada por el surgimiento de nuevas configuraciones del ordenamiento legal más propias o adecuadas con la aparición del fenómeno o acontecimiento de la Globalización, tal como se expresó en precedencia. Se dibuja una multiplicidad de paisajes jurídicos que deben obligar a abandonar las tradicionales categorías de homogenización no solo del sujeto de Derecho clásico de la teoría jurídica para poder acercarse a las dinámicas que crea la pluralidad del Derecho. Esto conlleva a la posibilidad o imposibilidad de construir ordenamientos jurídicos hegemónicos o contra hegemónicos (Rodríguez Martínez, 2009).



Así pues, en la actualidad, se reconoce la existencia de una nueva serie de tareas pertinentes al funcionamiento del Derecho. Entre ellas, el reconocimiento del caso y de las fuentes aplicables. Esto conlleva a la necesidad de una nueva gestión para la concreción de su aplicación y construcción normativa. Además, el Derecho se revela y desenvuelve de manera conjetal, igualmente, es un objeto-sujeto de la realidad, un componente dado, pero también construido por el hombre, supuesto y puesto por él. Así la costumbre y los principios generales acontecen alejados del positivismo duro de la norma, encaminados a crear Derechos dentro de la contratación particular. Como argumento posterior, expresa Pampillo-Balíño (2010):

Desde la experiencia ontológico-teleológica del orden justo puede concluirse que el Derecho, en tanto que regula la acción humana, debe ajustarse a la realidad y reajustarla, es decir, procurar mediante la prudencia articular el trinomio naturaleza, libertad e historia, objetos, intenciones y circunstancias. Por otro lado, la determinación de la índole de relación entre la justicia y el Derecho permite esclarecer la naturaleza de este como una medida de igualdad cuya obligatoriedad se deriva de la misma contextura de las realidades sociales. De ahí que desde esta perspectiva definimos al Derecho como un orden, o sea, como una relación conforme a una medida proporcional de igualdad entre una cosa externa y una persona extraña, caracterizada por una obligatoriedad necesaria fundada en la convención o en la naturaleza de las cosas, y cuya determinación debe hacerse, caso por caso, a través de la prudencia jurídica (p. 41).

En suma, actualmente, las nuevas tendencias apoyan la idea de que el Derecho estatal no puede enclavarse en un espacio estático, si no se volverá obsoleto. El Derecho mudará eternamente. Así, lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio. Verbigracia, el Derecho comercial nacional se ve influenciado por las fuentes que imperan en el ámbito internacional. De esta manera, invita a un diálogo de fuentes, en tanto que se necesite reajustar dichas fuentes a las normas imperativas para que permitan aplicar las fuentes de Derecho del comercio internacional a partir de su reconocimiento en la norma estatal (González Ordovás, 2003).

4. Discusión actual entre positivistas y subjetivistas, hacia un nuevo paradigma de la efectividad del Derecho

El Derecho de una sociedad no puede ser considerado solo desde una de sus dimensiones, sino tanto desde su dimensión subjetiva como de su dimensión positiva. Según Forero (2003), bajo esta prerrogativa se construye la discusión vigente. A pesar que esta consideración es añeja, actualmente, existen nuevos paradigmas que contrastando con las posiciones tradicionalistas tienen como objetivo conservar parte de la práctica tradicional y, al mismo tiempo, facilitar los cambios y desarrollos de la cohesión social en una sociedad determinada.



La presencia hegemónica de una concepción de lo jurídico que identifica Derecho con normas positivas, postura que hoy puede considerarse tradicional, constituye un eje problemático. Debe insistirse en que es cuestionable asumir al Derecho solo como una expresión plasmada en la ley. Con esa postura, la realidad de lo jurídico queda reducida a los textos de las leyes y al mundo de interpretaciones posibles y plausibles en función de asegurar la sistematicidad y coherencia del ordenamiento. Contrariamente, al hacer esto no se describe la realidad de lo jurídico sino que le imponen un deber ser. En cierta medida, este constituye el nudo problemático y paradojal de la dogmática jurídica que organiza el modo en que los juristas producen conocimiento (Álvarez, 2017).

Contemporáneamente, se ha propuesto una nueva teoría sobre las normas jurídicas que es diferente de aquella centrada en las leyes, los reglamentos, la constitución y otras formas de legislación. Es una menos abarcadora que la del ordenamiento jurídico; pero según la reflexión de Guzmán Brito (2018) permite formar nuevas posiciones tendientes a indicar que la efectividad del Derecho no es exclusiva de la fuerza coercitiva que imprime la ley; al contrario, esta es la traducción de las necesidades preponderantes de una sociedad que por sus propias manos crea Derecho a través de diferentes fuentes. Sobre todo, cuando las leyes no son coherentes o acordes con el comportamiento o el acontecimiento fáctico que se ve inmerso el ser humano. Definitivamente, la transformación social exige una visión teórica renovada de la sociedad y de su Derecho (Saavedra & Maresca, 2016).

En definitiva, la efectividad y eficacia del Derecho deben ser parte de un sistema jurídico. Así lo consideran Moreso & Navarro (1988): “se afirma que la eficacia es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, y por otra parte, se sostiene que si un sistema jurídico guía el comportamiento, entonces es eficaz” (p. 54). Los elementos del Derecho están encaminados a la efectividad de un orden jurídico. Esta efectividad no solo depende por un Derecho escrito que exterioriza la pretensión de todo orden jurídico. No solo es mera presencia formal de un Estado, presume la participación de órganos centralizados con capacidad de fijar obligaciones e impartir sanciones para dar validez a las normas. Pensar lo contrario es caer en un presupuesto cuyos efectos prácticos son, cuando menos, controvertibles Urueña-Sánchez (2017).

La idea de crear nuevos paradigmas en torno al presente tema es la introducción de claridad, certeza y estabilidad en las relaciones sociales (Hočevar, 2014). Sin embargo, no se pretende desvirtuar que hay materias que dependen de la prudencia del legislador y de la conveniencia o inconveniencia de su regulación en razón del bien común particular. Con esto, es pertinente considerar que la ley mantiene su función objetiva dentro del ordenamiento jurídico (Contreras, 2013), pero no es menos cierto decir que se busca un fundamento para el Derecho que no sea sólo la ley positiva. Se busca que sea un sostén que se base en



unas estructuras objetivas, ya sean de carácter lógico, ontológico, axiológico, etc. Por eso, situarse dentro de este planteamiento reaviva las diferentes posiciones ya establecidas (Molano, 2013).

Como colofón de este escrito, lo expuesto anteriormente ha suscitado discusiones doctrinales a lo largo del tiempo con posturas muy encontradas entre las diversas tendencias de la ciencia jurídica. Puede decirse que es una discusión infinita, por ejemplo, en una gran parte de la doctrina mercantilista actual. Hay consenso en que no hay jerarquía formal entre las diversas fuentes. En cambio, para los positivistas, es inconcebible que la ley no sea la fuente formal, primaria, soberana, única y omnipotente. Los sorprende cómo una fuente subsidiaria o supletiva puede ser la constituida por los principios generales de Derecho reconocidos por los Estados, así como la costumbre misma. ¿Quién tendrá la razón?, probablemente ambas posiciones sean parcialmente válidas. Empero, cada una debe tener un enfoque pragmático que permita el desarrollo de una y otra en los espacios que puedan ser útiles para las distintas ramas del Derecho. Solo así se puede reconocer su efectividad.

Aportes y resultados

Lo que generalmente se conoce como Derecho, en un sin número de ocasiones, se ha asociado con un ordenamiento jurídico regido bajo el imperio de la ley. Además, por ser un instrumento que reviste un carácter coactivo para que el destinatario de la misma, se diferencia de la norma moral. A la par de lo enunciado anteriormente, surgen dos conceptos: eficacia y efectividad. Esto conceptos, en ciertas ocasiones, suelen ser considerados como sinónimos, lo que no es correcto. La eficacia implica, entre otras acepciones, que el Derecho beneficie a cuantos ostenten la cualidad de portadores de un interés legítimo; o bien, pretende una utilidad dentro de la esfera protectora del ordenamiento jurídico.

En cambio, la efectividad significa que, sólo si hay verdaderas oportunidades de acceder a tales beneficios, el Derecho rinde un servicio con una dosis de libertad y de igualdad. Además, incluye un poder de persuasión intelectual que no viene de la imposición del Estado para resolver el conflicto a través del órgano jurisdiccional, sino del imperio de la ley que obliga a manejar criterios razonables y exentos de arbitrariedad. Así lo han reconocido a través del tiempo los doctrinarios positivistas, para quienes la ciencia jurídica es esencialmente normativa e interpretativa. Su análisis gira en torno al Derecho positivo como regulador de la conducta humana social pues se enfoca en prescribir, prohibir o permitir determinados comportamientos a los individuos. Así origina sus deberes y derechos, que están garantizados por la fuerza coercitiva del Estado. Precisamente, aunque no fue objetivo de análisis en esta investigación, conviene subrayar que esta corriente doctrinal apuesta por la imperatividad de la



ley. Ella ordena y manda que algo se haga o no se haga. Puesto que va a dirigir la voluntad de los individuos, posee un mandato vinculatorio e inviolable. Por muchos años, ha sido una verdad cierta pero hoy en día es muy discutida.

En la otra cara de la moneda está la corriente subjetivista del Derecho, que ha propugnado que la efectividad del Derecho no viene dada por la ley. Inexorables disputas han ocasionado ambas posturas, empero, la discusión que dio pauta a esta investigación se centró en la crisis que vive el Derecho positivo a partir del fenómeno de la Globalización. Este fenómeno ha dado pauta a una gran variedad de metodologías jurídicas que han propuesto una serie de ideas, perspectivas y métodos que, propiciando una cierta confusión entre los estudiosos del Derecho, busca ofrecer algunas orientaciones mediante la articulación integradora de diversas perspectivas filosófico generales y iusfilosóficas. Entre ellas, que estudian las fuentes del Derecho. Esto ha puesto, en entre dicho la efectividad del Derecho, únicamente, a partir de la ley. Es que las nuevas tendencias globales de la ciencia jurídica ponen de relieve la fuerza vinculante, que poseen otras fuentes del Derecho; verbigracia, la costumbre que se manifiesta a través de la autonomía de la voluntad, como medio para crear obligaciones. Esta situación, ha invitado reajustar la realidad jurídica que impera en un mundo más globalizado.

En suma, estas nuevas posturas, aún discutidas, no deben ser analizadas desde un espacio conflictivo, sino desde un ambiente conciliador, y es que la Globalización del Derecho no significa la eliminación de los sistemas jurídicos nacionales, ni de la efectividad de la ley, sino que invita a un replanteamiento, o bien, una mayor apertura a las trasformaciones jurídica que presentan las fuentes del Derecho a partir de una realidad globalizada.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. (1987). El derecho como realizador del derecho Reflexiones preliminares. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 76.
- Álvarez, L. (2017). Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico. *Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales*, 60.
- Bandieri, L. M. (2002). Derecho global y nuevo medioevo jurídico. *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 11.
- Bobbio, N., (1992). Teoría General del Derecho [traducido al español por Eduardo Rozo Acuña]. Debate.



- Contreras, S. (2013). Derecho Positivo y derecho natural. una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. *Kriterion*, 127.
- Correas, O. (2015). Introducción a la sociología jurídica. Fontamara.
- Dabove, M. I. (2015). Argumentación jurídica y eficacia normativa hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho. *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 24.
- Espinar Vicente, J. M. (2010). De lo tradicional y de lo nuevo en el derecho internacional privado contemporáneo. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1.
- Forero Forero, C. H. (2003). Derecho natural verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico. *Revista Telemática de Filosofía Del Derecho*, 7.
- García Flores, E. (2013). Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI. Universidad Nacional Autónoma.
- González Ordovás, M. J. (2003). Ineficacia, anomia y fuentes del derecho. Editorial Dykinson.
- Guzmán Brito, A. (2018). La recepción de la palabra 'norma' en el vocabulario de la ciencia jurídica. *Revista Persona y Derecho*, 75.
- Herce Maza, J. I. (2015). La interpretación de las normas Francisco Suárez y los límites del silogismo. *Gabilex: Revista Del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 10.
- Hochevar, M. (2014). Estado de derecho y derecho natural. *Filosofía*, 24.
- Iturralde, V. (2008). Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31.
- Kelsen, H. (1983) Teoría General del Derecho y del Estado. [traducido al español por Eduardo García Maynéz]. Unam.
- Martí, L. (2005). Globalización y economía de Mercado Global. En J.P. Pampillo B & R. Rabinovich (Coord.), *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*.
- Massini Correas, C. I. (2019). Sobre iusnaturalismo y validez del derecho. *Díkaion*.



- Méndez, R. (2004). Filosofía del Derecho: una noción preliminar ¿justicia, validez y eficacia?: reflexiones iniciales en torno a la concepción tradicional. *Ius et Veritas*, 28.
- Molano, E. (2013). Sobre la Justicia y el Derecho. Principios de la teoría del derecho natural. *Ius Canonicum*, 53.
- Montoro, M. (2007). Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica. *Anales de Derecho*, 25.
- Moreso, J. & Navarro, P. (1988). Eficacia y Constitución algunas reflexiones acerca de la “Teoría pura del Derecho.” *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, 10.
- Nava Tovar, A. (2015). La institucionalización de la razón. La filosofía de Robert Alexy. Editorial Anthropos.
- Navarro, P. (1987). Eficacia, tiempo y cumplimiento. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 4.
- _____ (2012). ¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas? *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 35.
- Pampillo, J. (2010). Una teoría global del derecho para una nueva época histórica. *Díkaion*, 19 (1), 11–45.
- Poyal, A. (1991). La eficacia de los derechos humanos frente a tercero. *Revista de Derecho Político*, (34), 189–222.
- Raz, J. (1985). La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, 2da. Ed., [traducido al español por Ronaldo Tamayo y Salmorán]. UNAM
- Reale, M. (2016). Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 50, 201–219.
- Rengifo, E. (1995). Derecho Subjetivo y concepto de ius. *Revista de Derecho*, (5), 18–35.
- Rodríguez, E. (2009). Derecho, subjetividad y espacialidad: aportes para una discusión. *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, (31), 171–188.
- Saavedra, M., & Maresca, M. (2016). Sobre la ciencia jurídica dominante en las Facultades de Derecho: la crisis de la reforma. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 50, 143–176.



- Sánchez, C. (2011). Fuentes del Derecho en la Globalización. En J. González Ibáñez & E. García López, *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización* (pp. 33-43). Biblioteca Jurídica Diké.
- Tomassini, F. (2014). Algunas consideraciones sobre el rol de la sección “El derecho privado” de la Doctrina del derecho en la filosofía kantiana del Estado. *Areté: Revista de Filosofía*, 26 (2), 229–246.
- Urueña, M. (2017). El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15 (31), 193–219.
- Vanney, M. (2009). Ius, lex y derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión. *Persona y Derecho*, (61), 283–307.
- Villar, N. (2007). El derecho como norma. *Revista Vox Juris*, (14), 61–67.
- Weber, M. (1994). *Economía y sociedad*. [traducido al español por José Medina Echavarría], FCE.
- Zorrilla, M. (1997). Eficacia y efectividad del Derecho. Estudios de Deusto: *Revista de La Universidad de Deusto*, 45.



Los acuerdos recíprocos del agua como herramienta para la participación ciudadana y el desarrollo local: caso de estudio en la cuenca del Río Tabacay, sur del Ecuador

Reciprocal water agreements as a tool for citizen participation and local development: a case study in the Tabacay River basin, southern Ecuador

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 30 de noviembre de 2022

Aceptación: 15 de diciembre de 2022

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.09>

Adriana Mora Bernal

Paola Bonilla Tello

Javier Ávila Larrea

Resumen:

A pesar de los esfuerzos cada vez mayores por cuidar el medio ambiente, las cuencas hidrográficas continúan enfrentándose a graves problemas como el avance de la frontera agrícola y ganadera. En este interés de frenar dicho problema, los Acuerdos Recíprocos por Agua (ARAs) nacen como una alternativa a los instrumentos económicos de protección ambiental tradicionales, promoviendo el cuidado y protección de los servicios ambientales y la participación de la ciudadanía en la adecuada gestión de los recursos hídricos. El presente trabajo pretende analizar la participación de los pobladores de la cuenca alta y baja, en la fase de diseño, formulación y ejecución de este instrumento desde el año 2013 al año 2019. Estas acciones se realizaron en la microcuenca del Río Tabacay, sur del Ecuador. Los resultados obtenidos mostraron que el derecho al agua es un derecho independiente y, a la vez, interdependiente de otros derechos humanos, por lo que su gestión debe girar en torno a la participación activa de los pobladores de la cuenca baja y alta en busca de un desarrollo local de alcance territorial sostenible.

Palabras clave:

Derecho al agua, acuerdos recíprocos por agua, derecho de participación, desarrollo sostenible





Abstract:

Despite increasing efforts to care for the environment, the watersheds continue to face serious problems such as the advance of the agricultural and livestock frontier. In this interest to curb said problem, the Reciprocal Water Agreements (ARAs) were born as an alternative to traditional economic instruments for environmental protection, promoting the care and protection of environmental services and the participation of citizens in the proper management of water resources. The present work tries to analyze the participation of the inhabitants of the upper and lower basin, in the design, formulation and execution phase of this instrument from the year 2013 - 2019, carried out in the micro-basin of the Tabacay River, southern Ecuador. The results obtained showed that the right to water is an independent right and at the same time interdependent with other human rights, so its management should revolve around the active participation of the inhabitants of the lower and upper basin in search of local development, that achieves a sustainable territorial development.

Keywords:

Right to water, Reciprocal Water Agreements, participation rights, sustainable development



Introducción

Durante algunas décadas, se han generado varios instrumentos internacionales que abordan diferentes cuestiones sobre la protección del agua. Por ejemplo, han sido analizados dentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. De todos estos el de mayor importancia fue el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)¹ cuyas resoluciones, aunque no señalan de manera expresa el derecho al agua, establecen las bases para lograr su disfrute de acuerdo con un nivel de vida adecuado. Por ello, este evento es considerado como el antecedente inmediato del derecho a dicho recurso (Valdes de Hoyos & Uribe Arzate, 2016).

Ahora bien, es necesario determinar que el agua como derecho humano puede ser analizado según estas dos tendencias:

...una que lo considera como una condición previa necesaria para otros derechos que no se pueden alcanzar sin el acceso equitativo a las necesidades mínimas de agua potable, y otra que le da sustento por sí mismo ajeno a su relación con el disfrute de otros derechos humanos. (Valdes de Hoyos & Uribe Arzate, 2016).

Respecto a la primera tendencia, podemos referirnos a la Asamblea General de Naciones Unidas quien mediante resolución 64/292 con fecha 3 de agosto de 2010, reconoció el derecho al agua potable y saneamiento, como un derecho humano esencial y necesario para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (Unidas, 2010). De igual manera, la Resolución 15/9 con fecha 6 de octubre de 2010 (Consejo de Derechos Humanos ONU, 2010), reconoció a este como un derecho que se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y que está asociado al derecho a la salud, a la vida y la dignidad humana. En este mismo sentido, tras aprobar la Observación General N° 15, se estableció el derecho al agua dentro del marco al derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11) y al derecho a la salud (artículo 12)². Es decir, una de sus premisas es considerar que el agua es un recurso natural limitado y fundamental para la vida y salud; por tanto, indispensable para vivir dignamente y que su tenencia es una condición previa para la realización de otros derechos humanos.

¹ Ecuador ha ratificado y publicado el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el Registro Oficial No. 101 de 24 de Enero 1969.

² Observación General N°156 y 15.

Por otra parte, la segunda tendencia considera al agua como un derecho humano autónomo, entendiendo el mismo como el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Por ello, es importante analizar cómo se encuentra regulado el derecho humano al agua en el marco constitucional ecuatoriano, para entender la participación como eje fundamental en el ejercicio de este derecho humano.

La norma constitucional del Ecuador ha regulado el tema de los recursos hídricos, a partir de estas dos tendencias a las que hemos hecho referencia anteriormente: por una parte, la Constitución considera la tenencia del agua como un derecho que se encuentra íntimamente relacionado con otros derechos humanos como la soberanía alimentaria, derecho a un medio ambiente sano y una vida digna. Pero, por otra parte, la norma constitucional establece el del agua como un derecho humano fundamental e irrenunciable³, en el que todas las personas tienen derecho a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura porque el agua es un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Es decir, la protección y conservación de las áreas de provisión de recursos hídricos, deben ser una prioridad para la gestión pública, considerando que la cantidad y calidad del agua, condicionan la vida en todas sus formas⁴; y a su vez, así se están tutelando varios derechos como al agua, salud, alimentación, medio ambiente sano.

Dentro de este marco constitucional, el artículo 283 reconoce un sistema económico social y solidario en el que se debe propender a una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, que posibiliten el buen vivir. Por lo tanto, el Estado se encuentra obligado a garantizar el efectivo goce de los derechos, en particular educación, salud, alimentación, seguridad social y agua para sus habitantes (artículo 2) y es deber de los ecuatorianos respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible (artículo 83 numeral 6). Además, el artículo 57 de la Constitución señala que el Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad, además, se alude expresamente la participación como un derecho humano fundamental en su artículo 95.

La sostenibilidad debe estar presente cuando se habla de desarrollo y más aún, cuando las zonas de montaña son reconocidas mundialmente por la variedad de servicios ambientales que prestan a la humanidad. Entre esos servicios se

³ El artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

⁴ Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida 2017-2021, p. 38.



destacan la regulación hidrológica y conservación de la biodiversidad, entre otros. En los Andes tropicales, los bosques alto-andinos y los páramos son los principales responsables de regular el ciclo hidrológico y proporcionar agua de excelente calidad (Céllerí y Feyen, 2009) a las ciudades y poblados ubicados en los valles interandinos e, incluso, en algunas zonas costeras. Por aquello, estos ecosistemas y las cuencas hidrográficas que los albergan han recibido un gran reconocimiento durante las últimas décadas por asegurar la provisión de sus servicios hidrológicos (Hofstede et al., 2014). De todas maneras, en muchas de las zonas con las características mencionadas, continúan suscitándose graves problemas, como el avance de la frontera agrícola y/o ganadera, lo cual causa la destrucción de los bosques y páramos (Céllerí et al. 2010). Esto, a su vez, ocasiona una alteración al ciclo hidrológico, principalmente, reduciendo la capacidad de regulación de los ecosistemas (Crespo et al., 2010; Ochoa et al., 2016). Y si bien, estos ecosistemas andinos son reconocidos por sus servicios hidrológicos, en muchas zonas hay problemas de escasez, que han llevado a usuarios del agua a buscar medidas de adaptación, como por ejemplo el cambiar la forma de realizar el riego para ahorrar agua (De Bièvre et al., 2003).

Para conservar los servicios hidrológicos se han establecido varias estrategias de conservación. Una de ella es la de establecer restricciones sobre el uso de la tierra a través de ordenanzas municipales. Sin embargo, generalmente, son de carácter prohibitivo y punitivo, por lo que su aplicación no ha sido satisfactoria. Otras estrategias consisten en el uso de herramientas económicas que permiten pagar y/o compensar a los dueños de los predios ubicados aguas arriba de la cuenca hidrográfica por el servicio ambiental que generan, algo que ha ganado mucha atención en las últimas décadas. En estos casos, la deforestación es evitada si los pagos son más representativos que el costo-oportunidad en el que incurren los propietarios (Nikolakis y Innes, 2017), pero su aceptación en la población se da por razones netamente monetarias y utilitaristas de corto plazo (Rodríguez-Robayo et al., 2016).

La principal herramienta de este tipo es el Pago por Servicios Ambientales (PSA), al que se lo define como una transacción voluntaria en donde el “comprador” del servicio, asegura dicho pago, solamente si el proveedor del servicio (propietario del terreno) asegura la provisión del servicio ambiental específico (Engel et al. 2008). En América Latina, los PSA se extendieron a finales de la década de los 90s, incluso antes que en Asia o África (Kerr et al. 2014), y consiste en un pago en efectivo de acuerdo al área de conservación. En el Ecuador, dos casos de este tipo son los denominados *Socio Bosque* y *Socio Páramo*, en donde los propietarios de terrenos con cobertura nativa firman con el Ministerio del Ambiente un convenio que les otorga un pago monetario por hectárea de bosques o páramos destinados a la conservación. Cabe resal-



tar, en estos casos, que la gobernanza comunitaria de recursos es un aspecto principal que se debe tener en cuenta en las decisiones sobre el uso del suelo en el páramo (Hayes et al., 2017).

A aquello se suma el hecho de que, para conseguir una participación de nuevas comunidades en la práctica de los pagos, se ha notado la relevancia de la existencia de reuniones comunitarias periódicas que guarden su propia organización, generen debate y permitan los consensos respectivos (Murtinho y Hayes, 2017). Pero, es notorio que, en la praxis de esta herramienta, la problemática deviene debido a que quienes reciben el dinero lo pueden invertir en cualquier gasto, no siempre emprendiendo una nueva actividad económica o mejorando su actividad principal (agricultura o ganadería). De esta manera, cuando los fondos finalizan y los participantes dejan de recibir el aporte mensual, ellos aún sienten la necesidad de retomar sus antiguas costumbres. Es decir siguen deforestando, pues, necesitan incrementar sus ingresos para igualar el ingreso económico mensual que tenían durante la existencia del fondo. Razón por la cual, el PSA presenta una dificultad en lograr la sostenibilidad de los procesos de conservación.

Otra herramienta económica se denomina Acuerdos Recíprocos por Agua (ARAs) (Asquith, 2011), en donde los actores locales (propietarios) participan activamente en todo el proceso de su implementación (Rodríguez-Robayo et al. 2014). Los ARAs nacieron bajo el supuesto de que pueden promover la conservación ambiental y mejorar la calidad de vida de las personas en un contexto de “ganar-ganar”. Es decir que, adicional a conservar los servicios ambientales, se busca aliviar la pobreza (Jones et al. 2016). En este caso, el mecanismo de ejecución no es un pago monetario (Asquith, 2011), sino que se trata de un mecanismo de transferencia no monetaria, donde los actores locales (propietarios) reciben una compensación en especies: insumos agrícolas, alambre de púas, postes, reservorios, diseños de sistemas de riego, capacitación técnica, por citar las más comunes. Estas especies son utilizadas en aquella parte de su terreno que no se destina a la conservación sino a la producción, con el fin de mejorar su productividad y/o diversificar sus ingresos al producir nuevos productos agropecuarios (Rodríguez-Robayo et al., 2014).

Hay que recordar que las prácticas agrícolas ineficientes disminuyen la productividad de las tierras y, a su vez, generan insuficientes ingresos económicos para los hogares que viven en la zona de interés hídrico. Por lo tanto, desencadenan procesos de degradación. En este caso, se espera que la sostenibilidad se genere por el cambio de actividades, por el mayor manejo técnico de la producción y por su incursión en el mercado de manera particular. Fundación Natura Bolivia, con su experiencia en ese país desde el año 2003, señala que alrededor de 3.200 propietarios tienen acuerdos, dentro de los cuales se



conservan alrededor de 180.000 hectáreas de bosque⁵. Esto muestra lo prometedor de la práctica de los ARAs, tanto para los demandantes del servicio hidrológico, como para quienes lo suministran debido, entre otras cosas, a la mejora en sus ingresos (Asquith et al., 2008). Además, existe evidencia no solo de los beneficios económicos sino también de los co-beneficios sociales que proporcionan estas herramientas. Por ejemplo, en el norte de Australia -con la aplicación de instrumentos económicos para el manejo de los servicios ecosistémicos (Greiner y Stanley, 2013)- se han producido una diversificación financiera, alivio de la pobreza a nivel nacional, interconectividad entre los seres humanos y el medio ambiente, entre otros.

En consecuencia, los ARAs se constituyen en una herramienta muy interesante que, efectivamente, podría lograr la conexión de objetivos ambientales, económicos y sociales. Se los puede aplicar para conseguir la conservación de recursos hídricos y bosques andinos, protección de la biodiversidad y servicios ambientales, así como el mejoramiento de la calidad de vida de los participantes a través del incremento de sus ingresos. Además, al admitir un alto nivel de participación social, se convierten en una herramienta de fácil acceso y aplicación. Al no existir otros estudios que analicen su implementación y el efecto en la población beneficiaria, es de profundo interés conocer más detalles sobre los mismos.

Definición del área de estudio

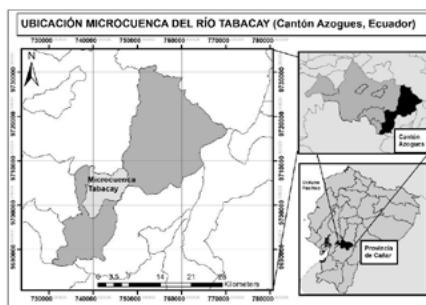
El área de estudio se ubica en la microcuenca del río Tabacay, que es la principal fuente de agua potable de la ciudad de Azogues, capital de la provincia de Cañar, en el sur del Ecuador (Fig.1). Esta microcuenca pertenece a la subcuenca del río Burgay, cuenca del río Paute, y depende administrativamente al Cantón Azogues. La superficie de la microcuenca es de 6,650 hectáreas de las cuales alrededor del 62% corresponden a la zona de captación de agua. Es una zona que ha suscitado un alto interés de protección que localmente se denomina zona de interés hídrico.

⁵ Ver: <http://www.naturabolivia.org/es/acuerdos-reciprocos-por-agua/>



Figura 1

Mapa de ubicación de la Microcuenca del Río Tabacay.



El Tabacay posee un rango de altitud que va desde los 2,490 a los 3,730 metros sobre el nivel de mar. Las quebradas de Llaucay, Nudpud, Condoryacu y Rosario son las fuentes donde la Empresa Municipal de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental del cantón Azogues (EMAPAL EP) capta el agua para llevarla a las plantas de potabilización.

Las quebradas tienen una combinación de vegetación natural, pastos introducidos y cultivos agrícolas. La vegetación natural consiste principalmente de bosque montano, matorral y pajonal. La economía de los habitantes de la microcuenca está determinada por actividades primarias, como son actividades del sector agrícola y pecuario. La producción agrícola es principalmente para subsistencia mientras que la ganadería de leche es la principal fuente de ingreso de los habitantes de la microcuenca. Sin embargo, las actividades agropecuarias se desarrollan con baja tecnología (e.g. no hay manejo de la fertilidad de suelos) y que, en algunos casos, es inadecuada (e.g. arado a favor de la pendiente).

Con el objetivo de controlar la degradación que experimentaba la cuenca, en el año 2004 se elaboró el Plan de Manejo de la Microcuenca del Río Tabacay (Universidad de Cuenca 2004), promovido por el Gobierno Local de Azogues (Gobierno Autónomo Descentralizado). En este plan se priorizaron cinco problemas: agricultura y ganadería en zonas de captación, deficiencia en captación y ausencia de asistencia técnica, degradación del suelo por infraestructura, problemática del aprovechamiento del agua y explotación de áridos. El Plan establece que una forma de gestionar la microcuenca es a través de la compensación por cuidado ambiental mediante el pago por servicios ambientales. En el año 2012, comenzó un proceso de implementación de los Acuerdos Recíprocos por agua en el Tabacay (ARAs), como mecanismo de conservación.



Los acuerdos recíprocos por agua consisten en el establecimiento de acuerdos de acción voluntaria entre los propietarios de terrenos ubicados en la zona de interés hídrico de la cuenca hidrográfica y los habitantes que se benefician de los mismos. En dichos acuerdos, que legalmente son contratos, los propietarios se comprometen a realizar actividades de conservación del bosque y, a cambio, reciben incentivos no monetarios como apoyo a mejorar sus actividades productivas en aquellas partes de sus propiedades donde no existe bosque. De esta manera, se espera que los cambios en las actividades de las personas que viven en la parte alta tengan un impacto positivo. Se espera que este impacto no solo recaiga en las condiciones ambientales de la cuenca, sino también en la productividad de las tierras y, por ende, en su nivel de ingresos. Por estos motivos, se espera que los Acuerdos Recíprocos por Agua apoyen a reducir la pobreza. Generalmente, el fondo para cubrir los incentivos proviene de la contribución financiera de los usuarios del servicio ecosistémico ubicados en parte baja de la cuenca. En el caso del agua, en algunas ocasiones existen organizaciones que quieren participar y contribuyen financieramente (Rodríguez-Robayo et al., 2014).

El tiempo de duración del contrato es acordado entre las partes y puede variar de un contrato a otro. De este modo, la duración del acuerdo puede depender de lo que la institución ejecutora considere necesario para que las prácticas sean adoptadas por los propietarios y se observen resultados. En este período de tiempo, se espera que los propietarios aprenderán a mejorar sus actividades agropecuarias sin degradar los suelos y, a su vez que, se aporten hábitos que aseguren la conservación y recuperación de los suelos para garantizar la calidad y cantidad del servicio hídrico. Se espera que las prácticas sean replicadas por otros vecinos, lo cual logrará que la conservación y/o recuperación del bosque a nivel regional sea de largo plazo. Luego de transcurrido el plazo, se espera que exista una renovación de los contratos para asegurar que se dé un acompañamiento suficientemente extenso en el tiempo, como para que los dueños de los predios se apropien de las prácticas y para que los resultados sean claramente visibles.

Este esquema se inició en la Fundación Natura Bolivia en el año 2003 (Asquith, 2011), bajo la concepción de que un pago monetario por un recurso que siempre se ha tenido no tiene mucho sentido en la cultura andina. Por el contrario, el ARA busca generar una cultura de corresponsabilidad entre los usuarios del servicio ecosistémico, que se encuentran en la parte baja, y los proveedores ubicados en la parte alta de la cuenca.



Proceso participativo en el diseño y formulación de los acuerdos recíprocos por agua en el Tabacay

El proceso de diseño y formulación de los acuerdos se llevó a cabo en cuatro fases. La primera fase tuvo como objetivo estructurar una imagen de los actores implicados y las características que debían fortalecerse y/o motivarse para conseguir un comportamiento sostenible. Para ello, EMAPAL EP procedió con el levantamiento de información para iniciar una investigación de corte cualitativa a través de un muestreo no probabilístico. Para esto se realizaron grupos focales en los que participaron los habitantes de la zona alta de cada una de las distintas comunidades de la cuenca, mientras que en la zona baja se realizaron 18 entrevistas individuales a usuarios en la ciudad.

La segunda fase se llevó a cabo para obtener una línea-base y describir a la población de estudio, lo que implicó la realización de encuestas a la población (95% de confianza, 5% de error). Se trató de un número de 204 personas que vivían en la cuenca alta y de 369 que lo hacían en la cuenca baja. A estas últimas, entre otras cosas, se les preguntó su disposición a pagar mensualmente por la conservación propuesta.

En una tercera fase, con el objetivo de influir en las actitudes poblacionales con respecto a la conservación y sostenibilidad, se emprendió una estrategia de mercadotecnia social con talleres, ciclopaseos, etc. Para esto, se tomó en cuenta a los propietarios de terrenos en la cuenca alta (bosques y páramos) y a los usuarios del agua en Azogues. Finalmente, se realizó una nueva encuesta con las mismas características que la primera, pero añadiendo aspectos que pretendían dar cuenta del impacto de la campaña realizada.

Como última fase del proceso, con el objetivo de buscar nuevos socios, la Municipalidad de Azogues aprobó una ordenanza denominada “Ordenanza municipal para la conservación, restauración, recuperación de las fuentes de agua, zonas de recarga hídrica, ecosistemas frágiles y otras áreas prioritarias para la protección de la biodiversidad, los servicios ambientales y el patrimonio natural”, la cual respalda el proceso a través de un aporte ciudadano.

Ejecución de los Acuerdos recíprocos por agua en el Tabacay

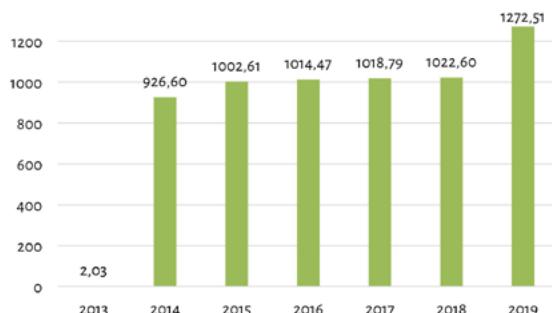
Para dar inicio al proyecto, se dio la suscripción de siete acuerdos de conservación en la Cuenca alta, protegiendo 211 hectáreas de bosque nativo y 1.2 kilómetros lineales de bosque de ribera. Este trabajo con la comunidad permitió la consolidación del proceso participativo a través de la asesoría técnica y la dotación de insumos y materiales destinados a mejorar la productividad en un área igual a la que se destinó para la restauración y conservación. A través de



los Acuerdos recíprocos por Agua, se influyó en el proceso de cambio hacia conductas más amigables con el ambiente, teniendo hasta el año 2019, un total de 1272,51 hectáreas conservadas (Figura 2).

Figura 2

Acumulación de hectáreas conservadas anualmente



Hasta el año 2019, existen registrados 38 convenios para la implementación de Acuerdos recíprocos por Agua, con el compromiso de cuidar bosques y zonas de interés hídrico. Esto indica que existe un interés de firmar estos incentivos por parte de la población de la cuenca alta. No se trata de contratos inamovibles sino, por el contrario, de acuerdos flexibles que se ajustan a las necesidades de cada uno de los participantes, para establecer el paquete de incentivos otorgados por EMAPAL EP. Dentro de las formas de compensación se observan las siguientes: análisis de suelo, fertilizantes, semillas, plantas, bebederos, tuberías para agua, apoyo veterinario, diseño de sistemas de riego, corrales.

De los acuerdos, se evidencia (Tabla 1) que los ARAs mayoritariamente protegen los bosques de ribera, debido a su alto valor para regular y conservar el recurso hídrico tanto en cantidad como calidad. En segundo lugar, dentro de los acuerdos, se encuentra el de conservar el bosque de montaña; y finalmente, el bosque nativo mixto. Los compromisos de los propietarios son destinar todo o parte del bosque de su propiedad para la conservación (i.e. no deforestar) y también aportar con su mano de obra para la realización de las actividades necesarias como: el establecimiento de cercas con postes y alambre de púas (proporcionados por EMAPAL EP), participar de forma activa en los eventos de capacitación, replicar las buenas prácticas de manejo en el resto de la zona y coordinar con los técnicos de EMAPAL EP todas las acciones que se vayan a implementar.



Tabla 1

Características de los predios que participan en los Acuerdos Recíprocos por Agua.

Predio	Año de firma	Tiempo de contrato (años)	Bosque a nivel de ribera	Bosque de montaña	Bosque nativo mixto	Zona para reforestación en montaña	Áreas totales conservadas (ha)
Predio 1	2013	5	X		X		0,06
Predio 2	2013	5	X				1,97
Predio 3	2014	5		X			0,45
Predio 4	2014	5	X				0,65
Predio 5	2014	5	X				5,07
Predio 6	2014	5			X		0,45
Predio 7	2014	5	X				0,50
Predio 8	2014	8	X	X			0,95
Predio 9	2014	5	X	X			10,52
Predio 10	2014	5	X	X			902,00
Predio 11	2014	5	X	X			0,87
Predio 12	2014	5			X		3,10
Predio 13	2015	1	X	X			1,51
Predio 14	2015	5	X				1,02
Predio 15	2015	5	X				1,30
Predio 16	2015	5	X				0,95
Predio 17	2015	5	X				1,31
Predio 18	2015	5	X	X		X	67,46
Predio 19	2015	5	X				2,46
Predio 20	2016	5				X	0,32
Predio 21	2016	10	X			X	4,11
Predio 22	2016	10	X			X	6,95
Predio 23	2016	5	X			X	0,48
Predio 24	2017	5	X	X			0,36



Predio 25	2017	5	X				1,09
Predio 26	2017	5	X				1,52
Predio 27	2017	3	X				1,14
Predio 28	2017	5	X				0,904
Predio 29	2017	5	X				0,22
Predio 30	2018	5	X	X			0,84
Predio 31	2018	5		X			1,04
Predio 32	2018	5		X			1,00
Predio 33	2018	5			X		0,93
Predio 34*	2019	20			X		176,51
Predio 35	2019	5			X		17,75
Predio 36	2019	5			X		2,81
Predio 37	2019	5		X	X		51,68
Predio 38	2019	5			X		1,16

Nota. El área conservada de este predio representa un adendum a un convenio anterior.

En la etapa de aplicación de los ARAs, se observa una participación genuina de los firmantes, ya que la Empresa Municipal de Agua Potable realiza con cada firmante una negociación de los materiales con los que se les compensará. Se ha dado prioridad a sus necesidades, asegurando la pertinencia y, por tanto, la sostenibilidad. Esto evidencia que los firmantes, al ser agentes activos en esta toma de decisiones, se consolida la participación como un derecho humano fundamental que provoca efectos importantes como el ejercicio y disfrute de otros derechos humanos como el agua, el medio ambiente sano y la salud.

Al ser la participación ciudadana entendida como un proceso que no se circunscribe a un acto puntual entre los firmantes y la empresa pública de agua, se exige que la adopción de decisiones se la realice en el marco de la implementación de esta política pública, así como en la posterior firma de un nuevo acuerdo.

Para velar por el cumplimiento de las obligaciones, EMAPAL EP designa un equipo técnico compuesto por un administrador del acuerdo y por un encargado de supervisar el desempeño de los rubros productivos, técnicos y de capacitación. En caso de incumplimiento, el propietario está en la obligación de devolver en efectivo el 75% del valor total de lo recibido según conste en los

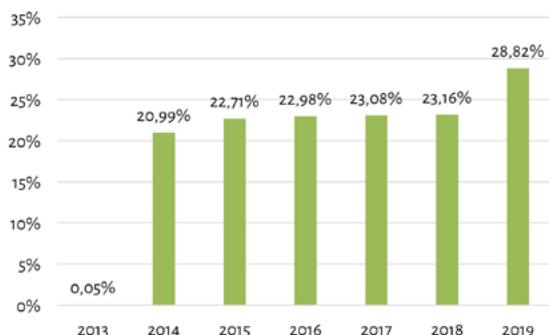


acuerdos; sin embargo, se han propiciado diálogos y negociaciones entre los participantes y el personal de EMAPAL. Por ello, los participantes han ganado seguridad al sentirse escuchados y valorados.

Lo expuesto anteriormente permite notar que el interés hídrico en la microcuenca del Tabacay ha aumentado progresivamente con el paso de los años. Cada vez más, las actividades de conservación están recibiendo mayor grado de atención prioritaria, al punto en que, de entre las 4,415 hectáreas de la mencionada zona, un 28,82% (Figura 3) de su territorio, ya se encuentra dentro del proyecto ejecutado por los ARAs.

Figura 3

Porcentaje acumulado del área conservada de interés hídrico



Conclusiones

El derecho humano al agua en el Ecuador se contempla en la Constitución de la República. Se ha desarrollado primero como un derecho que se encuentra íntimamente relacionado con otros derechos humanos como la soberanía alimentaria, derecho a un medio ambiente sano y una vida digna; pero siempre se lo ha considerado como un derecho humano fundamental e irrenunciable. Es por esto que en el país se deben generar diferentes mecanismos económicos de protección ambiental y que tengan como fin garantizar la posibilidad de disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible. Se ha observado que a pesar de que los instrumentos económicos que promueven la conservación ambiental no tienen como objetivo principal la reducción de la pobreza (Pagiola et al., 2005), también pueden generar beneficios para los dueños de las tierras (proveedores del servicio ecosistémico), los cuales se encuentran en la rentabilidad neta de los usos de la tierra (Engel et al., 2008).



Por ello, resulta necesario realizar estudios económicos que permitan medir el impacto de los ARAs en sus participantes y si sus efectos están contribuyendo a mitigar la pobreza. Por ejemplo, en Bolivia se ha evidenciado que los ARA's no solo alivian la pobreza material sino también la pobreza relacional, también denominada invisibilidad social (Bétrisey et al. 2016). En este sentido, cada vez son mayores las iniciativas para demostrar cómo el cuidado de los servicios ecosistémicos puede aliviar la pobreza y mejorar el bienestar de los habitantes ubicados, por lo general, en las partes altas de las cuencas. Una prueba de ello es la creación del programa de investigación "Ecosystem services for poverty alleviation", por el UK's Deparment for International Development (DFID), cuyo objetivo es proporcionar evidencia acerca de los vínculos entre los servicios ecosistémicos y la gente pobre (Suich et al., 2015).

En lo que respecta a la conservación ambiental, existen evidencias de que algunos agricultores de países desarrollados están, incluso, dispuestos a asumir parte de los costos que implican la conservación ambiental. Esto, por el simple hecho de obtener satisfacción personal al contribuir con la conservación y también por las ganancias anticipadas que se obtienen con la productividad de la tierra (Stoneham et al. 2002). Comprendemos, entonces, que la tutela de los derechos humanos por parte de los organismos competentes en la gestión de los recursos hídricos es fundamental ya que, por una parte, se cumplen objetivos ambientales de protección, objetivos sociales en lo correspondiente a la participación de la población tanto en la elaboración, aplicación y seguimiento de los diferentes instrumentos de protección, así como objetivos económicos que permiten un desarrollo que pretende mejorar las condiciones de vida de los pobladores de las cuencas altas.

Aunque el estudio se centró en el ejercicio del derecho a la participación de los ARAs que se aplican a una escala de predio, en una pequeña fracción del Tabacay, conocemos que toda acción positiva a la conservación del bosque y la aplicación de una agricultura de conservación inciden positivamente en la regulación hidrológica y en la calidad ambiental del agua. Los resultados son un incentivo a participar en este programa de conservación para el resto de la población de la cuenca alta. De tal manera, se involucra a más personas cada año ya que, como se evidenció, existe un importante incremento de hectáreas que hoy son objeto de protección, a través de la participación activa de la ciudadanía, tanto en sus aportes económicos, así como en la adquisición de nuevas técnicas que permitan mejorar sus rendimientos económicos.



Referencias bibliográficas

- Asquith, N. (2011). Reciprocal Agreements for Water - An environmental management revolution in the Santa Cruz valleys. *Revista - Harvard Review of Latin America*, XI, 1, 58–60.
- Asquith, N., Vargas, M. & Wunder, S. (2008). Selling two environmental services : In-kind payments for bird habitat and watershed protection in Los Negros, Bolivia. *Ecological Economics*, 675–684. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2007.12.014>
- Céller, R., & Feyen, J. (s/a.). The Hydrology of Tropical Andean Ecosystems: Importance, Knowledge Status, and Perspectives. <https://doi.org/10.1659/mrd.00007>
- Consejo de Derechos Humanos ONU. (2010). Resolución 15/9. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. 16636, 4. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement>
- Constitución. (2008). República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- EMAPAL, CG PAUTE, & Universidad de Cuenca. (2004). Plan de Manejo de la Microcuenca del Río Tabacay.
- Engel, S., Pagiola, S. & Wunder, S. (2008). Designing payments for environmental services in theory and practice: An overview of the issues. *Ecological Economics*, 65(4), 663–674. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2008.03.011>
- Greiner, R., & Stanley, O. (2013). More than money for conservation: Exploring social co-benefits from PES schemes. *Land Use Policy*, 31, 4–10. <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2011.11.012>
- Hayes, T., Murtinho, F., & Wolff, H. (2017). The Impact of Payments for Environmental Services on Communal Lands: An Analysis of the Factors Driving Household Land-Use Behavior in Ecuador. *World Development*, 93, 427–446. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2017.01.003>
- Hofstede, R., Calles, J., López, V., Polanco, R., Torres, F., & Ulloa, J., & Cerra, M. (2014). Los páramos Andinos ¿Qué Sabemos? Los Páramos Andinos ¿Qué sabemos? Estado de conocimiento sobre el impacto del cambio climático en el ecosistema páramo. In UICN, Quito, Ecuador. UICN.



- Jones, K., Holland, M., Naughton, L., Morales, M., Suarez, L. & Kennan, K. (2016). Forest conservation incentives and deforestation in the Ecuadorian Amazon. *Environmental Conservation*, 1–10. <https://doi.org/10.1017/S0376892916000308>
- Kerr, J. M., Vardhan, M., & Jindal, R. (2014). Incentives, conditionality and collective action in payment for environmental services. *International Journal of the Commons*, 8(2), 595–616. <https://doi.org/10.18352/ijc.438>
- Murtinho, F. & Hayes, T. (2017). Communal Participation in Payment for Environmental Services (PES): Unpacking the Collective Decision to Enroll. *Environmental Management*, 59(6), 939–955. <https://doi.org/10.1007/s00267-017-0838-z>
- Organización de las Naciones Unidas, (2010). Resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010. El derecho humano al agua y al saneamiento. In Asamblea General de las Naciones Unidas. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S
- Organización de las Naciones Unidas, (2010). Resolución 15/9 de 6 de octubre de 2010
- Nikolakis, W. & Innes, J. (2017). Evaluating incentive-based programs to support forest ecosystem services. *Environmental Conservation*, 44(01), 1–4. <https://doi.org/10.1017/S0376892917000017>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Registro Oficial No. 101 de 24 de Enero 1969.
- Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida 2017-2021
- Rodríguez, K., Avila, V. & Maldonado, J. (2016). Indigenous communities' perception regarding payments for environmental services programme in Oaxaca Mexico. *Ecosystem Services*, 17, 163–171. <https://doi.org/10.1016/j.ecoser.2015.11.013>
- Stoneham, G., Chaudhri, V., Ha, A. & Strappazzon, L. (2002). Auctions for conservation contracts: an empirical examination of Victoria's Bush-Tender trial. *Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, 47, 477–500. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8489.2003.t01-1-00224.x>
- Suich, H., Howe, C., & Mace, G. (2015). Ecosystem services and poverty alleviation: A review of the empirical links. *Ecosystem Services*, 12, 137–147. <https://doi.org/10.1016/j.ecoser.2015.02.005>



- Valdes, E. & Uribe, E. (2016). Cuestiones constitucionales : revista mexicana de derecho constitucional. *Cuestiones Constitucionales*, 34, 3–25. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000100003&lng=es&nrm=iso&tlang=es



Pandemia y Sindemia

Pandemic and Syndemic

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 5 de diciembre de 2022

Aceptación: 29 de diciembre de 2022

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.10>

Víctor Manuel Quesada Orellana

Mónica Cecilia Cabrera Proaño

Resumen:

El artículo presenta un análisis lingüístico del vocablo pandemia, su origen y evolución en el contexto global, y sus relaciones de semejanzas y diferencias con la palabra epidemia. Presenta también un acercamiento sociolíngüístico del término sindemia con base en la semántica de la voz pandemia. Expone la visión sindémica en Latinoamérica y Europa. Finaliza, a manera de colofón, con varias conclusiones.

Palabras clave:

Epidemia, pandemia, sindemia, contexto global, sociolíngüístico, covid-19





Abstract:

The article presents a linguistic analysis of the word pandemic, its origin and evolution in the global context, and its relationships of similarities and differences with the word epidemic. It also presents a sociolinguistic approach to the term syndemic, based on the semantics of the word pandemic. It exposes the syndemic vision in Latin America and Europe. It ends, as a culmination, in this line, with several conclusions

Keywords:

Epidemic, pandemic, syndemic, global context, sociolinguistic, covid-19



Liminar

En “tiempos de pandemia” asoman como fantasmas, algunos términos que se hallaban olvidados, o por lo menos escondidos; y esto, porque no había necesidad de utilizarlos. Dichos términos aparecen en pleno debate de la Organización Mundial de la Salud en torno a cómo denominar a aquello que sucedía en Wuhan-China a finales del año 2019. China tuvo que contemplar impávida cómo fallecían sus habitantes, aparentemente, por causa de algún patógeno al que llamaron corona virus. Entonces, se hablaba de una epidemia; pero, se dudaba si habría que calificar el brote infeccioso como pandemia. Sin embargo, para comenzar el año 2020, aquello que parecía una epidemia había de convertirse en una pandemia, así lo determinó la OMS. Más aún, hoy se afirma que se trata de una sindemia.

Epidemia y Pandemia

Creíamos que se trataba de una *epidemia*. Conocíamos que la humanidad había vivido, a lo largo de su historia, numerosas enfermedades que han terminado con la vida de miles de personas. Sospechábamos que la propagación de enfermedades infecciosas se debía a la aparición de factores de riesgo, como la pobreza o la falta de higiene, o eran causadas por desastres naturales. Así, entendíamos que esta epidemia era aquello que definía en su diccionario la Real Academia de la Lengua Española como “una enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, afectando simultáneamente a un gran número de personas”.

Empero, habíamos leído también que alguna vez Hipócrates utilizó el término *pandemia*, para el título de uno de sus tratados s. V a.C., el cual contenía relatos de enfermedades vistas durante las estancias del autor en diversos pueblos. Hipócrates describe así la situación:

Una vez más asombra -anota el diccionario médico-biológico, histórico y etimológico- la capacidad para crear términos que tuvieron los médicos griegos y para ajustar con precisión su significado; ello explica que puedan seguir en uso hoy día. Como no podía ser de otra manera, la historia empieza en el caso de epidemia por Hipócrates, s. V a.C. Es bien sabido que uno de sus tratados más interesantes, por revelar su mentalidad científica ante la enfermedad, son sus Epidemias; fue también uno de los libros de Hipócrates más leídos desde su publicación hasta nuestros días, incluida la Edad Media. Sin embargo, que nadie se llame a engaño, Hipócrates en los siete libros en los que se subdivide ese tratado no habla de enfermedades epidémicas. En realidad, consisten en una colección de historias clínicas fruto de sus experiencias en sus estancias en distintas poblaciones de Grecia. Los médicos en época de Hipócrates eran viajeros,



se desplazaban y veían a los enfermos de una zona, luego acudían a otra, y así sucesivamente. En el título del tratado de Hipócrates epidemia significa 'estancia', significado que está en perfecta consonancia con los elementos semánticos que conforman la palabra, *epí* en el sentido específico temporal de 'durante cierto tiempo' y *dêmos* 'pueblo', con el doble significado que tiene también en español, 'conjunto de los habitantes de un lugar' y la que aquí nos interesa, 'pequeño núcleo de población'. El valor de 'durante cierto tiempo' de *epí* se contrastará con el de en 'permanente', en el adj. *éndêmos* que dará lugar a endemia (Diccionario Médico-biológico, Histórico y Etimológico, 2020, Sección de comentario, párr.1).

En Hipócrates, por tanto, el uso de este adjetivo aplicado a enfermedades insiste en aludir a la permanencia de una enfermedad en el tiempo. Esta concepción se acerca al valor actual de 'endémico', porque todavía en su época no existía una contraposición entre epidémico y endémico. Probablemente, el ejemplo que ha servido para que la palabra 'epidemia' pasara como sustantivo abstracto, de forma definitiva aplicado a enfermedades en las lenguas modernas, pertenece al *De natura hominis*, uno de los tratados hipocráticos más influyentes que fue también bien conocido en la Edad Media.

El uso moderno del término se asienta, precisamente, sobre el pasaje hipocrático de *Natura hominis* en el que se habla de 'aparición y estancia de una enfermedad en una población'. Con esta definición, aparecía ya el significado de *epidemia* correspondiente al latín medieval, porque lo encontramos en castellano y francés medieval hacia 1250. En latín renacentista se documenta *epidemia* en 1526.

La voz procede de la expresión griega *pandēmon*, compuesta de *pan*: totalidad y *dēmon*: pueblo, significa 'pueblo entero'. Escritos de Platón y Aristóteles parecen referirse en aquel entonces a 'lo público', 'lo que concierne a toda la gente', pero sin connotación médica.

Pues bien, como lo señala el muy sabio *Oxford English Dictionary* en su edición electrónica (2020), el significado médico se remonta al uso de médicos griegos de la época helenística (aunque, al no conservar casi textos médicos de esa época lo documentamos más tarde, en época imperial romana) y tampoco difiere sustancialmente del uso actual. Aunque hay algún ejemplo esporádico en Galeno, encontramos ejemplos mejores en médicos posteriores. Así Oribasio, en el s. IV, afirmaba al comienzo de su *Tratado sobre las enfermedades pandémicas* que se llaman pandémicas (*pandēmos*) y extendidas a aquellas enfermedades que afectaban a la mayoría de las personas de una población y cuyo origen y causa también



estaban extendidos. “Un par de siglos más tarde, Aecio escribía un tratado sobre las enfermedades pandémicas, epidémicas y las plagas” (párr. 9).

La palabra pandemia, ni en la forma sustantiva ni en la adjetiva, pudo pasar al latín como legado de la cultura helénica. Sólo se documenta *Epidêmia* en el s. V como título del tratado de Hipócrates del que hemos hablado antes; sin embargo, la palabra debió haber estado en uso en la Edad Media. Sólo así se explica que aparezca en francés en la forma *ypidime* en 1256 y en español, *epidimia* en un tratado anónimo fechado entre 1254 y 1260, en *Judizios de las estrellas*. Algunos años después, la palabra está también documentada en Alfonso X, el Sabio, en cuyos textos se la asocia con la idea de pestilencia y mortandad. Su significado en esos momentos, usando terminología actual, sería el de ‘enfermedad epidémica grave con alta mortalidad’. Con posterioridad, en el Renacimiento, sólo hubo que volver a la escritura original del griego para encontrarlo. ‘Endemia’ se documenta en francés en 1495 y es aplicable, lo dicho, para epidemia. El término ‘pandemia’ fue algo más tardío: encontramos *pandemial* en inglés, en 1568 y *pandemic* en 1666 (Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico, 2020, Sección de comentario, párr. 12).

Pandemia y Epidemia

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), se llama ‘pandemia’ a la propagación mundial de una nueva enfermedad. Se produce una pandemia en el momento en que aparece un nuevo virus de la gripe, por ejemplo, y se extiende por el mundo, porque casi nadie tiene defensas frente a él.

Ahora bien, sobre esta base, establezcamos de una vez la diferencia entre pandemia y epidemia. Nos parece que dicha diferencia radica en dos aspectos: la expansión desde el punto de vista geográfico de la enfermedad y el rápido aumento de los casos de personas afectadas por la enfermedad. En una pandemia, ambos aspectos tienen mayores proporciones que en una epidemia. El nivel de emergencia sanitaria que producen una epidemia y una pandemia depende: primeramente, del modo en que se propaga la enfermedad; de la facilidad de la propagación; de la posibilidad de contagio de las personas afectadas a las sanas; de la relación entre las personas que están en peligro de contagio; y de las personas inmunes (por haber sido vacunadas, por ejemplo).

Además de las pandemias y de las epidemias, podemos hablar también de endemias. Según la definición de la RAE, una endemia es una enfermedad que reina habitualmente en épocas fijas en un país o comarca. Por lo tanto, se trata de casos de enfermedades normales que afectan con frecuencia a un país o zona según la estación del año. Aunque la enfermedad afecta a muchas personas, en general no se trata de casos graves.



Pandemia y sindemia

Y cuando parecía que se había entendido el carácter de una pandemia, empieza a oírse que el covid-19 no es una pandemia, los científicos creen que el coronavirus es una 'sindemia'. Corresponde, entonces, precisar el significado de este término y buscar el tratamiento de la enfermedad. Plitt (2020) explica el significado de sindemia de la siguiente manera:

El término sindemia, un neologismo que combina sinergia y pandemia, no es nuevo. Fue acuñado por el antropólogo médico estadounidense Merrill Singer, en los años 90, para explicar una situación en la que “dos o más enfermedades interactúan de forma tal que causan un daño mayor que la mera suma de estas dos enfermedades”. El concepto surgió cuando el científico y sus colegas investigaban el uso de drogas en comunidades de bajos ingresos en EE.UU., hace más de dos décadas. Descubrieron que muchos de quienes se inyectaban drogas sufrían de una cantidad de otras enfermedades (tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual, entre otras), y los investigadores se empezaron a preguntar cómo éstas coexistían en el cuerpo, y concluyeron que, en algunos casos, la combinación amplificaba el daño.

El impacto de esta interacción está además facilitado por condiciones sociales y ambientales que juntan de alguna manera a estas dos enfermedades o hacen que la población sea más vulnerable a su impacto, le explica Singer a BBC Mundo (parr. 11).

Por un lado, dice Horton (2020), está el SARS-CoV-2, virus que provoca el covid-19; y por otro, una serie de enfermedades no transmisibles. Estos dos elementos interactúan en un contexto social y ambiental caracterizado por una profunda inequidad social. El contagio es mucho mayor en comunidades empobrecidas que no pueden cumplir con las normas de higiene y distancia social. Estas condiciones, argumenta Horton, exacerbán el impacto de esas enfermedades; y por ello, debemos considerar el covid-19 no como una pandemia, sino como una sindemia. No se trata de un simple cambio de terminología. Entender la crisis de salud que estamos atravesando desde un marco conceptual más amplio, abre el camino para buscar soluciones más adecuadas.

“Todas nuestras intervenciones se han centrado en cortar las vías de transmisión viral, para controlar la propagación del patógeno” (Párr.4), escribió recientemente en un editorial Richard Horton (2000), editor jefe de la prestigiosa revista científica *The Lancet*. Sin embargo, la pandemia de covid-19 no se resuelve únicamente por la vía médica, los científicos creen que hay que analizar la situación actual desde el marco conceptual de la sindemia.



Enfermedades como la diabetes o la obesidad, que son factores de riesgo para el covid-19, son más comunes en individuos de bajos recursos, añade en conversación con BBC Mundo Tiff-Annie Kenny (2020), investigadora de la Universidad Laval, en Canadá. Kenny trabaja en el Ártico con poblaciones afectadas por la inseguridad alimentaria, el cambio climático y condiciones de vivienda que dificultan cumplir con las recomendaciones sanitarias como lavarse las manos o mantener la distancia social. El elemento clave en el caso de una sindemia es que el aspecto social implica la interacción de las enfermedades (Plitt, 2020).

Analizar la situación a través de la lente de la sindemia, dice Kenny (2020), nos permite pasar de la aproximación de la epidemiología clásica sobre el riesgo de transmisión, a una visión de la persona en su contexto social. Esta es una postura compartida por muchos científicos que creen que para frenar el avance y el impacto del coronavirus es crucial poner atención a las condiciones sociales que hacen que ciertos grupos sean más vulnerables a la enfermedad.

Si realmente queremos acabar con esta pandemia (en Latinoamérica) cuyos efectos han sido devastadores en la gente, en la salud, en la economía, o con futuras pandemias de enfermedades infecciosas (hemos visto venir una detrás de otra con cada vez mayor frecuencia: sida, ébola, SARS, zika y ahora covid-19), la lección es que tenemos que abordar las condiciones subyacentes que hacen posible una sindemia... (párr.23).

La autora sugiere abordar los factores estructurales sobre los que se asienta la pobreza y que hacen que a la gente le sea más difícil acceder a la salud y a una alimentación adecuada. No hacerlo nos enfrentará a otras pandemias similares a la de covid-19, asegura. Solo es cuestión de tiempo para que una enfermedad existente escape del mundo animal y pase a los humanos. Ese ha sido el caso del ébola y del zika. Esta dinámica epidémica continuará ocurriendo a medida en que “sigamos invadiendo el espacio de las especies salvajes, o a raíz del cambio climático y la deforestación” (Plitt, 2020, párr.13).

El editor de *The Lancet*, Richard Horton (2020) es concluyente cuando asegura que, sin importar cuán efectivo sea un tratamiento o cuán protectora sea una vacuna, la búsqueda puramente biomédica de una solución para el covid-19 fracasará. Advierte que, a menos que los gobiernos diseñen políticas para salvar las disparidades profundas de nuestras sociedades, el mundo nunca estará seguro ante la amenaza de pandemias como la de Covid-19.

La visión europea en torno a la epidemia no difiere mucho de la latinoamericana. Así, se nota en los barrios más desfavorecidos del viejo mundo que la Covid-19 es, ante todo, una cuestión de clase social:

La segunda ola -o tsunami- que arrasa Europa y que se está cebando, particularmente, en algunas regiones españolas, como Madrid, Navarra



o Barcelona, muestra un escenario en el que el factor principal de riesgo, después de la edad, para padecer una forma grave de la enfermedad es ser pobre. De hecho, a mayor privación socioeconómica, mayor incidencia acumulada de la patología causada por el SARS-CoV-2. (La Vanguardia, 2020, párr.1).

Estos datos fueron publicados por la Agència de Salut Pública de Barcelona (ASPB) a inicios del 2020:

Desde febrero, se han registrado 38.220 nuevos casos en Barcelona, de los cuales 3.800 en residencias. La mayoría de los nuevos positivos son jóvenes de entre veinticinco a treinta y cuatro años que viven en los barrios más desfavorecidos de la capital catalana, como Nou Barris, Raval, Ciutat Vella o Besós. (La Vanguardia, 2020, párr.2)

La epidemia se concentró en los barrios desfavorecidos de la ciudad, como el Raval. En la primera ola de contagios, el distrito más afectado fue el de Nou Barris, que es el de menor renta de la ciudad. La directora de la ASPB, Carme Borrell, especialista reputada en medicina preventiva y salud pública, dijo que se la incidencia de la enfermedad se había multiplicado por 2,5 en esta zona en relación con los distritos más ricos. “La epidemia se está ensañando con fuerza en los barrios barceloneses más empobrecidos, donde sus habitantes tienen trabajos más precarios, se desplazan en transporte público y carecen de viviendas adecuadas para, en caso necesario, poder confinarse”, se lamentaba Borrell (párr.3).

Y es que el virus se alimenta y crece exponencialmente gracias a otras crisis que ya estaban en marcha: la crisis de salud, la crisis social y medioambiental. No es un fenómeno nuevo. Hace décadas que, desde la salud pública, se trabaja como una entidad única, la incidencia de enfermedades y los condicionantes socioeconómicos de los pueblos. Así se ha estudiado enfermedades infecciosas y enfermedades no transmisibles crónicas como diabetes tipo 2, obesidad, enfermedades cardiovasculares en relación con relación a los factores socioeconómicos. Estos dos factores van de la mano. “Las enfermedades nunca vienen solas. Este concepto de convergencia de patologías se denomina ‘sindemia’” (párr. 6). En este sentido, se dirige la línea de reclamo de Horton. La mayor parte de quienes estudian las epidemias consideran que para resolver la Covid-19 “se necesita una aproximación holística basada en los principios de salud pública” (párr.8). Este tipo de consideración investigativa implica la equidad, la solidaridad, el acceso al sistema sanitario y “que la sociedad se involucre en las medidas que se toman” (párr.8). No se trata de hallar solo una solución a corto plazo, “(s)í solo nos centramos en buscar la vacuna y tratamientos, no solucionaremos nada” (párr.8).



Colofón

Considerar la pandemia de Covid-19 como una sindemia implica pasar de tratarla como una enfermedad infecciosa que se propaga por el planeta y que se puede controlar cortando las vías de transmisión del virus, a empezar a prestar atención a las condiciones globales que hacen vulnerable a una comunidad. Esta consideración tiene repercusiones importantes a nivel de pronóstico, tratamiento y políticas sanitarias relacionadas con la enfermedad.

La perspectiva que considera al Covid-19 como una sindemia implica la ejecución de medidas “diferenciadas e intervenciones dirigidas a la prevención” (párr.10). La salud pública cuenta con datos que se pueden aprovechar para incidir en las políticas sociales que beneficien a la población. Un caso de esto se cita en Vanguardia (2000) “en Barcelona, por ejemplo, hemos ofrecido pisos e incluso habitaciones de hoteles a familias en viviendas precarias sin condiciones para poder hacer una cuarentena y se les ha llevado la comida a diario (parr.10).

La perspectiva que permite ver a la Covid-19 como una sindemia implica atención especial para las personas que padecen enfermedades crónicas: “abordar la Covid implica abordar la hipertensión, la obesidad, la diabetes, las enfermedades cardiovasculares o respiratorias crónicas, el cáncer...” (Párr.12), que son, junto a las condiciones sociales, elementos que incrementan el riesgo de mortalidad. Además, nos enseña que en futuro podemos volver a enfrentarnos a una situación de emergencia sanitaria global como la actual.

Los científicos están de acuerdo en que el virus nos ha puesto ante el espejo como sociedad y hay que empezar a pensar en cómo estamos organizados para solventarlo. Es un buen momento para que los Estados empiecen a invertir en campañas de salud pública para la prevención de enfermedades. “Hay que informar a la gente de que hay que ponerse en forma y mejorar la alimentación, porque eso está relacionado con una mejor salud y una menor predisposición a desarrollar enfermedades” (párr.13). Se insiste en que también necesitamos ciudades menos contaminadas, con más zonas verdes, en las que se mejoren las redes de transporte público. Aseguran que un nuevo estilo de vida volcado hacia la prevención y el cuidado íntegro del medio social repercutirán en menos enfermedad y mayor bienestar en la población. “No podemos esperar de brazos cruzados a que llegue la vacuna. Es el momento de pensar cómo queremos vivir durante y después de la pandemia” (párr.13).



Referencias bibliográficas

- Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) Comité español. (octubre de 2017). UNHCR-ACNUR. https://eacnur.org/blog/la-diferencia-pandemia-epidemia-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20RAE%2C%2ouna%20epidemia,un%20gran%20n%C3%BAmero%20de%20personas
- Dechile.net. (2020). Pandemia. <http://etimologias.dechile.net/?pandemia>
- Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico. (2020). dicciomed. <https://dicciomed.usal.es>
- La Vanguardia. (16 de octubre de 2020). La Vanguardia. <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20201016/484100587900/covid-pandemia-sindemia.html>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>
- Plitt, L. (9 de octubre de 2020). BBC News mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54386816>
- Redacción médica. (11 de marzo de 2020). Brote de Covid 19 a nivel mundial. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pandemia-brote-de-covid-19-nivel-mundial-segun-oms-1895>



La Justicia Indígena en la comunidad de Tuntacto (Ecuador): moral o Derecho

Indigenous Justice in the community of Tuntacto (Ecuador): moral or Right

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 21 de noviembre de 2022

Aceptación: 3 de diciembre de 2022

Tatiana Ortega Armas

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.11>

Resumen:

Este texto analiza el caso de la comunidad Tuntacto, población que de acuerdo con su cultura ancestral practica procesos de justicia indígena ante determinadas conductas que son consideradas delitos dentro de su “jurisdicción”. El análisis de este contexto permite explorar las diversas formas de aplicar la justicia indígena. Si bien dichas prácticas tienden a vulnerar los derechos humanos de los habitantes, no es menos cierto que quienes delinquen deben recibir una pena por el cometimiento de un determinado crimen. La aplicación de la Justicia Indígena en lugar de la Justicia Ordinaria ha sido cuestionada por quienes la consideran antepuesta a los derechos humanos. Sin embargo, la Constitución Ecuatoriana acepta como válidos los sistemas jurídicos propios de los Pueblos Indígenas existentes en sus territorios. Este reconocimiento implica una serie de retos y tareas, entre los cuales está la emisión de legislación secundaria que regule los mecanismos por los cuales la jurisdicción indígena se relacionará con la jurisdicción ordinaria. Ecuador es un país multicultural en el que se requiere adoptar nuevos enfoques para solucionar la referida problemática, estableciendo principios doctrinarios que armonicen la justicia ordinaria y la justicia indígena. El presente análisis se basa en la interpretación de la relación entre la ley y los sistemas jurídicos mencionados partiendo desde la necesidad de brindar alternativas de formación en la justicia jurídica. Estas alternativas deben estar enmarcadas en una formación social que permita establecer directrices para la defensa de los principios de justicia y respeto a la cultura de los pueblos indígenas que contribuya a alcanzar niveles superiores de oportunidades sociales para los ciudadanos.

Palabras clave:

Justicia indígena; vulneración; Derechos; cultura; conducta; delito



Abstract:

This text analyzes the case of the Tuntatacto community, a population that according to its ancestral culture practices indigenous justice processes about certain behaviors that are considered crimes within their “jurisdiction”. The analysis of this context allows us to explore the different ways of applying indigenous justice. Although these practices tend to violate the human rights of the inhabitants, it is also true that they must receive a penalty for the commission of a specific crime. Which constitutes a question on the application of Indigenous Justice instead of Ordinary Justice and the opposition to human rights. The Ecuadorian Constitution accepts the validity of the legal systems of the Indigenous Peoples existing in their territories. This recognition implies a series of challenges and tasks, among which is the issuance of secondary legislation that regulates the mechanisms by which the indigenous jurisdiction will be related to the ordinary jurisdiction. When talking about the communities that belong to Ecuador we know that it is a multicultural country, in this sense it is necessary to adopt new approaches that solve the aforementioned problem establishing doctrinal principles on which should be based the harmonization in the ordinary justice and indigenous justice. This analysis consists of the interpretation of the law and the interaction on said systems starting from the need to provide training alternatives in legal justice framed in a social formation that allows establishing guidelines for the defense of the principles of justice and respect for the culture of indigenous peoples that contributes to achieving higher levels of social opportunities for citizens

Keywords:

Indigenous justice; infringement; Rights; culture; conduct; crime



Introducción

La Justicia Indígena en el Ecuador se origina en los grupos humanos que preservan sus culturas tradicionales. Estos grupos se resisten a la aplicación de la Justicia Ordinaria en caso del cometimiento de una conducta que se considera delito dentro de cada cultura. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha convertido en un fenómeno de impacto. Con relación a esto, el 18 de septiembre del año 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹, reconociéndoles a estos entes colectivos el derecho a la libre determinación; es decir, el derecho a decidir autónomamente su modo de vida y organización. En 1998 el movimiento indígena ecuatoriano alcanzó uno de sus objetivos al lograr que se plasme en la Constitución en el Art. 1 la frase “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (Constitución Política del Ecuador, 1998, p.14). Con ella, se establece que la Justicia Indígena está sujeta no solo a sus propias normas sino a unos límites invisibles, los cuales deben respetarse por ser garantías de todo ser humano. Dentro de esos límites está el Derecho a la no agresión física ni psicológica. Esto implica uno de los mayores problemas frente a la aplicación de la Justicia Indígena pues la sociedad y la Defensoría de los Derechos Humanos la ha cuestionado. Concretamente, ha creado la falsa expectativa de que la Justicia indígena tiene como fin el linchamiento, acción que van en contra de los Derechos Humanos.

Ecuador es el primer país en poner la lengua indígena como lengua nacional en la Constitución y usarla conforme lo establece el Artículo 171:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los

¹ A pesar de que las Declaraciones de la Asamblea General no son vinculantes para los Estados miembros, su validez debe apreciarse en tanto son muestra de la corriente de opinión predominante de la comunidad internacional en un contexto histórico determinado, así como en el compromiso moral asumido por los Estados que dieron su aprobación al texto . 2 Cabedo Mallol, Vicente. «De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena». *Política y Cultura*, primavera 2004, núm. 21, pp. 73-93.

mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.92).

Creando un precedente a lo largo de la historia, en el año 2008, la Constitución nombra a la Justicia Indígena permitiendo que los ciudadanos de los pueblos indígenas tengan deberes y responsabilidades sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley. Según Willem Assies (1999), la justicia indígena -para ser integrada como un sistema de justicia igual al ordinario- no puede ser entendida como prística o como parte de un pasado ancestral, sino como un proceso que se constituye a partir de coyunturas políticas en movimiento.

En este estudio, se parte de los logros que han conseguido los pueblos indígenas en los ámbitos de los derechos colectivos y el manejo de programas de desarrollo social y económico, en los cuales aún subsisten situaciones de rezago y de acceso desigual a los frutos del desarrollo. Pese a los avances de los programas de educación intercultural bilingüe y de la ampliación de la cobertura de los servicios de justicia, salud y saneamiento ambiental, los datos sobre mortalidad, fecundidad y migración revelan que los pueblos indígenas viven situaciones parecidas a las que imperaban en la sociedad ecuatoriana hace cincuenta años.

El Derecho viabiliza la igualdad pero también la restringe. Según Michel Foucault (1992), el Derecho es un mecanismo de control que permite, junto a la ciencia y a la Ilustración, clasificar e institucionalizar las 'desviaciones' de lo que se considera como 'normal'. De la misma manera en que difunde la igualdad, también promulga la discriminación. Esto es justamente lo que sucede con la justicia indígena, porque a pesar de los avances a favor de la existencia de una verdadera legalidad, este sistema de justicia no es considerado por los funcionarios como un sistema de igual "statu" que el sistema de justicia ordinario sino que, por el contrario, es percibido como inferior. La investigación planteada contribuye a generar un modelo para entender la importancia de la Justicia Indígena y el derecho que los asiste, con base en un análisis jurídico sobre la contraposición existente entre ella y la Justicia Ordinaria cuyo fin es evitar la vulneración de derechos fundamentales y posibilitar su autonomía e igualdad.

Marco teórico

Al hablar de justicia indígena es hablar de aquellas prácticas ancestrales resultantes de las costumbres de cada comuna, pueblo y nacionalidad indígena en las que las autoridades elegidas por sus habitantes regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflictos que se desarrollan dentro de su comunidad. Es importante señalar que las sanciones y el procedimiento deben estar acorde con la cosmovisión de las comunidades indígenas, por que las relaciones entre los habitantes de dichas comunidades son funda-



mentales, en el caso de que haya que resarcir los daños. En ese caso, la toma de decisiones depende de la Asamblea Comunal; mas no, de la sola autoridad. La Constitución de la República de Ecuador reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de su sistema legal o derecho, con sus propias normas, autoridad y procedimientos. Todas las constituciones ponen límites al reconocimiento del derecho consuetudinario en correspondencia con los límites que también imponen el convenio 169 de la OIT, referidos a la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Sin embargo, la última década del siglo XX ha estado marcada por las reformas constitucionales que reconocen el derecho consuetudinario indígena. Las referidas leyes deberán atender principalmente los mecanismos de coordinación o compatibilización entre la jurisdicción especial indígena y el sistema ordinario. Del mismo modo, aquellos mecanismos que permiten la coordinación entre las funciones de justicia indígenas y los poderes del estado, tal como lo señalan las constituciones reformadas. Esta coordinación permite establecer procedimientos para solucionar las incompatibilidades que pueden surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, como indica el convenio 169 de la OIT.

La Constitución vigente, en el artículo 171, faculta que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y en su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. El Estado debe garantizar que las decisiones de las jurisdicciones indígenas sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones deben estar sujetas al control de constitucionalidad. La ley debe establecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. La ley permite reconocer la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Entre otros términos, se denomina sistema jurídico al sistema de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social. El pluralismo jurídico está justificado por la existencia de diferentes culturas, cada una con su propia identidad y coherencia para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia. Los principios en los cuales se fundamenta el Derecho Indígena en Ecuador se basan en la relación armónica de los miembros de una comunidad. Estos principios son: Ama Quilla = no ser ocioso; Ama Llulla = no mentir; Ama Shua = no robar (Chávarry, 2014). El pensamiento filosófico de cada pueblo indígena guía la convivencia social de sus miembros y está sustentado en el pasado ancestral que determina el presente y se proyecta al devenir de los nuevos tiempos.

Según María Fernanda Soru (2012), para el conocimiento de cada comunidad, el tiempo es circular. Cada periodo llega a eliminar lo malo, curar lo enfermo. Así, la concepción espiritual cósmica de la comunidad concibe una renovación constante, teniendo como punto de origen la PACHA MAMA (madre la tierra). Esta concepción influye en el derecho de los pueblos indígenas, su armonía natural se refleja en la armonía social de respeto a todos los integrantes de la familia comunitaria liderada por los mayores, quienes protegen el equilibrio social.

En el derecho indígena se maneja el mecanismo de oralidad, mediante la transmisión vivencial de generación en generación. Las normas del derecho indígena han sobrevivido por siglos. Algunas de ellas han sido combinadas con las normas del derecho liberal. Sin embargo, en algunos preceptos se mantienen intactos; por ejemplo, la utilización de la ortiga en los niños, el látigo, el baño de agua fría y las rampas de penco en los cuerpos de los adultos. La justicia indígena es histórica pero no es estática. Se ha posibilitado un proceso de adaptación a las nuevas circunstancias y avanza según la realidad histórico-social. Algunas normas son inquebrantables, por ser principios plenamente validos en el pasado. Son reconocidas en el presente y serán útiles y aplicables en el futuro.

Para los pueblos y comunidades, la justicia indígena no representa una violación de los derechos humanos, pues somete estos procesos judiciales a los acuerdos internacionales actuales; además, respeta el debido proceso. Los miembros de las comunidades reconocen que la justicia indígena tiene algunos errores; sin embargo, ellos consideran que es mucho mejor que la justicia ordinaria (Encalada, 2011). Se piensa que los castigos impartidos en el marco de la aplicación de la Justicia Indígena son un correctivo y no una represión. Además, se la aprecia por ser rápida en su proceso y, sobre todo, por ser conciliadora. Cuando no se permite a los pueblos y nacionalidades indígenas ejercerla, se les violan sus derechos.

Si bien la OIT, en el convenio 169, reconoce el ejercicio de los derechos humanos -es decir, el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales sin impedimentos de ninguna naturaleza-, hay que entender los derechos humanos en su interpretación y su aplicación en función del gran horizonte de la interculturalidad. Según, María Teresa Sierra (2004), por varias generaciones, los jueces de paz comunitarios se han encargado de activar la justicia indígena en sus localidades; pero para ello, si bien se ha recurrido a procesos de diálogo y conciliación en lengua náhuatl, se han producido articulaciones ambiguas con el orden jurídico del Estado y con discursos globales sobre los derechos humanos, los derechos de las mujeres y los derechos indígenas.

Según Claudia Chávez (2008), al fungir como una de las principales autoridades del sistema comunitario de cargos y, a la vez, encarnar el cargo oficial-estatal de jueces de paz, estas autoridades de identidad híbrida han quedado al



margen del proceso de las reformas locales en materia indígena. La denominación justicia de paz ha servido al Estado para encubrir la identidad indígena de esos funcionarios ubicados en ámbitos rurales, eludiendo su obligación de proporcionarles el reconocimiento y los recursos que les corresponden por tratarse de autoridades indígenas.

Todos los pueblos, comunidades y nacionalidades poseen territorios que el Estado reconoce y garantiza la protección y la preservación del medio ambiente; por lo tanto, tienen derecho a ser consultados sobre los planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos en la participación de los beneficios de esos proyectos y en la recepción de indemnizaciones en el caso de existir perjuicios. Los Derechos Humanos se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables, en un marco universal e igualitario. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), en su primer artículo de los 30 que integran el texto, expresa que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Asegura que todos estamos dotados de razón y conciencia y que esto compromete a comportarnos de manera fraterna los unos con los otros.

La Declaración defiende que nadie sea sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asegura que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como a la de opinión y de expresión. En la actualidad, los Derechos Humanos tienen dos finalidades: por un lado, son el fundamento del desarrollo integral de la persona; y por otro lado, proporcionan la base sólida de la organización, equilibrio y control social. De esta manera, la igualdad y la libertad son los dos conceptos claves de la dignidad humana. La finalidad de los Derechos es mantener ese equilibrio social. La justicia indígena contemplada en la Constitución del Ecuador se encuentra en conflicto con los derechos humanos. Las autoridades indígenas, al igual que los jueces ordinarios, están en la obligación de prestar las garantías necesarias para que se respeten los mínimos jurídicos establecidos, a fin de que los derechos humanos sean el principal centro de atención e impedir que, en la práctica, se violen las normas del debido proceso penal.

El objetivo del proceso penal respetar los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que sea investigado o cuya conducta sea juzgada. Existen casos en los que ciertas comunidades indígenas no están cumpliendo con lo prescrito por la Constitución, pues hay momentos en que sus métodos para averiguar la verdad, procedimientos y sanciones violan los derechos humanos, incluso, las normas internacionales que reconocen los derechos indígenas. Según el Convenido 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), se establece que los pueblos indígenas y tribales deberán conservar sus costum-

bres e instituciones propias con excepción de que estas sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o violenten los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Cuando se irrespetá un derecho, la justicia indígena llega a ser confundida con el ajusticiamiento por mano propia. Esto significa que en la práctica es una flagrante violación a los derechos humanos y a los derechos jurídicos. Por ejemplo, el Derecho a la Vida. La vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte; por lo tanto, la sanción no puede ser la muerte. Otro ejemplo es el Derecho al debido proceso. Como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o a través de terceros. Además, el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad. También se puede considerar el ejemplo del Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles. Este es un derecho de todas las personas; por ende, las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición. Relacionado con el anterior está también el Derecho a la no agresión física ni psicológica. Frente a este derecho, la Justicia Indígena ha sido la más cuestionada por la sociedad y por las instituciones de defensa a los derechos humanos, porque se han realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades y de los pueblos indígenas.

Actos como el baño en agua fría, el ortigamiento² o los latigazos, penas como el trabajo en beneficio de la comunidad o de la familia del ofendido, tienen como fin la sanación y purificación espiritual del autor de la falta, recuperar el equilibrio y la armonía al interior de la comunidad, de acuerdo con la cultura indígena. Pero, asimismo, para quienes forman parte de la “cultura no indígena u occidental”, estos actos pueden ser considerados como actos de tortura, bárbaros, crueles, degradantes o humillantes, dado el “choque cultural” que se provoca. Esto implica que quienes pertenecemos al mundo occidental tenemos una escasa apreciación intercultural de la justicia indígena. Pensamos que quienes la practican aún quieren institucionalizar la “ley del Talión” o lo que se llama “justicia por mano propia”.

Una vez aprobada la Constitución Política de 1998 y, posteriormente, la del 2008, no ha existido la suficiente capacidad y voluntad jurídica y política, para crear una ley orgánica que regule el ejercicio, la coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones. Esto implica que desde el reconocimiento Constitucional de 1998 en el Ecuador, ya son diez años en los que no se ha cumplido con el mandato Constitucional de crear una ley que establezca los mecanismos

² Consiste en baños de agua helada con ortiga, la misma que al tener pelos y espinas, liberan una sustancia ácida que produce escorzo e inflamación en la piel, el sufrimiento del castigo tiene como finalidad purificar el cuerpo y mente de quien cometió un delito.



de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como lo prescribe el Art. 171 de la Constitución actual. Esto ha llevado a tergiversar o confundir el derecho indígena con la conocida “justicia por mano propia” que, en la teoría y la práctica, son dos cosas muy diferentes. A continuación de la presente investigación, constan dos casos en los que se extralimita la justicia indígena, llegándose a vulnerar derechos fundamentales.

Esta falsa interpretación se da por el descontento social en torno al funcionamiento de la Justicia Indígena. También, existe una escasa confiabilidad hacia la función judicial que se extiende sobre este otro tipo de administración de justicia. Un argumento que apoya esta desconfianza es la descomposición social que se respira, en los mal llamados Centros de Rehabilitación Social de nuestro país. Para efectos de un breve análisis, presentamos, de entre tantos, tan solo dos ejemplos de justicia por mano propia.

En la tabla 1, se muestra un análisis sobre dos casos prácticos reportados por el diario El Universo en el año 2010 y que fueron juzgados a través de Justicia Indígena en dos jurisdicciones que, pese a ser diferentes, evidencian similitud al momento de su juzgamiento.

Tabla 1.

Aplicación de Justicia Indígena

Delito	Jurisdicción	Juzgamiento	Víctima	Derechos vulnerados
Asesinato	Hecho sucedido en la Cocha, una comunidad indígena situada en los páramos a 3.500 metros de altura, en el cantón Pujilí, 90 kilómetros al sur de Quito (1)	Este joven fue bañado en agua helada, ortigado y sometido a latigazos, acompañado de insultos, sobre todo de los familiares de la víctima.	Orlando Quishpe	Derecho a la vida. Derecho a la legítima defensa.
Asesinato	Hecho sucedido en la localidad de Loreto, perteneciente a la Provincia de Orellana (2)	Linchamiento, asesinato y calcinamiento de dos cuerpos.	Víctor Naranjo y Pedro Velasco Morejón	Debido Proceso.

El primer caso sí amerita un estudio antropológico, social y cultural, puesto que este juzgamiento se hizo conforme al derecho propio de la comunidad de la Cocha. Se usó un procedimiento y medios propios. Es decir, se aplicó el derecho penal indígena en toda su dimensión, respetando derechos y garantías establecidas en nuestra Constitución y en tratados y convenios internacionales. Por último, se consiguió los fines que persigue el derecho, conforme al principio de interpretación intercultural. Por lo tanto, es procedente llamar a este caso derecho indígena.

En el segundo caso, no cabe duda, que se aplicó la conocida Ley del Talión como la denominó el jurista romano Cicerón. En primer lugar, se violó el consustancial derecho a la vida, inherente a todo ser humano. Esto implica que no se respetó los límites establecidos por nuestra Constitución. Considerando un análisis más concienzudo, se puede decir que en este caso se debió aplicar la pena con mejor criterio. Primero, considerando la competencia territorial, llama la atención que a quien se flageló y asesinó fue a dos personas mestizas quienes, sin duda alguna, debían someterse a la jurisdicción ordinaria. Al menos debieron ser consultadas a que jurisdicción creían que debían ser sometidas; esto sí, con la intervención de un fiscal indígena puesto que el cometimiento de esta infracción fue en contra de una persona indígena. Segundo, el fin único de la justicia indígena no puede ser jamás dar muerte a un infractor porque sería considerada como extralimitación. No solo se está violando enunciados consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por nuestro país; sino también, vulnerando el mismo derecho a la vida consagrado en el Art. 66 numeral 1 de nuestra Constitución.

Estos son hechos que podrían llevar a las víctimas de estos abusos, familiares e incluso tercera personas a plantear una acción extraordinaria de protección. Recordemos que el mismo artículo 65 de La ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGCC) incluye también la acción extraordinaria de protección contra decisiones de las autoridades indígenas. Esto es adecuado considerando que, de acuerdo al artículo 171 de la Constitución, tales decisiones resultan también de funciones jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas, pero que se hallan también bajo el control constitucional. Así también, la acción extraordinaria de protección no debe convertirse en un medio institucionalizado de violación de la autonomía porque la propia Constitución reconoce la justicia indígena.

Estos casos de justicia por mano propia o los conocidos “linchamientos” no son casos de administración de justicia indígena. Existen normas, procedimientos sumarios de carácter público y colectivo expresado en las Asambleas Comunales así como autoridades competentes como los cabildos para resolver un conflicto que debe ser observado y respetado por la justicia indígena. Dentro de la etapa procedural, las partes deben presentar las pruebas de cargo o de descargo,



solicitar la comparecencia de testigos, pueden realizarse careos, la autoridad puede decidir la conformación de comisiones investigativas si el caso lo requiere a fin de establecer el grado de responsabilidad y, luego, dictaminar la sanción correspondiente. Es decir, los autores de este delito de asesinato, por sentido común, tienen que ser enjuiciados penalmente por la justicia ordinaria. Pues, justicia indígena no es linchamiento, mucho menos justicia por mano propia.

Abordaje del trabajo

El estudio de la Justicia Indígena es tremadamente complejo (Santos B., 2012). Cada comunidad tiene su propia realidad (Carlsen, 1999), de ahí que los estudios no sean reproducibles. Estos sistemas jurídicos obedecen a distintas realidades socioculturales o antropológicas con identidad propia. En el presente trabajo se ahonda una realidad transversal teniendo presente, a su vez, la dificultad en la obtención de información. En esta situación como señala Alvarez-Gayou (2003):

Es la época del investigador solitario que se trasladaba a un lugar lejano, sufriendo las penurias y dificultades del trabajo del campo, y recogía sus datos para después regresar a escribir un reporte objetivo de sus hallazgos... (p.5).

Sin embargo, en ello radica el desafío de esta investigación: que al final nos permita entender mejor las prácticas de administración de justicia en la Comunidad Tuntacto, dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho vigente. Sobre todo, entenderla en relación con una marcada desigualdad que aún afecta a los indígenas y que persiste en la actualidad. Según la Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 2 (2008):

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación... (p.17).

El problema no radica, únicamente, en lo estipulado en la Constitución, leyes vigentes y códigos como lo señala Ferrajoli (2008), sino en la dificultad de pensar en la existencia de una interpretación neutral. Por tanto, se evidencia que este vacío no solo controla el cumplimiento de las leyes, además hace evidente la arbitrariedad que existe al interpretar las mismas. Este vacío debe

ser entendido como un instrumento que no sólo controla el cumplimiento de las leyes sino que permite entrever la arbitrariedad existente en la interpretación de las mismas. Los funcionarios de justicia son sujetos eminentemente históricos, cuya interpretación y práctica de la ley están influenciadas por el Estado Constitucional de Derecho y por las características socio culturales que influencian su interpretación.

Mi hipótesis es que esta interpretación subjetiva no está apartada de las desigualdades que existen en la sociedad. De ahí, la imposibilidad de plantear la existencia de igualdad ante la ley. En la presente investigación se utiliza como técnica de estudio una encuesta, aplicada el 13 de noviembre de 2018, en la comunidad Tuntatacto, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo. Esta encuesta estuvo dirigida a los miembros del Cabildo de la Comunidad, en la cual fungía en calidad de presidente el Señor Enrique Farez; como vicepresidente, el señor Segundo Pilco; como secretario, el señor Rodrigo Pilco; como tesorero, el señor Olguer Guamán; y como síndico, el señor Asunción Acán. Se realizó un estudio cuantitativo a través de un cuestionario que permitió recoger los datos cuyo análisis evidencia la Justicia indígena consiste en un derecho adquirido para los pueblos indígenas y que está legalmente reconocido por la Constitución de la República del Ecuador.

Administración de Justicia en la Comunidad de Tuntatacto.

El trabajo de campo realizado en Tuntatacto nos deja observar que en la administración de justicia en esta comunidad intervienen una serie de actores e instancias que complejizan su ejercicio. Según Boaventura de Sousa Santos (2003) “(e)stamos volviendo a la existencia de un pluralismo jurídico” (p. 233). Con esto se refiere a los desafíos que enfrenta el Estado en un contexto multicultural. En la comunidad Tuntatacto, que por su jurisdicción es “(t)erritorio en que un juez o tribunal ejerce su autoridad” (Cabanellas, 2003, p.177), y que corresponde a la Unidad Multicompetente del cantón Guano, existe un centro de mediación. Sobre él, la doctora Verónica Logroño (2018) manifestó que su labor aparece como alternativa frente a la búsqueda de soluciones de los conflictos pero evitando el aparataje judicial. Esta funcionaria planteó que la mayoría de usuarios del centro de mediación son personas mestizas quienes acuden a solucionar sus conflictos. No lo hacen así, los indígenas. De acuerdo con su testimonio, ellos evaden esta forma de resolución de conflictos porque prefieren resolverlos dentro de su respectiva comunidad. Para hacerlo, proceden de acuerdo a sus propias formas de organización y estructuración social comunitaria que, por lo general, es la Asamblea Comunitaria.



Cabe mencionar que la justicia ordinaria y los centros de mediación son dos instancias que no están separadas, sino que coexisten paralelamente. Esto resulta interesante si consideramos cómo la justicia ordinaria se relaciona con todos los actores que influyen en la administración de justicia y que la justicia indígena también se visibiliza como absolutamente distinta al sistema de justicia ejecutado por el Estado. Uno de los problemas que enfrenta la justicia indígena, en los casos que se refieren al ámbito penal, se da debido a la existencia de conflictos de jurisdicción entre ésta y el sistema de justicia ordinaria. La dimensión jurídica es tal vez el nivel de análisis menos interesante cuando se pretende reconstruir una discusión signada por un sin número de escenarios posibles.

Según, la Tabla 2 Normas, aborda si la comunidad Tuntatacto cumple con las normas establecidas en la Constitución evitando la distorsión en sus contenidos y la relevancia que representa que la diversidad se traduzca en nuestra legislación.

Tabla 2

Normas

¿Se cumplen con las normas de la Constitución en la comunidad Tuntatacto?		
Nada	1	5%
Poco	2	69%
Bastante	3	22%
Total acuerdo	4	4%

Fuente. Elaboración propia a partir de una encuesta realizada en la Comunidad Tuntatacto – cantón Riobamba- Provincia de Chimborazo.

Casi dos tercios de la población consideran que la Constitución no se cumple o se cumple muy poco (74%), mientras que apenas un tercio de la población piensa que se cumple. Con esto, se refuerza la tesis de que el problema no es tanto la constitución o los principios vigentes en ella, sino quienes garantizan su cumplimiento. De ahí, la pertinencia de un estudio antropológico acerca de la cultura de los funcionarios de justicia. Este estudio ayudaría a entender la imposibilidad de la igualdad ante la ley como principio vigente en la Constitución ecuatoriana. Principalmente, esta imposibilidad se expresa en las representaciones y decisiones que se toman en los casos de justicia indígena. Dentro de su administración de justicia existen un sinnúmero de sanciones que no existen en la administración de justicia ordinaria: las multas, la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones, el baño con agua fría,



con ortiga, el fuete o látigo, trabajos en las comunidades, pérdida de derechos civiles y políticos. Excepcionalmente, se aplica la expulsión de la comunidad, al respecto Jesús Piñacue (1997) señala:

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una representación material, sanciones intangibles no tienen representación material más sí simbólicas, como la exposición pública y la imposición pública de las sanciones (p.32).

En la tabla 3 se expone la opinión de la Comunidad Tuntatacto del cantón Riobamba en la Provincia de Chimborazo en torno a la importancia de respetar las normas de Derechos Humanos en la aplicación de sanciones indígenas. Los resultados muestran la falta de uniformidad en cuanto a los criterios escogidos por los encuestados.

Tabla 3

DD.HH

¿Hay momentos en los que es necesario desobedecer los Derechos Humanos con respecto a la aplicación de la justicia indígena?			
Muy en desacuerdo	En desacuerdo	De acuerdo	Muy de acuerdo
1	2	3	4
10%	38%	44%	8%

Al sumar los porcentajes de las personas que están muy de acuerdo o de acuerdo con la idea de que es necesario desobedecer la ley, resulta que más de la mitad de la población de Tuntatacto da por sentada la posibilidad de hacerlo. Esto se explica por el hecho de que la cosmovisión andina de los pueblos y nacionalidades indígenas, aunque tienen un sistema de derecho, este no como el de la sociedad blanco-mestiza. El derecho de los pueblos indígenas se llama costumbre jurídica y ha permitido el normal desarrollo y el control social efectivo de sus componentes. Tiene como característica la oralidad y se encuentra presidido por autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes.

Este sistema jurídico propio de los indígenas se sustenta y se fundamenta en la preexistencia de un derecho o costumbre. De ahí se entiende que los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio. De esta



manera, frente a un conflicto, las autoridades buscan medidas para restablecerlo a través de una compensación o resarcimiento del daño. Además, imponen un castigo para sentar un precedente para los miembros de la comunidad.

En la tabla 4, observamos que la percepción de la población de la comunidad de Tuntatacto es que sí hay respeto por parte de la justicia ordinaria hacia las sanciones que impone la justicia indígena frente al cometimiento de un delito dentro de la comunidad.

Tabla 4

Percepción de la comunidad sobre el respeto a las sanciones impuestas por la justicia indígena

¿La justicia ordinaria respeta la sanción impuesta por la justicia indígena frente a un conflicto dentro de la comunidad Tuntatacto?		
Poco	1	3%
Bastante	2	20%
Total acuerdo	3	77%

El hecho de que el 97% de los participantes en la encuesta aplicada crea que la justicia ordinaria respeta las decisiones adoptadas por la justicia indígena implica que considera que ella tiene competencia para castigar determinado delito dentro de la comunidad. Esto resulta aún más relevante toda vez que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no pueden ser conocidas por la justicia ordinaria. Según el Código Orgánico de la Función Judicial Artículo 345 (2018).

Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenara el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena (párr.16).

La justicia indígena se aplica en la comunidad Tuntatacto de acuerdo a sus costumbres y reglamentos ancestrales, en los cuales se establece que se castiga al autor por el cometimiento de un determinado delito o infracción obteniendo de esta forma restablecer el orden y la paz social. La sanción se realiza a través



de métodos de saneamiento y purificación bajo la supervisión de las autoridades indígenas, quienes colectivamente con el Cabildo, son los encargados de cumplir y hacer cumplir las normas legales y reglamentos existentes en la comunidad. Esto promueve la pluriculturalidad de acuerdo con la cosmovisión andina, en armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad. Según, el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial (2018).

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

En este contexto, diremos que la justicia indígena implica un proceso de sanación y purificación a diferencia de la justicia ordinaria que es sancionadora y que implica una pena establecida en las diferentes leyes y normas existentes en nuestro país. Para mayor entendimiento y compresión la justicia indígena se debe considerar que esta surge como un mecanismo para afianzar y garantizar los valores y principios de los aborigenes, velar por el cumplimiento de sus deberes y derechos, y mantener el respeto y la armonía entre los seres humanos.

Conclusiones

La presente investigación evidenció que, en la actualidad, existe un conflicto jurisdiccional entre la justicia indígena y la ordinaria al momento de administrar justicia. Esto marca una brecha significativamente importante ya que el Estado, a través de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza la libre ideología de los pueblos indígenas al momento de administrar su derecho propio en el juzgamiento de las infracciones o malas prácticas de convivencia. Del mismo modo, vela porque las resoluciones emitidas en las asambleas generales se respeten y que, por ningún concepto, sean vulneradas. Esta investigación ha aportado conocimientos sobre el conflicto jurisdiccional existente entre la justicia indígena y la ordinaria. Por tanto, lo escrito en las leyes, si bien es necesario, nunca es suficiente para lograr cambios verdaderos sin un mecanismo de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.



Referencias bibliográficas

- Chávarry, W. (2014). Ética y moral en el Perú incaico. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 303-318.
- Sierra, M. (2004). Interlegalidad, justicia y derechos en la Sierra Norte de Puebla. CIESAS, 115-18.
- Álvarez, J. (2003). Cómo hacer investigación cualitativa. <http://biblioteca.udg-virtual.udg.mx/jspui/handle/123456789/3750>
- Assies, W. (1999). El Reto de la Diversidad. El Colegio de Michoacán.
- Cabanellas, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta.
- Carlsen, L. (1999). Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición. *Revista Chiapas*, 2-17.
- Chávez, C. (2008). Los jueces de paz en el renovado campo judicial de Cuetzalan. Ciesas.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2018). Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la jurisdicción ordinaria. eSilec Profesional.
- Constitución de la República de l Ecuador. (2008). Justicia Indígena. Ediciones legales.
- Constitución Política del Ecuador. (1998). Principios fundamentales. Ediciones legales.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Derechos Humanos. Universitaria Ramón Areces.
- Ecuador Inmediato. (22 de 05 de 2010). http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=127017
- Ecuador Inmediato. (26 de 05 de 2010). http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=127223
- El Universo. (21 de 05 de 2010). La Cocha decidió no matar a acusado. <https://www.eluniverso.com/2010/05/21/1/1447/aplicara-castigo-muerte.html>
- Encalada, K. (2011). Racismo en la administración de justicia en el Ecuador. *Calamo*, 10-15.



- Ferrajoli, L (2008) *Democracia constitucional y los derechos fundamentales. Trotta.*
- Foucault, M. (1992) *La Genealogía y la historia. La piqueta.*
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Pueblos Indígenas y Tribales. Ginebra.*
- Piñacue, J. (1997). *Aplicación de la justicia autonómica del pueblo Paez. Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. CRIC, 31-52.*
- Procuraduría General de la Nación-Colombia. (2018). *Violencia sistémica contra defensores de Derechos Territoriales en Colombia. Sociopolíticas y Asuntos Socioeconómicos IEMP, 1-100.*
- Reyes, E. (2017). *El activismo social y sus particularidades en la educación social. EduSol, 61.*
- Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Desclée desarrollo.*
- _____. (2012). *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala.*



La necesidad de las cárceles agrícolas y sus actividades como rehabilitación social en Ecuador

The need for agricultural prisons and their activities as social rehabilitation in Ecuador

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 2 de diciembre de 2022

Aceptación: 20 de diciembre de 2022

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.12>

Andrea Marisue Tigrero Romero
Melany Ariana Sotomayor Peralta

Resumen:

Actualmente, en el Ecuador se vive una triste realidad regional relacionada con el sistema penitenciario: no se respetan los derechos de las personas privadas de libertad. Además, en las penitenciarías, faltan actividades que propicien la reinserción del individuo que ha cometido delitos y que tiene pena privativa de libertad de hasta 5 años. El objetivo de este trabajo es analizar cómo la implementación de cárceles agrícolas en Ecuador en las que se apliquen técnicas de productividad y resocialización podría ayudar a mejorar el sistema carcelario. El estudio se centra en el análisis de situaciones jurídicas particulares, casos concretos, siguiendo el método de inducción, para llegar a una proposición general a fin de considerar cómo sería una verdadera rehabilitación social. Además, con la ayuda del enfoque sistémico, se considera diversos elementos y relaciones que son parte del sistema jurídico penitenciario para proponer posibles soluciones, estableciendo cualidades que puedan fortalecer la rehabilitación de la persona privada de libertad.

Palabras clave:

Derecho penal, sanción penal, prisión, agricultura





Abstract:

Currently, in Ecuador there is a sad regional reality in its prison system. In which it consists of not respecting the rights of persons deprived of liberty. In addition, the lack of activities in penitentiaries for the reintegration of the individual who has committed crimes with imprisonment of up to 5 years, that is why the objective is to implement agricultural prisons in Ecuador so that productivity and productivity techniques are applied. resocialization, focusing on particular legal situations, concrete cases, according to the induction method, to arrive at a general proposal in order to achieve social rehabilitation. In addition, with the help of the systemic approach, it will allow us to consider various elements and relationships that are part of the prison legal system for the formation of solutions, establish qualities that can be strengthened for the rehabilitation of the person deprived of liberty.

Keywords:

Criminal law, criminal sanction, prison, agriculture



Introducción

La implementación de cárceles agrícolas como forma de rehabilitación social en Ecuador podría ser útil y necesaria, porque en nuestro país se vive una triste realidad regional en su sistema penitenciario: no se respetan los derechos de las personas privadas de libertad. Además, no existe una adecuada rehabilitación; es decir, en las cárceles, hay una ausencia de actividades dirigidas a la persona privada de libertad.

Por ende, este estudio argumenta que implementar las cárceles agrícolas beneficiaría la rehabilitación de las personas privadas de libertad que enfrentan penas de hasta 5 años de prisión. Esto porque, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, se estipula que para penas menores de cinco años y para ciertos delitos se puede aplicar sanciones diferentes a la prisión.

De acuerdo a Marcela Gutiérrez Quevedo (2016) “el énfasis en el castigo (y no en la rehabilitación) que tiene prioridad en las cárceles estadounidenses es uno de los elementos claves en términos de reincidencia. El estrés de sobrevivir en prisión puede llevar a la depresión y ansiedad.” En este contexto, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿la falta de cárceles agrícolas en Ecuador, con sus respectivas actividades, afecta la rehabilitación de las personas privadas de libertad que cumplen una pena privativa menor de 5 años?

En el Ecuador, las cárceles son lugares donde la inactividad gobierna. Esto no permite que el recluso pueda rehabilitarse. Implementar las cárceles agrícolas sería de gran beneficio porque se convertirían en establecimientos en donde se podría realizar trabajos de campo. Estos espacios cumplirían un papel importante, ya que darían lugar al aprendizaje y al trabajo. Darían la posibilidad de determinar actividades agrícolas para cada individuo que se encuentre cumpliendo con su sanción y tendría como objetivo que la persona privada de libertad tenga una mejor rehabilitación. De igual manera, las personas privadas de la libertad aprenderían dichas actividades, para que cuando se reintegre a la sociedad pueda trabajar en labores del campo y, por ende, sobrevivir y valerse por sí mismas. Para poder entender bien este tema debemos tener claro algunas definiciones relacionadas a las cárceles y el porqué de esta propuesta de implementar las cárceles agrícolas.

La pena

La pena es el resultado obtenido por cometer un delito que se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal. Dicho código, subraya la importancia de la pena para asegurar los derechos de la sociedad y evitar que exista ilegalidades e irregularidades en nuestro país.



Desde tiempos remotos el ser humano ha cometido infracciones que han traído el caos e in tranquilidad en la sociedad. Esto ha llevado al Estado a sancionar a todas las personas que cometan actos penalizados por la ley, para que así, los miembros de la sociedad que la han infringido no reincidan en estos actos. El Estado es el único órgano con capacidad y facultad para sancionar las infracciones.

El sistema Judicial tiene la capacidad de imponer una sanción penal, ya que la norma ha sido infringida y lesionada teniendo como consecuencia la vulneración de los derechos del ciudadano perjudicado. Por esto, el sistema tiene un arduo y difícil trabajo, ya que la pena debe de ser una medida de seguridad cuya finalidad es la de prevenir actos ilícitos.

Como estudiantes de derecho nos hemos dado cuenta, a lo largo de nuestra carrera universitaria y la correcta cátedra impartida por los docentes, que la pena es la consecuencia los delitos o actos ilegales que comenten los individuos. La pena tiene por objetivo batallar y darle fin al cometimiento de actos ilícitos. Por lo tanto, es también preventiva y no solo punitiva, ya que ayuda a los miembros de la sociedad a no cometer delitos y así, vivir en armonía.

Tipos de pena

En Ecuador, las penas se clasifican de acuerdo a la sentencia que se le impone al infractor. Pueden ser privativas, no privativas y restrictivas de los derechos de propiedad. Se entiende que las penas privativas de libertad son las que castigan a la persona condenada y la obligan a cumplir su condena dentro de un establecimiento. En este caso, en las cárceles. Además, pierden su libertad hasta terminar de cumplir la sanción. En nuestro país esta pena privativa puede durar hasta cuarenta años.

En Ecuador contamos con la pena restrictiva de los derechos de propiedad. Para hablar de esta pena, primero debemos recordar que el derecho de propiedad es el derecho y el poder legal de usar y disponer de los bienes que posee.

Sanción

La sanción es un fenómeno social que se puede observar en las actividades de cualquier grupo de personas. Es la reacción del grupo social ante el hecho de que uno de sus miembros esté violando las reglas que constituyen su función. Así, la sanción supone la existencia de un grupo social con cierto grado de organización, cuyos miembros pueden darse cuenta de que se ha violado una de las reglas de organización y darse cuenta de que se requiere una acción social para corregir la infracción.



Las normas jurídicas son producto de la vida humana en sociedad. Crean un marco para el desarrollo de la vida social y permiten la realización de ciertos valores morales de la naturaleza humana. El desempeño de estas normas jurídicas por parte de un individuo en un grupo puede ser voluntario o debido a presiones impuestas por el mismo grupo.

La sanción también permite asegurar la preservación del orden jurídico y social, ya que tiene un efecto preventivo. El individuo evita infringir la regla porque sabe que el daño que le ocurrirá será mayor que el beneficio que obtendrá con su comportamiento. Este efecto psicológico, que puede denominarse efecto disuasivo de la sanción, no puede subestimarse sino que, por el contrario, puede considerarse como el medio más completo para promover el cumplimiento de las normas.

Tipos de sanciones

Sanciones penales

Las sanciones penales son la máxima expresión del castigo que se le puede imponer a un individuo y su grado de dureza depende de la gravedad del delito o falta cometida. Las sanciones penales son, literalmente, penas punibles. Esto es para privar al delincuente de sus derechos legales.

Sanciones civiles

Estas penas tienen por objeto no sólo sustraer al demandado de sus derechos jurídicos, sino también liquidar o reparar el daño causado. Este tipo de sanción está consagrado en el derecho civil, que se rige por otras normas y leyes, aunque existen excepciones en las que puede imponerse sanción, como en el caso de los procesos penales. Las sanciones civiles se pueden aplicar en una variedad de circunstancias, como abandonar a una persona o cometer un delito contra su hijo, o causar o incitar al peligro mental o físico para hacerlo. En todos los casos se trata de la realización de actos ilegales.

Sanciones premiales

Las sanciones premiales son castigos que se aplican sistemáticamente a quienes infringen la ley, pero sus castigos pueden ser más leves o, como se les llama, premiales por coordinarse con las autoridades pertinentes que trabajan para resolver un caso relacionado. En este tipo de sanción, los imputados que accedan a cooperar con testimonios, pruebas y declaraciones de otros sujetos involucrados, se arrepientan y/o se entreguen y anuncien su decisión, pueden ser más o menos sancionados. La ley lo exigirá.



Sanciones sociales

La sociedad también puede actuar como regulador de las acciones que las personas pueden realizar. Las actitudes o acciones que no concuerden con las de una persona, ya sea que estén de moda, usen insignias o pancartas que contengan mensajes violentos o agresivos, o se comporten de manera inapropiada en relación con el sentido común, son punibles por la sociedad.

Cárceles agrícolas

De acuerdo con Gutiérrez (2016) la cárcel agrícola es un espacio destinado al cumplimiento de la pena de privación de la libertad. Generalmente, se encuentra en zonas rurales. En él, se desarrollan actividades que permiten la resocialización del recluso, como el trabajo y la educación. En nuestro país, no hay cárceles agrícolas, pero sí había programas agrícolas que fueron organizados por el Ministerio de Justicia y Agricultura. Se trató de espacios en los cuales se creó programas dirigidos a ampliar las actividades que las personas privadas de libertad podían realizar. Concretamente, se realizó talleres agrícolas los cuales fueron impartidos por profesionales en el ámbito de la agricultura.

Este programa tuvo el fin de crear áreas especiales para poder sembrar cualquier tipo de hortalizas. Este tipo de programas son aplicables como parte de la rehabilitación de la persona privada de libertad con cualquier tipo de pena privativa, porque les permite aprender una actividad nueva que, luego, pueden usarla como herramienta de trabajo.

La cárcel agrícola apareció por primera vez al Sur de Francia, se llamó Mettray, y fue diseñada por Demetz. Con la creación de este reclusorio, se buscaba rehabilitar a jóvenes a través del trabajo agrícola. Pero, la falta de apoyo económico llevó al cierre de esta cárcel en 1937.

Experiencias agrícolas en las cárceles del Ecuador.

En Ecuador, en el año 2014 se implementó un programa agrícola para las cárceles de nuestro país; aunque sin la ayuda de Ministerio de Justicia y Agricultura. Se creó un programa piloto para las personas privadas de libertad de la Penitenciaría del Litoral, en el que se realizó talleres agrícolas que fueron impartidos por técnicos con experiencia vinculados al Ministerio de Agricultura. La finalidad de estos talleres era crear áreas especiales para poder sembrar cualquier tipo de hortalizas y que, a la vez, la siembra fuera una actividad en que las personas privadas de libertad pudieran realizar. Se trataba de que a la vez de que estuvieran aprendiendo actividades nuevas, pudieran desarrollar sus habilidades.



Diferencia entre cárcel y cárcel agrícola

Se define a la cárcel como toda construcción diseñada para albergar a las personas a quienes se les ha comprobado que han cometido un delito. Es decir, lugares en donde las personas quienes son consideradas como delincuentes pagan sus penas con prisión, porque se las considera un peligro para la sociedad. Como se mencionó anteriormente, una cárcel agrícola es un espacio ubicado preferiblemente en la zona rural de una ciudad o país en donde se realizan solo actividades agrícolas.

Por eso se puede observar que existe una gran diferencia entre las cárceles y cárceles agrícolas ya que en la mayoría de las cárceles no existe una rehabilitación para la persona privada de libertad debido a muchos factores. En las cárceles de Ecuador no realizan de manera continua o definitiva la rehabilitación de sus privados de libertad ya que solo realizan talleres o cursos por cierto tiempo. De esa manera, no se cumple con lo que indica la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 78, que menciona:

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (p.52).

Como podemos observar en el artículo antes mencionado, la rehabilitación es importante para todo privado de libertad ya que lo ayuda a evitar que vuelva a incurrir en los mismos delitos y a que aprenda nuevas actividades que les serían de gran ayuda para cuando se reintegre en la sociedad.

De acuerdo en el artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el sistema de rehabilitación social tiene unos fines:

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad (p.102).

Este artículo, está estipulado en nuestra carta magna y debe ser cumplido para que, realmente, la persona privada de libertad tenga una rehabilitación correcta y puedan salir adelante y ya no volver a incurrir en el mismo delito.



El Código Orgánico Integral Penal, conocido como COIP, también menciona los derechos y garantías de las personas privadas de libertad: “Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. - Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Como podemos observar, en este artículo se menciona los derechos que tiene cada persona privada de libertad. Estos derechos deben prevalecer, pero actualmente en nuestro país no se cumplen con este artículo y estas personas no pueden exigir sus derechos. Es por eso que se considera importante la implementación de estas cárceles agrícolas en Ecuador. Esa sería la manera en que las personas privadas de la libertad puedan tener una mejor rehabilitación y aprendan otras labores.

Beneficios de implementar cárceles agrícolas

Implementar cárceles agrícolas sería de gran ayuda para nuestro país y para la sociedad. Creemos que con la implementación de estas cárceles podría existir más beneficios para los privados de libertad y, en especial, para los que tienen que cumplir una pena privativa de hasta cinco años de libertad. Uno de esos beneficios es el económico, ya que, al existir cárceles agrícolas, este lugar podrá vender los productos que son sembrados y cosechados por los privados de libertad. Así, ellos podrían ganar cierto porcentaje por las ventas realizadas. Y una de las condiciones que creemos convenientes es que este dinero sea acumulado; y ellos lo puedan recibir cuando cumplan con el tiempo de su sanción y estén en libertad para que puedan invertirlo o para algún otro uso.

Otro beneficio que se considera fundamental es la rehabilitación que tendrá en cárceles agrícolas. Al dedicarse a las labores del campo, el privado de libertad se mantendrá ocupado y tendrá nuevos ideales y pensamientos. Además, el objetivo de esta cárcel es que ellos cuenten con especialistas que los puedan tratar. Es importante que se sientan escuchados y, a la vez, puedan decir lo que piensan y sienten.

Al realizar los trabajos agrícolas, los privados de libertad tendrían horarios para dedicarse a dichas labores. Por ejemplo, las tareas pueden dividirse por grupos para que un grupo se dedique a sembrar y otro grupo a cosechar. Además, se les asignaría diferentes horarios y tendrían una hora de descanso para que también puedan almorzar. Además, su jornada laboral será de 8 horas diarias ya que se considera que los trabajos de campo llevan mucho tiempo y dedicación; y es una buena manera en que las personas privadas de libertad se encuentren ocupadas.



Además, las cárceles agrícolas en nuestro país ayudarían a la naturaleza, ya que habría más mano de obra para cuidar la tierra y los cultivos. También mejoraría la economía de nuestro país porque sería útil, al momento de querer exportar los productos que sean elaborados en estas cárceles agrícolas.

En otros países existen las cárceles agrícolas y, sobre uno de ellos, Ortiz (2018) , director de la Colonia Agrícola de Acacias, nos indica lo siguiente: “los reclusos que consiguen un trabajo a la intemperie tienen un descanso físico y psicológico; y los niveles de agresividad y ansiedad son bajos, pues el hecho de estar caminando en medio de la naturaleza los relaja” (p.1).

Metodología

El enfoque de la investigación es cualitativo. Usa un conjunto de técnicas de investigación que se utilizan para obtener una visión general del comportamiento y la percepción de las personas sobre un tema en particular. Genera ideas y suposiciones que pueden ayudar a entender cómo es percibido un problema por la población objetivo y ayuda a definir o identificar opciones relacionadas con ese problema (QuestionPro, 2021).

Para este trabajo de investigación de enfoque cualitativo, analizamos de forma textual los estatutos reguladores del sistema penitenciario en el Ecuador, a fin de conocer el actuar del Gobierno Nacional en las cárceles. Así, podemos observar la necesidad de implementar cárceles agrícolas en Ecuador, como mecanismo de rehabilitación social.

La investigación analizó la opinión de personas expertas en este ámbito de Derecho penal sobre la implementación de cárceles agrícolas en Ecuador. Estos especialistas aportan con sus conocimientos y las experiencias que han adquirido a lo largo de su carrera profesional.

Resultados

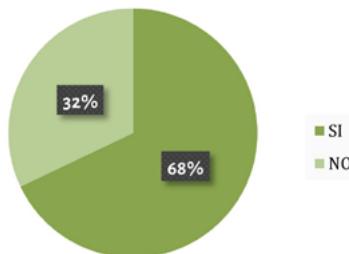
Para analizar la pertinencia sobre la implementación de las cárceles agrícolas en el Ecuador se realizó encuestas cuyos resultados se concentran en las siguientes preguntas:



1. ¿Ustedes tienen conocimiento sobre que son cárceles agrícolas?

Figura 1

Conocimiento de cárceles agrícolas

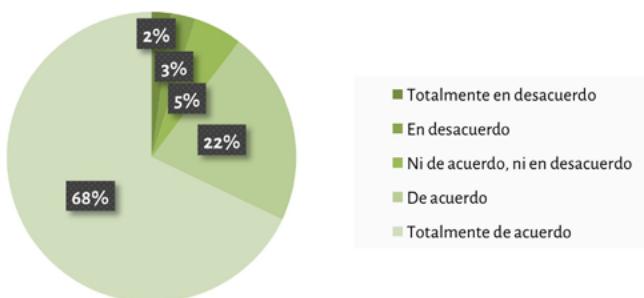


Nos pudimos dar cuenta que el 68% de los encuestados conoce o tiene un ligero conocimiento acerca de lo que son las cárceles agrícolas. Nos queda por tarea reforzar el conocimiento sobre las cárceles agrícolas, su funcionamiento y el servicio que brindan a las personas privadas de libertad. Esto, porque aún hay un 32% que desconoce todo acerca de cárceles agrícolas. Es decir, no existe ese conocimiento e, incluso, nunca han escuchado hablar sobre este tipo de cárceles que ya están implementadas en otros países y son de gran ayuda para la sociedad y para las personas privadas de la libertad.

2. ¿Estarían de acuerdo con implementar cárceles agrícolas en Ecuador?

Figura 2

Acuerdo entorno a la implementación cárceles agrícolas



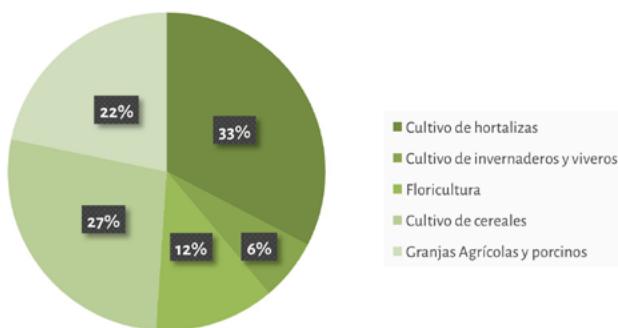


También se preguntó si estarían de acuerdo que se implementen las cárceles agrícolas en Ecuador, y el 68 % manifestaron que están totalmente de acuerdo en que se implemente cárceles agrícolas en Ecuador porque, actualmente, el sistema penitenciario se encuentra en una grave situación. Este porcentaje de los encuestados reconoce que el sistema penitenciario actualmente perjudica a los privados de libertad que están en estas cárceles por delitos menores y que no cuentan con una rehabilitación. El 5% de los encuestados indicó que no estarían de acuerdo. Y otro 5% no estaba ni en acuerdo ni en desacuerdo.

3. ¿Cuáles de las siguientes actividades agrícolas creen que serían las mejores para la persona privada de libertad con menor tiempo de pena privativa?

Figura 3

Tipos de actividades agrícolas.



El 33% encuestados indicaron que el cultivo de hortalizas sería el más propicio como actividad dentro de una cárcel agrícola. Es decir, el cultivo de legumbres y verduras. Asimismo el 27 % indicó que sería mejor el cultivo de cereales, el cual incluye el trigo, arroz y maíz, porque son parte de la alimentación diaria del ser humano. El 22% se pronunció a favor de granjas agrícolas y porcinas. El resto de encuestados indicaron otras actividades agrícolas.

Discusión

Si se llegara a implementar las cárceles agrícolas en nuestro país, consideramos que existiera una celeridad en la mejora de nuestro sistema penitenciario e, incluso, se crearían mecanismos que sean factibles para la rehabilitación del

privado de libertad. Además, la rehabilitación es un factor fundamental para una persona privada de libertad. Es importante porque lo ayuda a no reincidir en el delito antes cometido.

Entonces, al implementarse las cárceles agrícolas, los privados de libertad tendrían la oportunidad de aprender actividades y labores nuevas que serían de gran ayuda para su futuro al momento de buscar un empleo o en el reintegro a la sociedad.

Se considera que, si se llega a implementar este tipo de cárceles en Ecuador, es factible para el sistema penitenciario ya que no representa mucha carga para el Estado. Es decir, esta implementación no sobrepasaría el límite de las penitenciarias ya existentes en nuestro país. Las cárceles agrícolas serían de gran beneficio para ayudar a rehabilitar a personas que hayan cometido delitos menores y que, por tanto, estén pagando una pena de privación de libertad corta.

Conclusión

Ecuador vive, actualmente, un estado de emergencia en el sistema penitenciario porque un gran número de personas privadas de su libertad están en guerra para apoderarse de los predios o pabellones penitenciarios. Estas cárceles son para delincuentes que pueden ser sancionados hasta con hasta 5 años de prisión. Estas personas no deberían sufrir lo que actualmente están viviendo al estar sometidas al temor continuo. Además, las cárceles agrícolas pueden evitar que presos sentenciados a penas mínimas se vuelvan peligrosos porque las cárceles son sus escuelas del crimen. Actualmente, las cárceles no los están rehabilitando.

Al implementarse cárceles agrícolas en Ecuador, los privados de libertad también obtendrían ganancia con un cierto porcentaje de las ventas realizadas en esa cárcel y esta sería entregada al cumplir su sentencia. Esto se sugiere porque las actividades agrícolas se consideran un trabajo pesado; pero, que a la vez, pueden remunerarlos.

Para completar la rehabilitación carcelaria agrícola, la ubicación de estas cárceles es muy importante. Porque las personas privadas de libertad son fáciles de corromper. Y si estos centros están cerca de la comunidad, su rehabilitación será muy difícil. Esto nos permite concluir que la ubicación óptima para estas cárceles sería una de las Islas del Archipiélago Galápagos. Por su ubicación alejada de la ciudad. Y para ser verdaderamente libre, esta les daría una completa recuperación. Solo así se puede asegurar su reinserción social y en una dirección positiva.



Al tener cárceles agrícolas se pueden realizar diferentes tareas en el campo de la agricultura, como cultivar hortalizas y granos. Es decir, dedicarse a sembrar y cosechar otros productos, ocupando la mayor parte de su tiempo en su trabajo diario, porque la agricultura es una profesión que necesita del constante cuidado, dedicación y fuerza para obtener un favorable cultivo.

Referencias bibliográficas

- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registroficial.gob.ec.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008).
- Diccionario de la real academia de la Lengua. <https://www.rae.es/>
- Loeza, L. (2017). Violencia Estructural, marcos de interpretación y derechos humanos en México. *Argumentos*, 249-274.
- Gutiérrez M. (2016). Retos y Perspectivas de la política criminal. EDUIR
- Ortiz, D (2018) Director de la colonia. *El tiempo*.
- QuestionPro. (30 de Mayo de 2021). Investigación cualitativa. <https://www.questionpro.com/es/investigacion-cualitativa.html>



Medidas de protección como mecanismo de tutela de derechos: la tensión entre eficacia y presunción de inocencia

Protection measures as a mechanism for the protection of rights: the tension between effectiveness and the presumption of innocence

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 25 de noviembre de 2022

Aceptación: 15 de diciembre de 2022

Carlos Alberto Jérvez Puente

<https://doi.org/10.18537/iuris.18.01.13>

Resumen:

La legislación ecuatoriana, en materia de protección de derechos de las víctimas de violencia ha ido incorporando instituciones que se adecúan a aquellos compromisos internacionales adquiridos en distintos instrumentos de protección de derechos. Esos compromisos se plasman en los mecanismos de tutela que establecen el rol de la víctima como sujeto procesal. Luego de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en agosto del 2014, se incorporaron las medidas de protección, figura jurídica que tuvo como antecedente la Ley contra la violencia a la mujer y la familia (Ley 103). En el año 2008, con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, su adopción pasó a ser competencia de los Jueces de violencia contra la mujer y familia. Con este antecedente, en el presente artículo, explicaré la institución de las medidas de protección, su finalidad y la posibilidad de que puedan mantenerse en caso de que exista una sentencia ratificatoria de la inocencia en favor de la persona procesa, sin que esto constituya menoscabo a la presunción de inocencia.

Palabras clave:

Violencia, víctima, medidas de protección y presunción de inocencia



Abstract:

Ecuadorian legislation on the protection of the rights of victims of violence has been incorporating institutions that adapt those international commitments acquired in different instruments for the protection of rights, including protection mechanisms and establishing the role of the victim as a procedural subject, after the Comprehensive Organic Criminal Code came into force in August 2014, protection measures were incorporated, a legal figure that had as a precedent the Law against violence against women and the family (Law 103), in 2008 with the issuance of the Organic Code of the Judicial Function passes its adoption to the competence of the Judges of violence against women and family.

With this background, in this article, I will explain the institution of protection measures, their purpose, and the possibility that they can be maintained in the event that there is a sentence ratifying innocence in favor of the person prosecuted, without this constituting I undermine its presumption of innocence.

Keywords:

Violence, victim, protection measures and presumption of innocence



Introducción

Ecuador, como suscriptor de distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, está obligado a adecuar su normativa en pos de la tutela efectiva de los derechos de los miembros de la familia. De esta forma erradicará la violencia cometida por o contra alguno de sus miembros, garantizando así el derecho a una vida en paz, armonía y seguridad. Esta finalidad ha motivado que, inicialmente, se incorporen -en instrumentos como el Código Orgánico Integral Penal en el año 2014 y más adelante para el año 2018, la Ley Orgánica Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres- mecanismos de tutela como lo son las medidas de protección. La naturaleza tuitiva de estas medidas obliga, a los operadores de justicia y funcionarios responsables de la atención a víctimas, a realizar el debido análisis de riesgo y dictar dichas medidas de forma inmediata para que su ejecución garantice la vigencia de los derechos de la persona en cuyo favor se ordenan.

De forma evidente, el legislador ecuatoriano consciente de la problemática y los efectos que puede causar la violencia de género, cumpliendo con la normativa internacional, incorporó las medidas de protección siendo su principal objetivo garantizar principalmente el derecho a la seguridad de la víctima y su completa libertad para acceder a espacios públicos y privados, en los que pueda ejercer libremente sus derechos.

Sobre la violencia y su definición

La Organización Mundial de la Salud, en su Informe Mundial sobre la violencia y la salud del año 2002, define el concepto de 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 (OMS, 2002).

Esta definición abarca varios aspectos que permiten entender la violencia como expresión de poder. Primero, no requiere ser efectivamente una manifestación de fuerza física. La violencia puede desarrollarse de forma verbal, psicológica y que no necesariamente cause un daño perceptible. Además, abarca aquel mandato establecido en el artículo 66, numeral 3, literales a y b de la Constitución de la República del Ecuador relacionado con los derechos de libertad. Por tanto, reconoce en sus numerales 3 literales a y b el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual de las personas; así como el derecho a una vida libre de violencia. Por esto, determina que el Estado adopte las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia. Se considera como

violencia a toda negación de la condición de persona, proscrita en el ámbito constitucional, y, por lo mismo, sancionada en la esfera penal para la necesaria reparación de la afectación causada.

“La violencia es connatural a las relaciones sociales”, no es extraña esta expresión de poder en ningún Estado histórico. Sin embargo, la connotación con la que se aborda el tema ha variado. Al respecto, Ramos (2013) afirma que: “La acción de utilizar la violencia y la intimidación para conseguir algo, como acto ejecutado por seres humanos en sus relaciones interpersonales y sociales es un hecho que se remonta, sin ninguna duda, al origen mismo de la humanidad” (p.87). Por esto, la respuesta de los Estados a la violencia se ha ido adecuando al desarrollo de los derechos fundamentales.

La violencia de género

Peretti de Parada (2010) define a la violencia como: “la acción y el efecto de aplicar medios violentos a hombres o mujeres para vencer su resistencia” (p.10). Esta definición general parte de la etimología y construye un concepto desde un enfoque por el que la víctima de violencia pueden ser tanto los hombres como las mujeres. El sistema patriarcal es productor de este tipo de estructuras. En todo caso, es cierto que la violencia incluye lesiones o daños físicos, sexuales y psicológicos en las víctimas y es un grave problema de vulneración a derechos humanos.

Puntualmente, la sociedad ecuatoriana favorece la discriminación con este tipo de expresiones, aceptando el detrimento de derechos en un sistema opresor. Este aspecto aparece tanto en sus estructuras como en sus miembros, permitiendo discriminación y violencia relacionada con la raza, religión, clase social, edad o sexo.

La Conferencia Mundial sobre la mujer celebrada en Beijing (1995) describe a la violencia de género como una de las más frecuentes violaciones a los derechos humanos. El solo hecho de haber nacido con cuerpo femenino implica una relación desigual entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida social, cultural, económica y política. Es un fenómeno que ocasiona daños irreparables a las mujeres que la padecen y está basado en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres en detrimento de estas últimas.

Con relación a la violencia contra la mujer, la Recomendación General Nro. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer observa que hay una violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Dentro de este tipo de violencia, el documento incluye actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual. Se considera también las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de



privación de la libertad. Sin embargo, la violencia de género puede ejercerse tanto contra hombres como contra mujeres. Este ensayo, se centra en los casos en los que la mujer es víctima de violencia; y más específicamente, aquellos que se producen en el ámbito privado.

La violencia contra la mujer abarca de forma general toda expresión en su contra en cualquier ámbito. La Convención Belem do Pará (1994) la define como aquella violencia infringida contra la mujer a través de cualquier acción o conducta basada en su género. Este tipo de acciones puede causarle la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado. Esta concepción sustentaba la anterior Ley contra la violencia a la mujer y la familia. Se trasladó, en cuanto a la estructuración de tipos penales, al Código Orgánico Integral Penal, al tipificarse niveles de violencia psicológica y violencia física, tanto contravencional como delictual.

El Código Orgánico Integral Penal recoge, en varios de sus tipos penales, la noción de género como categoría de análisis. Así tenemos tipos penales como el femicidio y el delito de odio que encuentran en esta noción sustento para la sanción. Además, aquellas normas que reconocen en el género una de las condiciones en las que se expresa las relaciones de poder en la sociedad y que dan paso al cometimiento de delitos con motivo del género. Este es el enfoque de nuestro desarrollo normativo; si bien, al momento no es completo –solo enfocado en las relaciones en el seno de la familia y sin incluir este concepto de forma plena- no deja de estar presente en nuestro derecho punitivo. Tiene un enfoque no sólo sancionador sino también preventivo. Reconoce que la violencia contra la mujer encuentra su motivación principal en las relaciones de subordinación por razón de género.

Además de la subordinación por razón de género, la violencia se motiva en la intolerancia a la diversidad por parte de la sociedad patriarcal. Esta intolerancia se expresa en diversas formas de violencia, promoviendo comportamientos de discriminación en contra de la mujer y relegándola. Por todo esto, ha surgido la necesidad de que los Estados planteen y pongan en marcha políticas de reconocimiento de las mujeres y políticas para evitar erradicar todo tipo de conductas discriminatoria de la sociedad.

Un acercamiento a la noción de violencia intrafamiliar

En su estudio *Women's Health and Domestic Violence, Against Women*¹ (2005), la Organización Mundial de la Salud define la violencia intrafamiliar como aquella ejercida por la pareja. Este concepto resulta restringido si consideramos las actuales manifestaciones de este fenómeno porque asimila la vio-

¹ Salud femenina y violencia doméstica contra las mujeres.

lencia intrafamiliar a la violencia en pareja o violencia doméstica entendida –eso sí– como toda forma de maltrato o abuso físico, psicológico, emocional, sexual o económico. Se hablaría de aquella violencia que tiene lugar en la pareja sin importar la forma de vínculo; es decir, cualquier forma de violencia ejercida en una relación de pareja caracterizada por el abuso, entendido como la privación o limitación de la mujer en el ámbito tanto privado como público, restricción de sus derechos, afectación de su integridad y autodeterminación, a través de la discriminación.

Sin embargo, la violencia intrafamiliar no se queda en el límite de la relación en pareja. En la legislación ecuatoriana, esta abarca a la que es cometida por cualquier miembro del núcleo familiar, cuando sus acciones u omisiones causen o puedan causar daño a la integridad (física, sexual o psicológica) de otro miembro de la familia. La violencia intrafamiliar puede ser ejercida sobre cualquier miembro de la familia (no excluye la posibilidad de que el sujeto pasivo sea un hombre o mujer), no importando su edad o su género. Pese a ello, estadísticamente, tanto en nuestro país como en el mundo, las principales víctimas de las relaciones de abuso son las mujeres, niños, niñas y adultos mayores. La violencia ejercida por la pareja, a más de ser conceptualizarla como un problema de salud pública, también es definida como una violación a los derechos fundamentales y constituye una de las más graves infracciones que el ordenamiento jurídico reconoce (Jara, 2015).

El Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano incorpora, para el análisis y determinación de la violencia intrafamiliar, categorías bastante amplias que intentan reconocer todos aquellos fenómenos sociales, culturales, económicos y de comportamiento humano en sus relaciones que puedan influir en la conformación de las diversas formas de familia. Nuestra sociedad se ve afectada por las señaladas realidades. Así tenemos que el artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal se refiere, de forma taxativa, a aquellas relaciones interpersonales que pueden constituir el núcleo intrafamiliar. Así se define lo que se debe considerar como violencia en los siguientes términos:

Art. 155.- Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.– Se considera violencia toda acción 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.

Se consideran miembros del núcleo familiar 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.



Tal como se puede apreciar, la constitución del núcleo intrafamiliar incluye vínculos que existan o hayan existido entre dos personas. No se trata sólo de los vínculos sentimentales o familiares, sino la simple convivencia o cohabitación ya estructura el núcleo intrafamiliar necesario para que se aplique la justicia especializada en la resolución de los conflictos generados como expresión de violencia entre sus miembros. Se enfoca a la familia como un espacio en el que se reproducen jerarquías de roles, prácticas de discriminación por género, edad, preferencia sexual y cualquier condición que facilite la agresión a la diversidad.

En el “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” de la Asamblea General de Naciones Unidas (2006) se establece que una mujer puede experimentar una gama de formas de violencia dentro de la familia a lo largo de su vida. Entre ellas se comprende desde la violencia antes del nacimiento hasta la violencia contra las mujeres ancianas. Esto evidencia que la violencia intrafamiliar puede afectar a un grupo no sólo mayoritario de la población mundial, sino a un grupo homogéneo y permanente por su condición de mujer, sin importar la edad, la clase social, la instrucción, su etnia, etc. El mencionado documento continúa señalando que, en la pareja, se pueden determinar agresiones de tipo física, psicológica y sexual, llegando incluso a la violación dentro del matrimonio.

Concepto de víctima y su rol en el proceso penal

Como se indicó, la violencia es cualquier expresión de poder que se ejerce para discriminar a una persona, desconociendo su condición de igual, restringiendo sus derechos y produciendo un daño. Así, surge la figura de la víctima como la persona que sufre esta agresión y menoscabo a sus bienes jurídicos tutelados. En el ámbito de la respuesta penal, esta figura estuvo, históricamente, limitada en su derecho a participar en el proceso. A ella se le imponía una suerte de incapacidad para actuar y era representada por Fiscalía. Esto implicaba presentar una serie de requisitos eminentemente formalistas para poder participar, sin ser escuchada directamente y cosificada al nivel de medio de prueba en el proceso.

En esa línea de reflexión, García (2010), desde la Criminología, indica que la víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono, en parte por la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad, así como la indiferencia de los poderes públicos. La victimología es la que ha impulsado el rol de la víctima en el fenómeno criminal.

En el ámbito jurídico, Piva (2021) define a la víctima como: “la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente haya sufrido algún daño como consecuencia de un hecho típico anti-jurídico culpable” (p. 167). En síntesis, se trata de la persona que padece daño por el cometimiento del delito.

La Organización de las Naciones Unidas en la “Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” de 1985, define a las víctimas de los delitos como las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros. Aquí se incluye la que proscribe el abuso de poder.

La Declaración establece un principio contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 441, y que fue el eje principal de este análisis. Se trata de la independencia de la condición de víctima con respecto al proceso penal. Así, se puede considerar víctima a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador, e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En el mismo documento se establecen tres derechos ejes de las víctimas de delitos y ante el abuso de poder. Estos derechos se aplican durante la intervención de la víctima en el proceso penal. Estos derechos son: acceso a la justicia y trato justo; el resarcimiento; y la indemnización. Estos derechos estructuran un sistema tutelar en favor de los afectados por las infracciones garantizando su derecho a la tutela judicial efectiva, protección y reparación integral.

En la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el artículo 2, se define a la víctima como: “toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquellas que hayan sufrido violencia, ocasionada por acción y omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico”.

Se incluye, además, un catálogo de derechos de las víctimas que recogen aquellos principios de participación, protección y reparación que regulan las prerrogativas de las víctimas en el proceso. En el catálogo constan el derecho a la justicia, a la información, a entender y ser entendida, a intervenir en forma directa en los mecanismos de conciliación, acuerdos reparatorios y terminación anticipada del proceso, a un trato digno, a la asistencia y acceso a los servicios de apoyo a víctimas, a la protección, a la reparación, a la asociación y a la justicia, a ser atendida por un recurso humano capacitado y a una estructura accesible.

En relación con la definición de víctima y sus derechos en el proceso, es necesario citar el artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal, que considera víctima a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que, individual o colectivamente, han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción. También,



quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal. También, la o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior. También, quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

El artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal establece los derechos de la víctima como sujeto procesal. Estos son:

1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.
2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.
3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.
4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.
5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.
6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.
7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.
8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.
9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.

10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.
11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.
12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

Respuesta procesal penal a la violencia intrafamiliar

Considerar a la víctima como sujeto procesal en el Código Orgánico Integral Penal de forma evidente es un acierto del legislador ecuatoriano. Es la primera vez que la víctima no requiere para su participación cumplir con formalismo alguno, equiparándose al procesado y fiscalía en los delitos de ejercicio público de la acción.

Es un derecho de la víctima contar con procedimientos especiales que garanticen no sólo su acceso al sistema de administración de justicia penal, sino de forma concreta el principio de tutela judicial efectiva a través de procesos rápidos, ágiles y expeditos. En este marco la víctima encuentra respuesta y protección, evitando cualquier posibilidad de revictimización y garantizando sus derechos en condición de igualdad con los otros sujetos procesales. En nuestro sistema, específicamente en el procedimiento expedito de juzgamiento para contravenciones en materia de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se estableció varias consideraciones que materializan esta justicia especializada. Por ejemplo, se estableció 10 días como el tiempo en que debe realizarse el juicio. Se fragmentó el principio dispositivo, estableciendo que en el principio de debida diligencia el juez de oficio debe disponer la práctica de las valoraciones necesarias para precautelar la prueba en juicio, juzgamiento al que no es necesario concurra la víctima sin perjuicio de que se resuelva la situación del procesado de acuerdo a la prueba que se practique.

Tutela de los derechos de las víctimas

La participación de la víctima en el proceso va entrelazada a la protección que la misma debe recibir por parte del Estado como expresión de aquel deber reforzado que este debe observar. En ese sentido, con el Código Orgánico



Integral Penal, surge la noción de las medidas de protección como mecanismos tutivos de tutela de derechos, cuya aplicación inició desde el año 2018. El objetivo de la Ley Orgánica Integral es prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres y que, en sede administrativa, también se otorguen a la víctima medidas de protección que garanticen sus derechos, y restrinjan cualquier posibilidad de menoscabo a los mismos. Esto, con sustento en el reconocimiento de la dignidad de la persona.

La doctrina define las medidas de protección como una forma *sui generis* y excepcional de tutela diferenciada, que brinda el Estado de manera rápida en busca de prevenir y/o evitar el surgimiento de ciclos de violencia familiar y disminuir los efectos de las agresiones intrafamiliares. La definición resalta la reparación del daño físico, psicológico y moral (Ramos, 2013).

Las medidas de protección se orientan a la prestación de diferentes tipos de mecanismos para garantizar la restricción en el acceso del agresor a la víctima, a su domicilio y a su lugar de trabajo. También busca brindarle seguridad en el interior de su hogar, la activación de políticas y servicios públicos para evitar un mayor sufrimiento de la víctima, así como el reconocimiento de sus derechos. Además, también involucran de forma integral la activación de espacios de tutela a los derechos de las víctimas, incorporando actores públicos y privados como ministerios y casas de acogida para, de forma oportuna, auxiliar a quienes son víctimas de violencia de género e intrafamiliar.

Este esquema de protección, inicialmente, fue contemplado en la extinta Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia. Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal se depositó en los Jueces de Violencia contra la Mujer y Familia la potestad de dictar aquellas medidas de protección que, en mérito de la denuncia puesta en su conocimiento, se adapten al riesgo que pueda inferirse de los hechos denunciados. La actual Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra la Mujer reconoce que es obligación del Estado brindar las facilidades y el acceso necesario a la víctima para que cuenten con espacios de denuncia y protección suficiente. Esta extiende la potestad de dictar medidas de protección a las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, así como a los Tenientes Políticos y las Comisarias, las que luego serán remitidas a sede jurisdiccional para su ratificación, revocatoria o modificación.

Este eje de prevención, junto con la dimensión pública que ha tomado la violencia en nuestra sociedad, obliga a que la víctima reciba de la autoridad un pronunciamiento respecto a la tutela de sus derechos, incluso, antes de recibir una respuesta judicial a su proceso. Esto, indistintamente de que sus derechos hubiesen sido vulnerados o se encuentren en riesgo de serlo. Así, las medidas de

protección -u órdenes de protección, como son conocidas en otras legislaciones- se constituyen en los recursos más efectivos ante el peligro de lesión de bienes jurídicos trascendentales como lo son la integridad física, sexual y psicológica.

Para la adopción de medidas de protección, tanto el juez como la autoridad administrativa que las dicte debe observar el principio de debida diligencia consagrado en el artículo 7 literal b de la Convención Belem Do Pará y el, ya referido, deber reforzado de tutela de víctimas en materia de violencia. Estos dos cuerpos normativos se trasladan al Código Orgánico Integral Penal y la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la violencia contra las Mujeres, con el establecimiento de reglas de estricta observancia.

El artículo 651.2 del Código Orgánico Integral Penal establece que las medidas de protección deben ser otorgadas de forma inmediata y oportuna, en un procedimiento informal, sencillo, rápido y eficaz. Así, se impone al juez la carga de establecer los medios más eficientes e idóneos para proteger el derecho amenazado o vulnerado. Los parámetros que observará en su decisión a la vez son necesarios y constituyen un riesgo porque dependen de la medida a adoptarse.

Puede el juez dictar medidas de protección tanto del Código Orgánico Integral Penal, como de aquellas que prevé la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Incluso, cuando conozca un delito de ejercicio público de la acción penal, no debe omitir dictarlas. Posterior a ello, es necesario remitir el expediente a Fiscalía para las investigaciones correspondientes.

Las medidas de protección, al ser órdenes cuyo incumplimiento está previsto como delito en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal, deben ser específicas e individuales. Para efectos de su ejecución, se debe determinar la persona contra quien se dirige, cuestiones de lugar y modo para su cumplimiento. Con respecto a la notificación y ejecución de las medidas de protección, el juez contará con el auxilio de la Policía Nacional y de cualquier autoridad pública o ente privado conminado para su cumplimiento, precautelando la seguridad, contención y no revictimización. Debe dispensarse auxilio y protección a las víctimas, especial atención merecen las niñas, niños o adolescentes en situación de violencia. Por tanto, a su favor, puede dictarse las medidas de protección especiales que contempla el artículo 217 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

La Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres contempla un procedimiento expedito para su otorgamiento y ejecución por el cual cualquier persona podrá solicitar medidas administrativas de protección inmediata para sí misma o para terceras personas víctimas de violencia contra las mujeres. Para el efecto, no se requiere de patrocinio legal. La infor-



mación personal que brinde la víctima será reservada. La autoridad competente, en el marco del respeto a los derechos humanos, valorará y decidirá la pertinencia de las medidas con atención a los hechos referidos por la víctima de forma inmediata. Resolverá su otorgamiento de forma motivada, ordenando la notificación y puestas en conocimiento de la persona contra quien se dirigen. Las medidas de protección serán plenamente exigibles y una vez dictadas se remitirán al Juez de Violencia contra la Mujer y Familia para su ratificación, modificación o revocatoria.

Alcance de las medidas de protección contempladas en el Código Orgánico Integral Penal

Los artículos 558 y 558.1 del Código Orgánico Integral Penal contemplan varias modalidades de medidas de protección. Me referiré de forma sucinta a las principales para explicar su alcance. Tenemos entre las más recurrentes en su aplicación:

Prohibición al presunto agresor de concurrir a determinados lugares. Estos deben ser individualizados para su exigencia, bastando que se indique la relación de la víctima con el lugar, como el domicilio o el lugar de trabajo de esta. Se prohíbe el acercarse a la víctima, sin distinción del lugar en que esta se encuentre. Esta prohibición puede extenderse a testigos o determinadas personas de acuerdo con las necesidades de tutela que se evidencien del proceso.

1. Las medidas de protección precautan, además, la posibilidad de que existan actos de persecución o intimidación que puedan dirigirse a la víctima no sólo por la persona contra quien se dirigen sino por intermedio de terceros. Para estos efectos, debe entenderse la intimidación como la amenaza con el cometimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal.
2. La boleta de auxilio, que por su naturaleza obliga únicamente a los miembros de la Policía Nacional para que brinden la ayuda que necesite una víctima de violencia, sin perjuicio de las actuaciones urgentes que, por imperativo legal, deban realizarse.
3. La salida del presunto agresor del domicilio que comparte con la víctima, cuando esta convivencia implique riesgo. Esta medida se adopta ponderando el derecho a la integridad física, sexual y psicológica de la víctima frente a otros derechos de la persona contra quien se dicta la medida de protección. Tiene prevalencia la víctima sobre el victimario. De ser el caso, se ordenará el reingreso de la víctima al domicilio, o el acompañamiento policial para que retire sus pertenencias.
4. En caso de que la víctima sea una niña, niño, adolescente o persona con discapacidad se puede privar la custodia al presunto agresor.

5. Reconociendo que la violencia no se ejerce únicamente de forma física, y para precautelar la integridad psicológica de la víctima, como medida de protección puede ordenarse que, tanto el agresor como la víctima y sus hijos menores de 18 años, reciban el tratamiento respectivo.
6. En favor de la víctima -y para garantizar su subsistencia y la independencia económica frente al agresor- se debe fijar la pensión correspondiente, sometida a la declaratoria o no de inocencia del procesado. Asimismo, la orden para la devolución de objetos personales y documentos.
7. Solicitud para el ingreso de la víctima de violencia de género al sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos otros participantes en el proceso, siempre que las condiciones así lo requieran

Estas medidas pueden controlarse mediante el uso de dispositivos de vigilancia electrónica, tanto por la víctima, testigo u otro participante en el proceso.

Medidas de protección y presunción de inocencia.

El principio de inocencia está garantizado en el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el Art. 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador que establece:

En todo proceso en el que se determinan derechos y obligaciones, de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

El artículo 5 numeral 4 el Código Orgánico Integral Penal, dentro de las garantías procesales, ratifica que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoríe una sentencia que determine lo contrario.

Podríamos citar un sin número de conceptualizaciones en relación con el principio de inocencia que es la garantía más elemental pues es una *“garantía de seguridad”* o, si se quiere, de defensa social. Esta garantía implica una seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia. Se trata de esa *“defensa”* específica que se ofrece a los ciudadanos frente al arbitrio punitivo.



De esta forma, la presunción de inocencia se erige como una de las garantías básicas del debido proceso. Es también límite frente a la necesidad de juicio en nuestro sistema penal y garantiza que, luego de una sentencia condenatoria ejecutoriada, la persona procesada sea penada.

En este punto, surge el motivo del presente análisis. Ciento es que la presunción de inocencia cobija a toda persona sometida a un proceso penal y que, normativamente, existe el sustento por el cual -ratificado el estado de inocencia- deben revocarse tanto las medidas cautelares como las de protección. Pero, no es menos cierto que la naturaleza tuitiva de las medidas de protección obliga a que estas no sean vistas como cargas que se imponen en contra de una persona, sino como materialización de los principios de debida diligencia y deber reforzado del Estado. Ciento es que deben ser dictadas por el juez a fin de garantizar una protección inmediata e integral a las víctimas, evitando cualquier peligro de lesión a sus derechos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la noción de la debida diligencia. Se trata de un estándar que lo encontramos definido en la sentencia dictada en el caso González y otras vs. México, caso Campo Algodonero. En ellos, se ha determinado la obligación por parte de los Estados de adoptar medidas propicias en casos de violencia contra las mujeres. Estas medidas deben garantizar el cumplimiento de los principios adecuados al marco jurídico de protección, con políticas de prevención que permitan una acción eficaz, integral y adecuada frente a las denuncias. Por tanto, permitirán dar una respuesta efectiva ante ese tipo de infracciones.

La noción del deber reforzado del Estado en materia de protección contra la violencia de género se desarrolla en el informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso María Da Penha Fernandes vs. Brasil. En este caso se desarrolló la obligación del Estado de proteger la vida y la integridad física, proscribiendo la impunidad judicial, la negligencia del sistema y la tolerancia a este tipo de infracciones, a través de una acción preventiva y diligente. De forma evidente, un sistema de administración de justicia ineficaz trae consigo una vulneración a los derechos de la víctima de violencia de género, pues la deja expuesta de forma reiterada a que existan actos contra su vida e integridad. La prevención es un elemento fundamental de la política criminal dentro de los casos de violencia de género.

El artículo 619 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal establece que, en caso de que se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada, el tribunal dispondrá su inmediata libertad -si está privada de ella-, revocará todas las medidas cautelares y de protección impuestas y librará sin dilación las órdenes correspondientes.

Existe el criterio mayoritario, entre los jueces de la Unidad de Violencia contra la Mujer y Familia de Cuenca, de dictar de forma preventiva medidas de protección en favor de la víctima. Esto se evidencia en los distintos juzgamientos en los que, a pedido de las víctimas -o incluso de oficio-, así se ha procedido. Así se ha hecho, aunque luego se dictara una decisión y posterior sentencia ratificando el estado de inocencia de la persona procesada. Estas decisiones se han basado en la naturaleza tuitiva y no sancionatoria de las medidas de protección y han aplicado Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Actualmente, este criterio es apuntalado por dos pronunciamientos dictados tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Nacional de Justicia con relación a la posibilidad de mantener medidas de protección, sin que pueda considerarse un menoscabo a la presunción de inocencia.

La Corte Constitucional en sentencia Nro. 363-15-EP/21, CASO Nro. 363-15-EP, del 2 de junio del 2021, al indicar los criterios relevantes de la señalada decisión, indica como regla procesal que -en toda causa constitucional cuyo resultado sea el dejar sin efecto las sentencias dictadas en contra de los presuntos agresores de mujeres y/o miembros del núcleo familiar- deberá ordenarse el mantenimiento de las medidas de protección emitidas en favor de la presunta víctima. Esto tiene como objetivo el evitar que los derechos de las mujeres y las familias puedan ser nuevamente vulnerados o puestos en riesgo.

La Corte Nacional de justicia, en fallo dictado dentro del proceso Nro. 22281-2016-00358, del 17 de agosto del 2021, reconoce la independencia que existe entre la condición de víctima y el hecho de que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción. Por ello, ratifica que las medidas de protección no tienen naturaleza sancionatoria, sino que están orientadas a precautelar la integridad de la víctima. De esta manera, resulta posible mantenerlas al margen de la decisión sobre el proceso penal, con sustento en los elementos que obran del proceso y sin perjuicio de que se revoquen observando las normas de procedimiento aplicables.

A manera de conclusión

De lo expuesto, se concluye que la violencia es connatural a las sociedades patriarciales, Su resultado es la discriminación, la lesión y puesta en riesgo de derechos fundamentales. La inacción del Estado, a través del sistema de administración de justicia penal, deviene en la normalización y tolerancia de la violencia en todas expresiones. Ante esta realidad, varios son los imperativos impuestos a los Estados para adecuar su normativa en pos de la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género e intrafamiliar.



Los indicados mecanismos tienden efectivamente a la prevención, procurando evitar que los derechos de las mujeres y las familias puedan ser vulnerados o puestos en riesgo. La práctica judicial en la ciudad de Cuenca ya se ha pronunciado resaltando la necesidad de observar estándares internacionales de tutela de derechos. Es el deber del estado reforzar la protección de la víctima conforme el artículo 7 literales B y D de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esto tiene sustento en la propia naturaleza tuitiva y no sancionatoria de las medidas de protección, como mecanismos para precautelar el cuidado a la integridad física, sexual y psicológica de una víctima. Estas medidas se pueden dictar incluso en fase preprocesal. Asimismo, se puede ratificar las medidas de protección en procesos en los que se ha confirmado la inocencia de la persona procesada, pues esta decisión no implica vulneración a la presunción de inocencia. Se puede hacerlo, en atención al riesgo de los hechos que motivaron el proceso, la gravedad del mismo y/o posibilidad de una futura agresión, o que se prevea la urgencia y necesidad de su ratificación.

Estas medidas se mantienen de acuerdo a los antecedentes expuestos, sin perjuicio de que se puedan, en lo posterior, revisar con el sustento necesario según lo dispuesto en el artículo 521 del Código Orgánico Integral Penal.

De esta forma se ha ido construyendo criterios que, en la actualidad y con el paso del tiempo, tanto la Corte Constitucional como la Corte Nacional de Justicia han ratificado. Esto permite considerar que, en materia de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar en el Ecuador, existe esa perspectiva encaminada a dar una respuesta a esta problemática, garantizando los derechos de los intervenientes en el proceso.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de Naciones Unidas (2006), Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documents/BDL/2016/10742.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, (2008), Constitución de la República del Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador, (2014) Código Orgánico Integral Penal.

Asamblea Nacional del Ecuador, (2018), Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.



Cerezo, A. (2017), *Género y Derecho Penal. La orden de protección a mujeres víctimas de violencia de género: Una valoración acerca de su eficiencia*. Lima, Instituto Pacífico.

Corte IDH, caso González y otras vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

Comisión IDH, Caso María Da Penha vs. Brasil, informe de fondo 16 de abril del 2001.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2012), *Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas*.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Editorial Trotta.

García, A & De Molina, P. (1985). *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Iuris Consulti.

Jara, P. (2015), *Violencia de Género, Un tema pendiente*. El Jurista Ediciones Jurídicas.

Organización de los Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”.

Organización Mundial de la Salud (2002) *Women’s Health and Domestic Violence Against Women* (Salud femenina y violencia doméstica contra las mujeres).

Organización de las Naciones Unidas. (1995). Conferencia Mundial sobre la mujer celebrada en Beijing, www.unwomen.org.

_____ (1994). Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Organización Panamericana para la Organización Mundial de la Salud, Washington, www.who.int.

Perretty, M. (2010), *Violencia de género*. Editorial Texto.

Piva, G. (2021), *Violencia Intrafamiliar, Femicidio, Aborto. El Gran Libro Jurídico*.

Ramos, M. (2013). *Violencia Familiar, Protección de la Víctima frente a las agresiones intrafamiliares*. Segunda ed. Lex & Iuris Grupo Editorial.



Criminalización de las defensoras y defensores de los Derechos de la Naturaleza en la parroquia Molleturo-Río Blanco de la provincia del Azuay durante el periodo 2015-2020

Criminalization of defenders of the Rights of Nature in the Molleturo-Río Blanco parish of the province of Azuay during the period 2015-2020

Publicación: 20 de enero de 2023

Recibimiento: 10 de diciembre de 2022

Aceptación: 27 de diciembre de 2022

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.14>

Lizeth Ximena Cabrera Alvarez

Saul Genaro Peralta Alvarez

Resumen:

El activismo representa una labor que deviene en un proceso de criminalización violenta que afecta a hombres y mujeres en una magnitud diferente. Tal es el caso de los activistas de la parroquia Molleturo-Río Blanco, quienes han visto la necesidad de defender la naturaleza y las comunidades afectadas por la megaminería. Esta investigación buscó dar a conocer el proceso de criminalización que sufren los ambientalistas en Molleturo-Río Blanco y, de este modo, develar dicho proceso. Además, buscó comparar las afecciones entre hombres y mujeres quienes ejercen el activismo. La metodología utilizada fue de enfoque cualitativo llevada a cabo por medio de entrevistas semi-estructuradas con base en una guía de preguntas. Los resultados obtenidos en la investigación dan a conocer que dicho proceso de criminalización inició con la llegada de la empresa minera que, además, provocó una migración forzada. Finalmente, esta investigación reconoce que hombres y mujeres no sufren de la misma manera los procesos de criminalización: los hombres pasan por procesos judiciales; las mujeres activistas, al estar en la primera línea de la resistencia, sufren mayor violencia y un sobrecargo en las actividades que refuerza, de este modo, el triple rol que cumplen.

Palabras clave:

Violencia; Criminalización; Activismo; Extractivismo





Abstract:

Activism represents a work that translates into a process of violent criminalization that affects men and women in different magnitudes, such is the case of the Molleturo-Río Blanco parish where activists have seen the need to defend nature and the affected communities. For this, in this investigation, the mega-mining is known, which is the criminalization process suffered by environmentalists in Molleturo-Río Blanco and thus unveil said process, in addition to comparing the conditions in men and women who exercise activism. The methodology used was the qualitative approach carried out through semi-structured interviews based on a question guide, the results obtained from the research reveal that this process begins with the arrival of the mining company and this also causes forced migration. Finally, this research recognizes that men and women do not suffer in the same way since men go through judicial processes unlike women, however, activists, being the first line of resistance, suffer greater violence and a surcharge in activities thus reinforcing the triple role.

Keywords:

Criminalization; activism; extractivism



Introducción

El proceso de la criminalización en los defensores y las defensoras de los derechos de la naturaleza deviene en vulneraciones de derechos que atentan contra la integridad física y psicológica de quienes ejercen esta labor. Así, en un estudio realizado por el Global Witness (2020) sobre el número de personas ambientalistas que mueren, se reportó que en el año 2019 fueron asesinados un total de 212 ambientalistas. En promedio, cuatro personas activistas han sido asesinadas cada semana a diferencia del año 2018 donde se reportaron 164 asesinatos de defensores ambientales. Es decir, en el 2018 murieron 3 personas defensoras del medio ambiente por semana. A nivel internacional el país que destaca con mayor índice de violencia y muertes por esta razón es Filipinas en los años 2018-2019. A manera de ejemplo, en el mes de octubre-2018, grupos paramilitares arremetieron contra los agricultores dejando como resultado la muerte nueve de estas personas incluyendo mujeres y niños, además del abogado quien representaba a las familias de las víctimas.

De este modo, la criminalización según la FIDH (Federación Internacional de Derechos Humanos) se produce cuando la justicia se convierte en un arma de represión contra los defensores del derecho a la tierra, en lugar de ser un mecanismo de cumplimiento de los derechos humanos de las personas. Adopta diferentes modalidades, como el hostigamiento judicial a líderes de movimientos y organizaciones o miembros de las comunidades mediante diversos tipos penales. Otra modalidad de hostigamiento es la adopción de medidas administrativas en contra de las organizaciones que, frecuentemente, va acompañado de discursos que deslegitiman su labor (FIDH, 2015).

Colombia es uno de los países con mayor índice de asesinatos y actos violentos en contra de personas que defienden los derechos del ambiente y las mujeres son quienes enfrentan esta realidad mayoritariamente. El Global Witness (2020), en el año 2019, habla de 64 colombianas quienes fueron asesinadas por su labor de protesta. Esta cantidad representa el 30% de asesinatos a nivel mundial en ese año.

En el Ecuador, el activismo en defensa del ambiente pasa por un proceso de criminalización similar al contexto mundial. De este modo, el activismo está relacionado, generalmente, con cuestiones políticas. Por esta razón, es ampliamente utilizado en función del trabajo de masas y asume diferentes formas para defender proyectos, enfrentar realidades y combatir distintas realidades. Según Oliver, el activismo tiene la capacidad de promover la participación y la pluralidad escalando los niveles que se hagan necesarios para confrontar las tensiones y los desafíos que se presenten en la sociedad. Como resultado libera un enorme potencial en beneficio del desarrollo humano (Reyes, 2017).



De este modo, la participación es llevada a cabo mayoritariamente por mujeres. Tal es el caso de Nemonte Nenquimo, una mujer waorani de 35 años, quien lideró el proceso legal por el cual se suspendió la explotación petrolera que amenazaba su comunidad. De la misma manera, en la Amazonía ecuatoriana, un grupo de niñas de entre nueve y trece años interpusieron una acción de protección frente a la quema de gas que se da en esta zona y que produce millones de toneladas de CO₂ que afecta la salud de las personas que viven en estas zonas (Cardona, 2020). Desde las Conferencias Mundiales sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, se han creado marcos regionales que se han implementado en el país en el 2020. Estos marcos proporcionan la defensa de los activistas de la naturaleza; sin embargo, en el Ecuador aún siguen suscitándose actos violentos que irrespetan dichas normas. Además, se ha evidenciado una falta de información y análisis sobre la criminalización de estos grupos en el país.

En la provincia del Azuay, frente al modelo extractivista (minería), en la parroquia Molleturo se han consolidado grupos ambientalistas para defender el territorio que posee varias zonas de explotación minera. De las 30 zonas mineras existentes en este lugar, en 23 se realiza explotación minera metálica y en siete se explota material pétreo GAD Molleturo, 2019). Muchas de estas zonas mineras, están ubicadas en la localidad de Río Blanco. La explotación minera que se realiza en esta zona genera fuentes de trabajo para diferentes comunidades y ha producido problemas socio-ambientales. El objetivo central de esta investigación es develar el proceso de criminalización que viven los activistas de Molleturo Río Blanco. Además, analizar las etapas de dicha criminalización y comparar cómo viven estos procesos los hombres y las mujeres.

La explotación minera afecta no solo a la naturaleza sino, además, a las personas que viven en las zonas explotadas. El proceso de criminalización que enfrentan las defensoras y defensores de los derechos de la naturaleza es un tema que debe ser abordado de manera urgente pues, cada año, mueren muchas personas defendiendo territorios que son grandemente explotados. Por tal razón, es fundamental conocer cuál es el proceso de criminalización que sufren los activistas desde una visión política y social. Este sería el primer paso para visibilizar las situaciones de violencia que enfrentan dichos defensores de la naturaleza pues la mayoría de las veces, estas represiones terminan en muerte.

Con base en la revisión bibliográfica se puede observar que no existen estudios profundos sobre la situación de los y las ambientalistas a nivel del país y de la ciudad, a pesar de las muertes que se han presentado. Por tanto, este estudio pretende obtener información sobre la situación de estas personas y sobre los atentados que sufren para, de este modo, generar conciencia en la comunidad. Además, se busca que esta información sirva de base para otras investigaciones. La pregunta en torno a la que gira esta investigación consiste en responder



cómo se produce la criminalización hacia las defensoras y los defensores de los Derechos de la Naturaleza en la parroquia Molleturo-Río Blanco de la provincia del Azuay durante el periodo 2015-2020.

Marco teórico

La presente investigación ha articulado teorías para comprender cómo el proceso minero afecta al territorio y a las comunidades con acciones que devienen en violencia. Según Gudynas (2015), el proceso extractivista ha evolucionado con el pasar del tiempo en diversas etapas de las cuales las dos primeras representaban una extracción consciente con trabajo humano. Además, la industrialización aún se encontraba innovándose tecnológicamente. En cambio, en la etapa tres y cuatro (postcolonial), el extractivismo se volvió una forma violenta de contribuir con los intereses de la industria. La minería pasó a ser megaminería y abarca una extensión territorial gigantesca generando inmensos efectos sociales, económico, políticos. Además, afecta directamente a las comunidades locales deteriorando sus condiciones de vida y el ambiente.

Galtung (2016) menciona que el equilibrio ecológico es un factor fundamental para la vida del planeta ya que involucra la supervivencia, bienestar, libertad y reconocimiento que son elementos básicos en referencia a un sistema de paz. La degradación ecológica o el “ecocidio” afecta no solo al ambiente sino también a las personas provocando un desequilibrio evidente. La clase dominante es quien localiza las afecciones de un territorio para luego tomar beneficio de él, a través de la explotación minera. La violencia que sufren las y los activistas deja marcas no solo en el cuerpo sino también en la mente y en el espíritu. La violencia proviene del aparato de dominación del sistema político y económico de la estructura, que reprime a quienes buscan la protección tanto de los derechos humanos como los del medio ambiente. En este marco, las mujeres son quienes sufren más variadas manifestaciones de esta violencia en un mismo periodo.

Por otro lado, abordar el ecofeminismo permite entender cómo las mujeres son afectadas por el sistema capitalista, ya que tanto la naturaleza y las mujeres son territorios y cuerpos de explotación. Alicia Puleo (2017) reconoce que las mujeres tienen mayor vínculo con la naturaleza. Este vínculo las ha llevado a ser las cuidadoras del ambiente, lo cual las ha convertido en las principales activistas de los derechos de la naturaleza. Quienes ejercen dicho activismo han enfrentado actos violentos por parte de grupos verticales e industriales. Sin embargo, esta forma de feminismo constructivista permite articular la participación de hombres y mujeres para modificar las dinámicas tradicionales.



Estrategias Metodológicas o Materiales y Métodos

Esta investigación estuvo interesada en las y los defensores de los derechos de la naturaleza y del ambiente que se encuentran involucrados en la protección de las zonas que están siendo explotadas en Molleturo-Río Blanco por la megaminería. Además, cabe decir que este grupo de personas ha enfrentado procesos de criminalización por parte de las empresas mineras y grupos paramilitares. Esto debido a que han visibilizado el ecocidio provocado por el proceso extractivista convirtiéndose en las principales víctimas de la violencia y de la vulneración de derechos debido a su activismo en esta zona. Al fin, las personas que formaron parte de nuestra investigación son un hombre y una mujer activistas del Colegio Autónomo YAKU KAMAYUK y el Colectivo SINCHI WARMÍ, respectivamente. Es imperante recalcar que estas dos personas accedieron de manera voluntaria a ser parte de esta investigación y que la población total de activistas presentó resistencia debido a posibles represalias en contra de su integridad biopsicosocial por parte de las empresas mineras y grupos paramilitares.

La presente investigación tuvo un enfoque cualitativo debido a que buscó develar el proceso de criminalización que enfrentan los y las activistas defensores de los derechos de la naturaleza. Su finalidad fue ampliar el conocimiento sobre esta problemática y visibilizar cómo se ha dejado de lado las constantes situaciones de amenaza y violencia a las que se enfrentan estas personas. El estudio incluye la perspectiva de género, pues permite entender cómo esta situación afecta de manera diferenciada a hombres y a mujeres. Además, tuvo un enfoque interpretativo pues se analizará el discurso de los y las activistas, el método de investigación fue el fenomenológico pues se hizo un estudio desde este fenómeno social que vulnera los derechos de estas personas.

Resultados

En la presente investigación, se observó que el proceso de criminalización que enfrentan las defensoras y los defensores de los derechos de la naturaleza está constituido por todo un aparataje negligente, violento y peligroso que, además, se presenta en relaciones patriarcales. También, se ha estudiado cómo entre estos grupos de defensores la represión afecta de manera diferenciada a hombres y a mujeres.

Etapas de la criminalización

La criminalización es un proceso extenuante que atenta en contra de la integridad de los defensores y de las defensoras de la naturaleza y de la comunidad. Este proceso se desarrolla en cinco diferentes etapas (Global Witness, 2019) que son: campañas de desprestigio, cargos criminales, órdenes de captura, pro-



cesos con irregularidades y criminalización masiva. Sin embargo, es necesario considerar que el problema que gesta la criminalización de los activistas medioambientales inicia cuando la empresa minera se introduce en el territorio y, con el transcurso del tiempo, se nota que no cumple con los estándares de calidad para que las personas que residen en este espacio tengan una vida digna. Esto deviene en la inconformidad de la comunidad. Según DF:

A los mercados transnacionales no les interesan las condiciones de vida de las personas y mucho menos de los ecosistemas y que por supuesto detrás de un discurso de desarrollo no tienen mayor interés en que vivan en dignidad las personas y la naturaleza.

Los procesos de desarrollo extractivista como los de la megaminería tienen discursos que nacen de la demagogia y dicen estar pro de estas comunidades; no obstante, se terminan suscitando acciones violentas. Según ED:

Las empresas mineras entran al territorio con estrategia de dar empleos, de dar muchos mejoramientos en las comunidades, pero no cumplen con lo que ellos dicen según ellos entran con la estrategia de decir que no van a destruir los territorios, que no van a destruir las comunidades, que van a sacar de la pobreza a las comunidades y en general al pueblo, pero con el transcurso del tiempo, se van viendo los resultados que no hay tal desarrollo.

Por el incumplimiento de la normativa estatal a favor de los intereses de las grandes industrias, como lo es la megaminería en Río Blanco-Molleturo, nace el interés defender, empoderar y crear una resistencia en contra del extractivismo por parte de los ambientalistas que intervienen en el territorio.

La siguiente etapa de este proceso de criminalización es la estigmatización de los defensores de la naturaleza. Esto deviene en su desvaloración violenta con el fin de desestimar el activismo que se ejerce a favor los derechos de personas y el medio ambiente. Estas acciones son llevadas a cabo por la industria y por los medios de comunicación. En torno a esta etapa ED manifiesta:

He sido discriminada, lanzada videos como terrorista, a mí me han puesto como terrorista, lanza piedras, violenta y todas esas cosas, también me han hecho videos por ejemplo cheques falsos de bancos de otras ciudades, diciendo que yo ando cobrando por andar en la defensa.

Otras formas en que se manifiesta la estigmatización es el ataque por redes sociales, DF expresa:

Una persona es detenida en un proceso de resistencia y existe toda una manifestación pública en los medios, sobre todo, de que se trata de un delincuente o de un terrorista, de que se trata de una persona violenta



cuando, en realidad, lo único que está haciendo es defendiendo sus derechos, o los derechos de la naturaleza.

La estigmatización representa una violencia simbólica y psicológica que atenta contra la integridad moral de los y las activistas. Esta violencia se crea por los intereses de la megaminería; las activistas y los activistas pasan por todo este proceso de estigmatización debido a que buscan erradicar las actividades extractivistas. DF manifiestó que el activismo en la zona surge por la percepción de que las autoridades y las empresas no han examinado la delicadeza de la zona frente a los daños de procesos mineros:

El agua que nace de Río Blanco va hacia las zonas costaneras, se riega hasta el Pacífico eso permite, por ejemplo, el desarrollo de la agricultura en la zona costanera de Molleturo todo lo que va hacia abajo y luego por supuesto alimenta los ríos que recorren toda la zona costanera del Ecuador...

Por otro lado, la conservación de los páramos y, por ende, del agua es importante debido a que ella representa la sostenibilidad de la vida. Así, ED expresa lo siguiente:

Nosotros creamos en nuestra naturaleza, vemos lo que es la vida para nosotros, el campo, el agua, el respirar un aire puro. Entonces, eso nos hace enfocar a esta lucha, eso de la resistencia. El ya no seguir permitiendo que las mineras destruyen.

Para nosotros es considerar la defensa, la lucha por el agua, es porque de ella vivimos de ella consumimos. Si usted deja de tomar un vaso de agua que sea pura que no tenga contaminación, deja de consumir eso, ya no vive. Deja de producir la tierra. Así viva en la ciudad, deja de producir la tierra ya no tiene de qué vivir. Por ejemplo, el cambio que hay entre la ciudad y el campo, usted en el campo respira aire puro, usted se conecta con las plantas con el agua; usted ve, todo es vivo.

Es por esta razón que la necesidad de defender estos territorios y sus comunidades provoca una lucha constante entre los activistas y las fuerzas del Estado y la industria minera. Así es cómo se genera el consiguiente proceso de la criminalización que es la represión. En un informe del Global Witness del 2019, se sostiene que la represión se manifiesta en persecuciones, en violencia física, en uso de armas de fuego, gases lacrimógenos, etc. En torno a esto, ED expresa:

Hubo un enfrentamiento con los policías, con gente del campo, con gente de la comunidad. Y en medio de esa lucha, en medio de esas balaceras, que los policías no les importaban meter bala. Y no es que solo gases sino bala. Así disparan en medio de todo eso una bala casi le botó matando a mi hija;



y nosotros llevamos a mi comunidad subiendo por Yumate y encontramos ahí a los policías enfrentándose con la comunidad.

En la zona de estudio, muchos de los eventos represivos fueron llevados a cabo por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Estos utilizaron equipamientos de protección y armas letales cuyo alcance no se pueden comparar con la fuerza de la comunidad. Los activistas y las activistas están conscientes de su desventaja frente al armamento que la fuerza pública usa en contra de ellos:

La fuerza pública actúa en contra de las comunidades y de quienes estábamos acompañando y hay un uso desmesurado, desproporcionado en la fuerza; porque, no es lo mismo una campesina o un campesino, un indígena o una indígena, frente a un policía armado y completamente asegurado.

Estas confrontaciones muchas veces han terminado en la apresión y el procesamiento judicial de los y las activistas y de los miembros de la comunidad. El procesamiento judicial es el siguiente paso de la criminalización. Durante estos procesos, se han evidenciado irregularidades en pro de las empresas mineras. Así, ha habido apresiones deliberadas en las que se ha dado un mal uso del debido proceso. Se han dictado sentencias injustas y, además, durante el proceso de encarcelamiento, los y las activistas han sufrido fuertes vejaciones por parte de los guías y de las mafias. DF expresa:

Se ejerce muchísima violencia contra la persona detenida. Le golpean. Hay tratos de tortura. En el caso de que se esté ejerciendo la defensa técnica en un proceso judicial de una persona, la mayoría de veces, se cuenta únicamente con su testimonio. Es decir, la víctima cuenta lo que le sucedió, pero más allá de eso es difícil poder demostrar.

Dentro del proceso carcelario se sufren violaciones de derechos, sobre los cuales DF expresa:

Existen tratos completamente violentos, vejaciones, puede haber tortura. Además, puede haber estas situaciones que siempre se presentan: que llegues a pagar por tu seguridad dentro de la cárcel, a las mafias o a estos grupos que controlan la cárcel.

De la misma manera ED manifiesta:

Hay un compañero que se encuentra detenido de la protesta del mes de octubre, él está preso injustamente y así mismo ni abogados, ni tanto jueces. Le echaron la culpa, le criminalizaron y él está para 5 años de sentencia y eso estamos nosotros luchando para que le declaren inocente.



Finalmente, estas estrategias que se dan en el proceso judicial tienen el objetivo de abolir la resistencia llevada a cabo por los activistas y las activistas. En palabras de DF:

Esto significa un gasto de tiempo, un gasto de recursos económicos. Significa incluso un impacto netamente, no sólo para las personas sino para sus familias, incluso, muchas veces, para su comunidad. Y significa, básicamente, eliminar de la ecuación de la red de la resistencia a la persona, porque ya no se va a preocupar del proceso de resistencia o de defensa de derechos, sino se va a preocupar de su propia defensa.

Todas estas irregularidades y estrategias del Estado y de la industria minera tienen como finalidad abolir y erradicar la defensa que están llevando a cabo los activistas y las activistas del medio ambiente y miembros de la comunidad. Sin embargo, estos grupos y comunidades se enfrentan a otro proceso de la criminalización que es la creación y confrontación de los grupos paramilitares. ED habla sobre estos grupos:

Ellos no respetan nada. Ellos gritan “estamos en nuestro territorio” y que tenemos que salir de ahí porque no es nuestro territorio. Eso es lo que ellos dicen. O sino dicen que sabemos dónde trabaja tu esposo, sabemos dónde trabaja fulano, de tal va a ir preso; y así, sucesivamente, para tratar de intimidarnos a nosotros y siempre con instrumento...

Sin embargo, en el Ecuador la paramilitarización es un aspecto que aún no se ha generalizado como lo que sucede en Colombia y en otros países, donde su presencia es de gran magnitud. Al respecto, DF comentó:

En el caso del Ecuador, el fenómeno que está sucediendo alrededor de la minería es que se está tratando de formar una especie de organizaciones celulares de mineros ilegales que busquen entrar en los territorios donde hay una resistencia fuerte frente al desarrollo de los proyectos mineros para generar violencia y actividades ilícitas y con eso permitir la justificación del desarrollo de los proyectos mineros legales.

A este comentario, más adelante D.F. añadió:

Generar células de mineros ilegales que ingresen al territorio, que ingresen a la zona, que generen violencia, llegando incluso a los asesinatos, como en el caso del compañero Andrés Durazno.

A pesar de la falta de organización se puede denominar a los grupos armados en estas zonas de Molleturo-Río Blanco como paramilitaristas. Asimismo, se puede observar cómo la megaminería coopta en células a las trabajadoras y los trabajadores y a otros miembros de la comunidad para generar un discurso



progresista favorable para ellos. Esto conlleva un cambio de perspectivas en las personas con relación a los intereses de la comunidad, pues culpan a la defensa del medio ambiente y las luchas de los activistas de generar actos violentos y de odio. Debido a esto, se produce el siguiente nivel de la criminalización que es el desplazamiento forzado de la comunidad con el fin de salvaguardar su integridad física. La comunidad prefiere evitar los altos índices de violencia por parte de la fuerza pública, grupos paramilitares o células de mineros ilegales. D.F. cuenta su experiencia sobre este nivel de criminalización:

Hacen que las comunidades se vacíen, que la gente salga de las comunidades; y Río Blanco, por ejemplo, en este momento, ha sufrido mucho eso. Hay muchas personas que han preferido salir de Río Blanco porque ya es un espacio donde llega la policía, los militares, donde criminalizan, donde se ejercen las violencias, donde además es un espacio que ya no controla la comunidad, que ya no administra únicamente la comunidad, sino que llega una empresa minera que se cree dueña del territorio y empieza a administrar también estos territorios...

D.F. añade más adelante:

Toda esa violencia, ese conjunto de elementos obliga a las personas a salir de los territorios, y creo que eso es una de las consecuencias más violentas que puede existir en contra de las comunidades.

La salida de los territorios es una respuesta que encuentran las comunidades frente a la falta de control de los espacios que tenía la comunidad. Además, esta huida se justifica en el miedo ante la imposibilidad de asegurar su integridad biopsicosocial porque la expresión máxima de la violencia que se ha ejercido dentro de estos territorios ha sido la muerte. Es así que, en abril de 2018, se dio un incidente en Cochabamba. Grupos afines a la minería y policías agredieron a niños, niñas y mujeres que celebraban un cumpleaños. Una integrante de la familia Sánchez fue herida, amenazada de muerte y de posibles represalias hacia sus familiares (Alianza por los Derechos Humanos-Ecuador, 2021). Por otro lado, en el 2021 el líder de la resistencia fue asesinado. E. D. nos refiere en la entrevista:

Por ejemplo, no es mucho tiempo que le mataron a un tío mío. Es un golpe muy duro que nos dan a nosotros. Entonces, a través de la minería se da esto, le mataron, y siempre utilizan a las mismas personas que están en resistencia que tratan de dividir a la persona. Es la estrategia de las mineras.



El proceso de la criminalización es extenuante y peligroso para los y las activistas debido a sus complejas etapas afectan también a las comunidades y sus territorios. Una vez criminalizada la persona que ejercía mayor resistencia a través del activismo se inicia el ingreso de la industria extractivista y, muchas veces, produce la muerte de los defensores de los derechos de la naturaleza.

Activismo en hombres y mujeres, y criminalización

El activismo se manifiesta de manera diferente en hombres y mujeres pues, también, responde a una lógica patriarcal donde las mujeres desempeñan roles de cuidado a diferencia de los hombres quienes ocupan cargos dirigenciales en los grupos de resistencias del activismo. Sin embargo, de las mujeres depende la sostenibilidad del activismo. D.F. Hace una observación sobre este aspecto:

Dicho de una manera muy concreta, sin las mujeres no es resistencia de ninguna forma. Para empezar, muchas veces las mujeres son la primera línea de la resistencia, son las primeras en levantar la voz de denuncias cuándo se insertan, por ejemplo, un proyecto minero o cuando suceden fenómenos como la compra de conciencias.

Las mujeres representan esta primera línea de activación, protección y cuidado, según ED:

Las mujeres aportamos muchísimo porque las mujeres estamos al frente de todo. Claro que los varones también apoyan; pero cuando viene, por ejemplo, un enfrentamiento con el policía, empresas mineras, quienes estamos al frente somos las mujeres. Y las mujeres estamos ahí dando el hombro como para proteger a los varones.

Otra de las manifestaciones de desigualdad se da cuando los diferentes roles que cumplen los hombres y las mujeres impiden una integración equitativa para el ejercicio del activismo. Las actividades que realizan mujeres limitan su desarrollo pleno porque tienen que encargarse de las múltiples necesidades de la comunidad. D.F. expreso esta situación de la siguiente manera:

Cuestionar muchísimo los roles dentro de los procesos de resistencia. Hay un rol histórico que han sido rezagadas las compañeras, las mujeres. Y es el tema de los cuidados alrededor de los procesos de resistencia. Y es que mientras las comunidades están ahí peleando. Generalmente, son las mujeres que se hacen cargo de las familias. Se hacen cargo de las niñas, niños en medio de una situación de conflicto. Se hacen cargo también de cocinar para poder sostener la reunión en las asambleas donde se toman las decisiones. Entonces, son las mujeres las que hacen eso al mismo tiempo. Son las mujeres que se encargan de la agricultura familiar, esta agricultura



que permite obtener los alimentos para hacer las comidas en las asambleas o situaciones similares.

Por otro lado, las mujeres -pese tener a su cargo las tareas de cuidado- también desempeñan un activismo sólido que recae en alternativas para la transformación de las comunidades afectadas por el extractivismo. Sin embargo, no se sienten apoyadas por la comunidad. E.D. nos explica:

No valoran nuestra lucha, pero nosotros estamos ahí permanente dando el cuerpo hacia las violencias o la criminalización. Entonces, siempre estamos ahí luchando. Por eso, decimos que somos un gran aporte. Entonces, las mujeres buscamos una alternativa ante la minería siempre, de las mujeres asoma un proyecto, asoma una alternativa. Claro que la comunidad interviene; en cambio, las mujeres presentamos alternativas, tenemos que sacar alternativas frente a un proyecto minero. Entonces, por lo tanto, es que la lucha y la presencia...

Por su parte, D.F. nos dijo:

Generalmente del proceso de resistencia, va a cuestionar las estructuras patriarcales que permean los procesos organizacionales y que recluyen a las compañeras roles de cuidado y no permite que asuma roles de dirigenciales...

Las mujeres dentro del activismo sufren violencia de género de manera directa e indirecta. Violencia directa cuando esta se manifiesta por medio de golpes que afectan su integridad física; y violencia psicológica, cuando se manifiesta por medio del estrés, ansiedad y depresión. Se considera esta última como violencia indirecta puesto que no es percibida como tal, debido a la naturalización de la violencia de género en las comunidades. “Por lo tanto, es que la lucha y la presencia es de las mujeres quienes estamos permanentemente dando el cuerpo y dando o siendo vulneradas en nuestros derechos”, asegura E.D. Sin embargo, la violencia de género puede terminar en un feminicidio.

Entre las activistas se han manifestado afecciones psicológicas como el estrés, la depresión, el miedo. Esta ha devenido en afecciones físicas. ED manifiesta:

Eso es lo que genera miedo. Igual, los hijos siempre están en eso pensando: mami si se va por ahí y algo le pase y así. Entonces, eso es lo que le deja generando. Así, para tratar de seguir dividiendo, le dejan ese miedo a las personas. Yes por eso que las personas siempre dicen: “y ahora, si la minería se da... y ahora, si la minería vuelta vuelve abrir...



Por otro lado, se evidencia la violencia psicológica como un factor que degrada la salud. ED nos refiere su experiencia en torno a este aspecto:

He tenido, por ejemplo, depresión. No comer o comer demasiado, ya se enferma. Por ejemplo, yo tengo la presión alta con problemas de tiroides y todo eso entonces, todo eso, uno se siente preocupada. Pienso que le van hacer daño a alguien; entonces, se comienza incluso hasta a tener pesadillas, que realmente sucede eso. Esos sueños, a veces, se convierten en realidad. Entonces, me da miedo porque a veces lo sueños de unos se hacen realidad o el presentimiento de uno se hace realidad...

Otro aspecto de la manifestación de la violencia de género es la que se ejerce por parte de los grupos de resistencia debido al machismo. D. F. nos refiere la situación:

La violencia de género se sigue manifestando dentro de los procesos organizacionales de las mismas luchas por la defensa de la naturaleza. Y siempre ese tema de un protagonismo asumido más por los hombres que por las mujeres...

También E. D. nos comentó sobre este aspecto:

Invitan más a los hombres que a las mujeres. En toda la reunión estuvimos 30 miembros de las comunidades y la mayoría... hombres que mujeres. Entonces, ahí nomás se ve una vulneración, que debería ser equitativamente entre varones y mujeres. Entonces, a través de las mismas autoridades, no sé si las mujeres tenemos un sexto sentido, un haz para pensar mejor o no sé, pero eso es lo que a las autoridades no les gusta, que una mujer llegue a un poder porque si una mujer está en el poder o está liderando, siempre es mal vista en cambio los varones no es así...

Esta violencia de género, presente en el comportamiento machista, no solo es ejercida por hombres. E. D. denuncia que hay, incluso, mujeres que marginan a las mujeres que lideran la resistencia:

No podemos liderar libremente porque siempre hay un pero, a veces, de las mismas mujeres. El machismo, ignoran nuestra lucha, nuestro liderazgo. Esto viene, incluso, de las mismas mujeres. No nos respetamos, el machismo siempre está presente.

Ahora bien, la manifestación de violencia que sufren los hombres se perpetúa por las relaciones de poder y por la amenaza que ellos representan por su liderazgo. Así, DF expresa su percepción sobre este elemento:



Como la mayoría de los cargos dirigenciales son ocupados por hombres, entonces, hay un mayor índice de criminalización a hombres. Pero no es una consecuencia de las relaciones de género de manera inmediata. No es que los hombres son más criminalizados porque son hombres, sino más bien todo lo contrario, sino que los hombres son más criminalizados porque, dentro de las estructuras patriarcales, quienes más ocupan cargos dirigenciales son los hombres.

Estas formas de violencia devienen en la expresión máxima que es la muerte. En el caso de las mujeres no es una acción constante. Es decir, no existen gran cantidad muertes de las activistas mujeres. En el caso de Molleturo-Río Blanco, no se han evidenciado casos de muerte de mujeres; mientras que en el caso de los hombres la muerte se presenta recurrentemente. Por ejemplo, D.F contó una experiencia que vivió dentro de su propia familia:

...no es mucho tiempo que le mataron a un tío mío. Es un golpe muy duro que nos dan a nosotros, entonces, a través de la minería se da esto, le mataron. Y siempre utilizan a las mismas personas que están en resistencia que tratan de dividir a la persona. Es la estrategia de las mineras...

...Andrés fue sujeto de un intento de proceso de criminalización. Fue denunciado ante la fiscalía. Obviamente, empezó toda la investigación, pero como no había razón para criminalizar, porque no se comprobó pues fiscalía no pudo hacer mayor cosa. Pero estos poderes políticos siempre encuentran la manera de poder llevar a cabo sus intereses, de materializar sus intereses. Y en el caso del tío Andrés, fue su asesinato...

Finalmente, cabe observar que todas estas instancias violentas y de muerte no han sido de interés para el Estado. Por eso, la situación de las y los activistas no ha mejorado. Además, la vivencia del activismo en hombres y mujeres es totalmente diferente. La mujer sufre violencia de género dentro y fuera del activismo. Además, sobre las mujeres se ejerce una sobrecarga de actividades denominada triple rol; y el proceso de violencia afecta más a mujeres. Sin embargo, la muerte no está dirigida hacia las mujeres.

Discusión

La megaminería en Molleturo-Río Blanco ha provocado un desequilibrio socio-ambiental por el que tanto la naturaleza como la comunidad enfrentan un deterioro y vulneración de sus derechos. Galtung (2016) describe a este desequilibrio como un ecocidio pues lo entiende como la máxima degradación ecológica. Los grupos ambientalistas o defensores de los derechos de la naturaleza se insertan en los territorios amenazados o afectados por la minería para concientizar y defenderlo de lo que consideran un atentado llevado a cabo por estas industrias.



En Molleturo-Río Blanco, el activismo frente al proceso extractivista de la megaminería enfrenta etapas de criminalización que vulneran los derechos de quienes lo ejercen. Según el Global Witness (2019), la criminalización de los activistas y las activistas se llevan a cabo en cinco etapas. Sin embargo, los resultados de esta investigación muestran seis etapas para la criminalización de las y los activistas de Molleturo-Río Blanco. Así, consideramos que la primera etapa es la llegada de las industrias mineras que se instalan sin que haya antecedido un proceso de consulta a la comunidad. Estas industrias se apoyan en un discurso demagógico que ofrece desarrollo para los territorios destinados a la explotación. Las ofertas nunca se cumplen. Tampoco se cumplen los acuerdos. Pero sí se atenta en contra de la calidad de una vida digna.

Por otro lado, el Global Witness no recoge como parte del proceso de la criminalización la migración forzosa e involuntaria que consiste en el desplazamiento de los miembros de las comunidades. Como los y las activistas residen en los territorios de conflicto y enfrentan la violencia de forma constante, viven el temor que los obliga a desplazarse. No siempre sucede esto, mayoritariamente la violencia deviene en la muerte.

El análisis del activismo desde una perspectiva de género nos permite reconocer la importancia de las mujeres en la labor de la defensoría de los derechos de la naturaleza. Las mujeres tienen mayor contacto con el ambiente. Según Puleo (2017), las mujeres tienen mayor vínculo con la naturaleza; y esto las ha llevado a ser las cuidadoras del ambiente. Las ha convertido en las principales activistas de los derechos de la naturaleza. Dicho activismo ha incurrido en actos violentos para quienes lo ejercen por parte de estos grupos verticales e industriales.

Las mujeres representan la primera línea a la hora de la defensa, lo cual deviene en vulneraciones de sus derechos a través de actos violentos, no solo por parte del Estado y la minería, sino también dentro de la resistencia. Este tipo de violencia no solo se ve manifestada de manera física sino que, además, muchas de las mujeres activistas se enfrentan a una violencia simbólica. Este tipo de violencia se da cuando los hombres se apropián de los espacios de dirigencia y rezagan a las mujeres al ámbito de los cuidados. Sin embargo, en Molleturo Río-Blanco, las mujeres han tenido acceso a puestos de dirigencia, aunque siguen siendo ellas quienes ejercen el cuidado. Esto ocasiona que el triple rol se refuerce.

Según los resultados de la investigación, la criminalización relacionada a las irregularidades del proceso judicial es ejecutado, mayoritariamente, en hombres; pero también afectan a las mujeres de manera colateral debido a que son hombres quienes se encuentran al frente del “liderazgo” de la resistencia. Esta afección que se genera en las mujeres de manera colateral no sig-



nifica que la violencia recibida sea menor que la dirigida hacia los hombres; sino más bien, representa una responsabilidad mayor para las mujeres en el activismo y en las labores de cuidado.

Finalmente, estos altos índices de vulneraciones de derechos están estrechamente relacionados con los intereses de la industria minera y del Estado. Desde la teoría extractivista de Gudynas (2015), se resalta que el proceso extractivista dejó de ser un proceso pensado en la sustentabilidad, debido a que sus intereses están pensados en la justicia economizada y no, en el vínculo de ambiente-sociedad. Esto se maximiza debido a la participación de los régimenes políticos verticales que responde a estos intereses de un capitalismo exacerbado en contra de los derechos de las personas y el ambiente.

En todo caso, este estudio nos ha mostrado que aún queda un deber por cumplir. Es importante analizar el activismo en las comunidades que están siendo afectadas por procesos extractivistas. Hay una escasez de información sobre la vulneración de los derechos de quienes se encuentran ejerciendo el activismo en defensa del medioambiente. Además, todavía nos resta entender que mujeres y hombres pasan por un proceso de criminalización diferenciado y acorde a su género. Muchas de las violencias no solo se viven de manera externa, sino que también están presentes en el interior de los grupos de defensoría. Por esta razón, es importante transversalizar el enfoque de género en todos los procesos de desarrollo humano. Por último, todavía falta dilucidar cuál es la labor del Estado frente a estos actos violentos. La imagen que tienen los y las activistas sobre el Estado es de desinterés y de alianza con las industrias. Piensan que el estado irrespeta los marcos normativos como lo son la Constitución y el Acuerdo de Escazú.

Conclusión o Consideraciones finales

El proceso de criminalización que recae en las y los activistas en Molleturo-Río Blanco inicia desde el momento en que la megaminería se inserta en estos territorios. Luego, sigue la estigmatización de quienes ejercen el activismo considerándolos como terroristas, estafadores y estafadoras. Por otro lado, la etapa de las irregularidades en los procesos judiciales está presente en todos quienes enfrentan a la justicia. Paralelamente, el Estado, la industria y grupos paramilitares ejercen violencia en contra de ello y esta violencia, muchas veces, termina en la muerte. Finalmente, para la prevención de la integridad de los y las activistas de la comunidad, la comunidad opta por la migración forzada, empujada por el temor y la falta de una autonomía que tenían antes de la llegada de la megaminería.



La vivencia del activismo en hombres y mujeres pasa por un proceso diferenciado por la criminalización y por los roles de género. Las mujeres son la primera línea de la resistencia. Son quienes ponen el cuerpo para defender los derechos de a la naturaleza y del medio ambiente; sin embargo, por la cultura patriarcal, su labor ha sido relegada al ámbito de cuidado e invisibilizada. Así, son hombres quienes se encargan de los puestos gerenciales y las mujeres, del cuidado de la familia, alimentación, trabajo y protección del medio ambiente y la comunidad. El proceso de la criminalización en la etapa de la judicialización está dirigido a los hombres debido a que son ellos quienes ejercen el liderazgo. No obstante, las mujeres son quienes -al encargarse de estos puestos- sufren una sobrecarga de trabajo al que llamamos triple rol. Esto provoca que sean ellas quienes enfrenten más vulneraciones de derechos que los hombres, ya sea por parte de los grupos paramilitares, estatales y dentro de la misma resistencia.

El Estado -a pesar de que, en la Constitución del Ecuador del 2008, se garantiza los derechos de la naturaleza y de las personas bajo el paradigma del Buen Vivir- no está garantizando la aplicación de dichas normativas. Esto ocurre porque el Estado responde a los intereses de las industrias, dejando en indefensión a los y las activistas, a las comunidades y los territorios de explotación. Además, ha ignorado los acuerdos internacionales y regionales para proteger a las personas que ejercen el activismo por el medio ambiente, tales como el Acuerdo de Escazú firmado en Ecuador en el año 2020.

Referencias bibliográficas

- Alianza por los Derechos Humanos-Ecuador. (2021). Situación de personas defensoras de derechos humanos, colectivos y de la naturaleza en Ecuador: Retos y desafíos en la construcción de sistemas integrales y diferenciados para su protección. Quito: Fundación Pro-Defensa de la Naturaleza y sus Derechos y Action Solidarité Tiers Monde (ASTM).
- Cardona, A. (21 de diciembre de 2020). Mongabay. <https://es.mongabay.com/2020/12/los-reportajes-mas-leidos-de-ecuador-2020-medio-ambiente/>
- FIDH. (2015). Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivistas en Ecuador. INREDH.
- GAD Molleturo. (2019). Molleturo. <https://gadparroquialmolleturo.gob.ec/azuay/proyectos/>
- Galtung, J. (2016). La violencia: cultural, estructural y directa. Cuadernos de estrategia, 147-168.



- Global Witness. (2019). ¿Enemigos del Estado?. *Global Witness*, 87-93
- Global Witness. (2020). Defender el Mañana: Crisis Climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente. *Global Witness*, 1-52.
- Gudynas, E. (2015). Extractivismos: Ecología, economía política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza. Cedib.
- Puleo, A. (2017). ¿Que es el Ecofeminism? *Quaderns de la Mediterrània*, 210-214.
- Reyes, E. (2017). El activismo social y sus particularidades en la educación social. EduSol, 61.

Este libro se terminó de imprimir en enero de 2023
bajo el sello editorial UCuenca Press, en su taller gráfico.

Cuenca - Ecuador

UCUENCA PRESS