

# REVISTA ANDINA DE INVESTIGACIONES EN CIENCIAS JURÍDICAS

---



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Central

ÓRGANO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Año 1

Nº 1

2024





REVISTA ANDINA  
DE INVESTIGACIONES  
EN CIENCIAS  
JURÍDICAS



**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**(Sede Central)**

**Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas:**  
Año: 1 – N° 1 -2024

**Presidencia del Comité Editorial:** Dr. José Luis Gutiérrez Sardán

**Comité evaluador:** (Orden alfabético)

Dr. Iván Carlos Arandia Ledezma - *Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca.*

Dra. Nancy Susana Cardinaux - *Universidad de Buenos Aires.*

Dr. José Francisco Chalco Salgado - *Universidad del Azuay.*

Dr. Roberto Arturo Corrales Dorado - *Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca.*

Dr. Rubén Martínez Dalmau - *Universidad de Valencia.*

Dr. Raúl Llasag Fernández - *Universidad Central del Ecuador.*

Dr. Farit Lambert Rojas Tudela - *Universidad Mayor de San Andrés.*

Dr. Alberto Alfredo Rubio - *Universidad de Flores.*

Dr. Alex Iván Valle Franco - *Escuela de Derechos y Justicia del IAEN, Universidad de Posgrados del Ecuador.*

Dr. Jaime Villalta Olmos - *Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central).*

Dr. Juan Jaime Zubieta Arce - *Universidad Técnica de Oruro.*

**Coordinación/editor:** M.Sc. Antonio Enrique Durán Pacheco

**Plataforma OJS:** Ing. Joaquín Saavedra

**Diagramación:** Jorge Delfin Cuenca Churqui

**Redacción y estilo:** Lic. Iván Bustillos Zamorano - Lic. María Virginia Ortiz Echazú - Dr. Alex Salinas Arandia.

**Asistencia Operativa:** Ericka Dayanna Marin Cervantes

**DL:** 3-3-134-2024

**ISSN:** 3007-5335

Impreso en agosto de 2024 en los Talleres Gráficos de la UASB, en Sucre-Bolivia.

Las opiniones y resultados alcanzados por los autores en los artículos científicos de esta revista, tienen carácter individual.

Todos los derechos reservados. se autoriza la reproducción parcial o total del material contenido en esta revista para fines exclusivamente educativos o investigativos, siempre y cuando se especifique la fuente y a los autores.

# Contenido

Pág.

- 6 Presentación.  
*José Luis Gutiérrez Sardán*
- 
- 9 Sistema penitenciario y crisis carcelaria en el Ecuador:  
implicaciones en derechos humanos y justicia penal.  
*Rony Estrella Saltos*
- 43 Derechos de personas vulnerables en la contratación  
presencial y telemática ante notario público en  
Ecuador.  
*Paul David Arellano Sarasti*
- 67 Libertad de empresa y su protección constitucional en  
Bolivia.  
*Shirley Gamboa Alba*
- 91 El derecho a la vida privada y familiar como  
fundamento de la reproducción humana asistida en  
Ecuador.  
*Silvia Zambrano Noles*
- 119 Del Pluralismo Liberal al Constitucionalismo  
Intercultural.  
*Kristian Guillermo Nieto Hernández*
- 151 La especialización de la jurisdicción constitucional  
desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial  
efectiva.  
*Norman José Pardo Torres*

- 173 La ejecución de sentencias en el marco de la tutela judicial efectiva en Ecuador: desafíos y oportunidades.  
*Luis Ernesto Quinde Quizhpi*
- 193 El rol de la Interculturalidad y el Pluralismo Jurídico en la interpretación constitucional de la Ley Penal.  
*Victor Hugo Jaya Duchi.*
- 
- 232 Convocatoria.
- 238 Parámetros y criterios de evaluación de los artículos postulados.

## PRESENTACIÓN

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) fue creada el 14 de diciembre de 1985 como Organismo Académico de la Comunidad Andina (CAN), producto del “Acuerdo de Cartagena” y el “Compromiso/Protocolo de Trujillo”, que dieron paso a su incorporación en el Sistema Andino de Integración (SAI), del que actualmente participan Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

La Sede Central de esta universidad internacional, está establecida en la ciudad de Sucre-Bolivia y además tiene sedes y oficinas en otros países de la Comunidad Andina (CAN), es el caso de la Sede Nacional en Quito-Ecuador, las Sub-Sedes Académicas en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), así como oficinas en Lima-Perú (en la Secretaría General de la CAN) y Bogotá-Colombia (en el Parlamento Andino).

El *Artículo IV*, inciso *a*) del Estatuto de la UASB, señala dentro de sus objetivos: *“Contribuir a la solución de los problemas de la Comunidad Andina, América Latina y el Caribe, mediante la investigación y el estudio de los mismos en el marco del desarrollo y la integración andina; y, con esto, contribuir a la capacitación científica, técnica y profesional de recursos humanos”*.

En este sentido, la investigación científica es una de las principales funciones de esta universidad, razón por la que se fortalecen permanentemente las capacidades investigativas de los ciudadanos andinos en general y de nuestra comunidad universitaria en particular, para que a través de ellas se brinde atención a las necesidades de la subregión andina con la producción de nuevo conocimiento científico e innovación.

Por ello, dentro de las “Políticas de gestión del conocimiento e investigación de la UASB”, se ha establecido la importancia de generar canales institucionales que promuevan la difusión de los principales resultados de los procesos de investigación que se gestan en los programas posgraduales: diplomados, especialidades superiores, maestrías y principalmente de los doctorados, por su carácter eminentemente investigativo.

Como parte de estos canales de difusión, la UASB (Sede Central) ha creado revistas científicas de carácter arbitrado, que aplican el sistema de evaluación por expertos (peer-review), bajo el método de pares ciegos (doble-blind review), que son gestionadas a través de la plataforma Open Journal Systems (OJS), como medio que garantiza la revisión objetiva e imparcial de los artículos que son postulados, en respuesta a convocatorias.

Las revistas de la UASB cuentan con periodicidad semestral en formato físico y digital, cumpliendo con todos los estándares internacionales para su indexación en las bases de datos, redes internacionales y repositorios académicos, por lo que se siguen todas las normas de calidad y rigores académicos para la producción y difusión de publicaciones científicas,<sup>1</sup> cumpliendo las normas internacionales de registro y edición.<sup>2</sup>

Es importante destacar y agradecer el trabajo realizado por el Comité evaluador de las revistas científicas, quien nos honra con su participación, arbitrando los artículos recibidos y contribuyendo así a elevar la calidad de esta publicación, a través de los aportes, comentarios y observaciones que sin duda han enriquecido este proceso.

Dr. José Luis Gutiérrez Sardán  
**RECTOR**  
**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**SEDE CENTRAL**

---

1 Calidad y estructura estandarizada de los artículos (Introducción, Métodos, Resultados y Discusión – IMDR); originalidad y uso correcto de fuentes de datos (revisión de integridad con software Turnitin); riguroso procedimiento de admisión, revisión y aprobación (mediante Comité Evaluador conformado por miembros con grado de doctor, equivalente a Ph.D.).

2 International Standard Serial Number (ISSN); Digital Object Identifier (DOI); Open Research and Contributor Id. (ORCID); y el Depósito Legal (D.L.) en el Archivo y Bibliotecas Nacionales Bolivia.



# SISTEMA PENITENCIARIO Y CRISIS CARCELARIA EN EL ECUADOR: IMPLICACIONES EN DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL.

*Penitentiary system and prison crisis in Ecuador: implications on human rights and criminal justice.*

\*Ronny Michael Estrella Saltos

<https://orcid.org/0009-0000-6407-2247>

DOI: <https://doi.org/10.69633/8zb9kb68>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 15/04/24

Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN (Ecuador)

## RESUMEN

El sistema penitenciario en Ecuador enfrenta una profunda crisis carcelaria, caracterizada por una serie de problemáticas que tienen severas implicaciones en el respeto a los derechos humanos y la garantía de la justicia penal para las personas. Las cárceles ecuatorianas han sido escenario de una violencia sin precedentes, marcada por masacres y enfrentamientos entre bandas. Esta situación ha sido exacerbada por la sobrepoblación y el hacinamiento, como el reflejo del uso excesivo de la detención preventiva y la falta de alternativas efectivas frente al encarcelamiento. El objetivo principal de este estudio es analizar el sistema penitenciario, y la crisis carcelaria en Ecuador, y sus consecuencias en el respeto a los derechos humanos y la aplicación de la justicia penal. Esta investigación recurrió a una modalidad paradigmática cualitativa, propia de las Ciencias Sociales, como el Derecho, con un nivel de investigación exploratorio y descriptivo. Este estudio consta de un diseño de investigación-acción, tiene una muestra de once expertos<sup>1</sup> y los criterios de un grupo multidisciplinario de profesionales en el área de la Psicología, Trabajo Social y Derecho. La técnica de recolección de información siguió los parámetros establecidos por la metodología focus group (grupos focales) o grupos de enfoque

\*Abogado. Diplomado en Ciencias Penales y Criminología. Magister en Derecho con mención en Estudios Judiciales. Conferencista universitario. Asesor en empresas públicas y privadas. Consultor de la empresa multinacional Applus A+. Socio fundador de la Cooperación de Estudios Nacionales – CENA.

1 Entre los que se destaca a la Doctora Mercedes Navarro Cejas, por su invaluable aporte.

Adicionalmente, con la técnica de revisión de materiales y documentos se realizó el análisis documental de diez documentos bibliográficos. El tipo de investigación en el área de Derecho es jurídico-propositiva. Los métodos utilizados fueron, en el nivel teórico: el analítico-sintético, el histórico-lógico y el inductivo-deductivo; en el nivel práctico: el análisis documental y el método de la interpretación jurídica. Como conclusión, se determinó que es necesario poner en acción una política criminal y penitenciaria integral y transversal, enfocada en la prevención y en el control de todo tipo de violencia en las cárceles, con la aplicación de diferentes medidas; como la reducción de la sobrepoblación carcelaria, mediante la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva y con nuevas políticas públicas adecuadas a la realidad.

**Palabras clave:** *derechos humanos, justicia, Estado, derecho penal, Ecuador.*

### ABSTRACT

Ecuador's penitentiary system is facing a profound prison crisis, characterized by a series of problems that have severe implications for human rights and criminal justice. Ecuador's prisons have been the scene of unprecedented violence, marked by massacres and clashes between gangs. This situation has been exacerbated by overcrowding and overcrowding, reflecting an excessive use of pretrial detention and the lack of effective alternatives to incarceration. The main objective of this study is to analyze the Penitentiary System and the Prison Crisis in Ecuador and its Implications for Human Rights and Criminal Justice. We used a qualitative paradigmatic research modality typical of social sciences such as Law with an exploratory and descriptive level of research. This study consists of an action-research design, with a sample of 11 experts, which included a multidisciplinary group of professionals in the area of Psychology, Social Work and Law through the information gathering technique of the focus group or focus groups. Additionally, the materials, documents and artifacts technique was used for the documentary analysis of 10 bibliographic documents. The type of research in the area of law is legal-propositional. The methods used at the theoretical level were analytical-synthetic, historical-logical and inductive-analytical.

**Keywords:** *human rights, justice, State, criminal law, Ecuador.*

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación centra su atención en la actual crisis carcelaria en Ecuador. Situación que, a su vez, estalló en el marco de un sistema penitenciario vigente en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia y que se presenta como una realidad sensible de estudio en el contexto de los Derechos Humanos y la Justicia Penal en la sociedad moderna (Casanova, 2022). Los factores que caracterizan a la crisis carcelaria de este país se basan en el hacinamiento, la violencia, la falta de servicios esenciales, y las condiciones precarias en las que viven los reclusos (Verdugo, 2023). El objetivo del estudio es analizar la crisis penitenciaria en Ecuador desde una perspectiva de derechos y justicia constitucional, con énfasis en el respeto a la dignidad humana y la propuesta de un sistema que promueva una rehabilitación efectiva para los presos, a través de la generación e impulso a medidas alternativas jurídicas que podrían mitigar la violación de los derechos humanos de estas personas.

Doctrinalmente, se reconoce que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia se dedica a proteger y fomentar los derechos fundamentales de todos los seres humanos, sin exclusión de los reclusos o de las personas privadas de libertad (Portilla, Coka y Santander, 2022). Lo anterior se explica en la perspectiva de que el Estado Constitucional enfoca sus acciones, en esta materia, en la justicia restaurativa y la reinserción social de los reclusos. Por ello, es crucial abordar la crisis carcelaria actual para prevenir la reincidencia delictiva. En consideración de que la sola existencia de esta crisis carcelaria cuestiona la legitimidad del sistema de cualquier Estado Constitucional. Las condiciones inhumanas y el aumento de la violencia en las cárceles generan percepciones de impunidad y falta de efectividad en la ejecución de las penas, debilitan la confianza pública en el sistema de justicia y esto incide, directamente, en el bien común y la seguridad jurídica, como fines del derecho (Arocena, 2022).

En este contexto, la crisis carcelaria de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en Ecuador, representa un reto complejo para el país. Esta situación desafía la garantía de los derechos fundamentales de los reclusos y pone en duda la eficiencia del sistema de justicia penal. El sistema carcelario ecuatoriano enfrenta problemas graves como la sobrepoblación, la violencia, y condiciones infrahumanas, lo que contraviene con las normas internacionales y resulta en continuas violaciones de los derechos humanos (Portilla, Coka y Santander, 2022).

Aunque existen disposiciones legales progresistas, en el marco constitucional y penal, que podrían fundamentar un sistema penitenciario más justo y humano, la falta de aplicación adecuada de la normativa y la escasez de recursos impiden que las leyes tengan un impacto significativo en la realidad de las cárceles ecuatorianas (Pineda y Campoverde, 2022). Por lo tanto, es crucial abordar esta problemática desde diversas perspectivas para generar respuestas críticas sobre el tema. En este estudio se pretende responder al cuestionamiento: ¿Cuáles son las consecuencias de la crisis carcelaria en el Ecuador, en el marco jurídico actual; cómo afecta al sistema de justicia penal y cuáles son las posibles reformas jurídicas que podrían mitigar la violación de los derechos humanos, de las personas encarceladas?

En este orden de ideas, puede mencionarse algunos estudios internacionales que abordan la problemática objeto-análisis: la base de datos Word Prison Brief, elaborada por el Instituto para la investigación sobre el crimen y la justicia policial (Institute for Crime & Justice Policy Research), ubicado en Londres – Reino Unido. que presenta la situación de las cárceles globalmente. Este informe aborda cuestiones como el hacinamiento carcelario, las condiciones de vida de los reclusos, la violencia y los sistemas penitenciarios en su conjunto. En el caso de Ecuador, el documento destaca que para 2021, la población carcelaria alcanzaba los 37,62 puntos sobre los 8,02 que tenía en 2000. La información actualizada de Ecuador está disponible en otras

bases de datos, también internacionales. Anualmente, estas bases estudian anualmente la situación de los derechos humanos en diferentes países, incluyendo aspectos relacionados con las cárceles, las violaciones de derechos humanos en el contexto penitenciario, la tortura, la falta de atención médica adecuada, y otras variables, como es el caso de la Human Right Watch del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CDH), o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otras organizaciones.

La base de datos recopilada por Human Rights Watch” indica que, en 2023, en Ecuador se observa una escalada significativa de la incidencia delictiva y en la violencia ejercida por organizaciones criminales organizadas, particularmente las pandillas. La sobrepoblación carcelaria, combinada con una deficiente supervisión estatal de estas instalaciones, ha facilitado que entre las personas detenidas cundan múltiples actos de violencia masiva. Paralelamente, desafíos estructurales de larga data requieren respuestas a las demandas de las comunidades indígenas y de los sectores de bajos ingresos que han generado movilizaciones sociales que, en ocasiones, han sido reprimidas con un uso desproporcionado de la fuerza de parte de los cuerpos de seguridad.

La misma fuente de información hace referencia a que la estabilidad de las instituciones democráticas en el país es precaria. Al menos, eso dejan en evidencia las acusaciones recurrentes de corrupción, interferencias en la designación de autoridades y destituciones motivadas por acciones políticas. Adicionalmente, se han reportado demoras en los procesos judiciales, deficiencias en las garantías procesales y presiones indebidas sobre el sistema judicial. Respecto a los derechos humanos, persisten restricciones en el acceso a servicios de salud reproductiva para mujeres y niñas, y una protección insuficiente para menores de edad y para la comunidad LGBT, esto también ha sido mencionado por otras fuentes doctrinarias (Pineda y Campoverde, 2022).

De acuerdo con datos del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CDH), se estima que aproximadamente 600 individuos han perdido la vida en las instalaciones penitenciarias de Ecuador, desde 2019 hasta la fecha. Esta cifra refleja una crisis sostenida en el sistema penitenciario ecuatoriano, y las intervenciones para remediar la situación han sido insuficientes. En el más reciente informe sobre la crisis carcelaria del CDH (2021) se indica que Ecuador enfrenta una crítica situación en su sistema penitenciario, esta es de naturaleza estructural. Esta crisis alcanza niveles sin precedentes de violencia y corrupción en las prisiones.

Según dicho informe, esta problemática es consecuencia de una prolongada negligencia estatal hacia el sistema penitenciario y la falta de una estrategia criminal cohesiva. Otras organizaciones, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la ausencia de iniciativas gubernamentales enfocadas en la prevención y control de la criminalidad, bajo un marco de derechos humanos que aborde las raíces del problema, planteado el 29 de abril de 2023. Se ha evidenciado una tendencia gubernamental a privilegiar el encarcelamiento, como solución a los problemas de seguridad pública. Esta aproximación ha llevado a un aumento significativo en las tasas de encarcelamiento en años recientes, un uso excesivo de la detención preventiva, dificultades en la puesta en vigencia de alternativas a la privación de libertad, y la incapacidad de asegurar la reinserción social efectiva de los detenidos. (CIDH, 2021). En 2024, la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (ACNUDH), sobre la crisis carcelaria de Ecuador, indicó que el país enfrenta desafíos considerables en el manejo de la violencia. Muestra de ello ha sido la reacción ante diferentes acontecimientos. Por ejemplo, cuando un suceso social concluye con la quema de vehículos y la detonación de explosivos, acciones que provocaron la muerte de al menos doce individuos, incluyendo dos oficiales de policía.

Tras esta conmoción social, los medios de comunicación informaron que, aproximadamente, 150 empleados penitenciarios y 20 trabajadores administrativos fueron secuestrados por prisioneros, en siete establecimientos penales, en diferentes puntos del país. (ACNUDH, 2024). Ahora bien, una vez expuesta la perspectiva que evidencian los organismos internacionales, sobre la crisis carcelaria en el Ecuador, los derechos humanos y la justicia penal, es necesario considerar esta realidad desde la perspectiva nacional. Algunos antecedentes doctrinales que describen esta realidad indican que, desde hace algún tiempo, esta violencia es una preocupación nacional. En líneas generales, autores como Bou (2021) indican que, inicialmente, la adaptación al ambiente carcelario, a pesar de haber sido extensamente examinada, aún no ha sido definida de manera satisfactoria en la literatura académica. Tradicionalmente, los estudios en este campo han limitado su conceptualización del fenómeno de adaptación, a los aspectos comportamentales y a las problemáticas de los reclusos. Existe la tendencia a observar la supuesta adaptación negativa de los reclusos con conductas inapropiadas y sanciones que reciben en el entorno penitenciario, pero no se toma en cuenta la realidad de los recintos, como se describió con anterioridad. El autor propone una redefinición de la adaptación en el contexto carcelario, con el argumento de que es crucial considerar dos dimensiones del fenómeno: la participación efectiva y el éxito en los objetivos institucionales, y la contribución a un ambiente de convivencia armonioso dentro de la prisión (Bou, 2021).

Con este enfoque, se entiende que el proceso de adaptación no solo depende de las acciones de los internos, sino también de la influencia significativa de la institución penitenciaria y su personal (Bou, 2021). Esto incluye la definición de criterios para el cumplimiento de los objetivos de la sentencia, la evaluación del comportamiento de los reclusos y la determinación de cuándo aplicar medidas punitivas u otras estrategias para fomentar la conformidad. El autor subraya la importancia de

conceptualizar la adaptación como un proceso interactivo entre los reclusos y la institución. Además, analiza la imposición de sanciones, un proceso influenciado tanto por la conducta de los reclusos, como por el uso de mecanismos disciplinarios por parte del personal (Bou, 2021). Lo anterior se explica en que, si bien en el nivel doctrinal, algunos conceptos relacionados con la privación de libertad no han sido definidos a cabalidad en el nivel doctrinal, lo que sí se genera en el recluso, es un efecto choque porque perciben que deben establecer sus condiciones de vida en un ambiente que no ha sido definido, en muchos casos, para su reinserción social.

Algunas investigaciones que, concretamente, versan sobre la crisis carcelaria en Ecuador, incluyen varios aspectos de interés. Autores como Naranjo et al. (2019) aborda una meticulosa evaluación de la coyuntura carcelaria en Ecuador y su relación con el panorama más amplio de América Latina. Los autores examinan una serie de elementos relevantes; por ejemplo, un análisis del fenómeno denominado populismo penal en Latinoamérica que se refiere a una tendencia política y social que promueve la implementación de políticas de seguridad más duras y punitivas, como respuesta a la delincuencia y el temor público asociado con ella. Estos datos indican una notable discrepancia entre el crecimiento demográfico global y el incremento considerable de la población encarcelada, sugiriendo la prevalencia de enfoques punitivos en las políticas globales. Entre las conclusiones principales de la investigación, se identifican factores clave que contribuyen a la crisis carcelaria en América Latina, tales como el aumento del desempleo, la escalada de la pobreza, el consumo de sustancias ilícitas y los flujos migratorios (Naranjo et al., 2019).

Autores como Da Fonte et al., (2022) abordan la violencia carcelaria de Ecuador desde tres perspectivas distintas: la finalidad de la sanción penal, las obligaciones estatales respecto a los individuos privados de libertad y el paradigma de la política criminal vigente. En la perspectiva de este estudio

destaca el análisis en torno a la finalidad de la sanción penal que efectúa un escrutinio de las normativas establecidas en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, normas que sustentan un enfoque progresista de la rehabilitación penitenciaria, pero que no ha podido materializarse en la esfera social práctica ecuatoriana, como consecuencia de distintos factores socioculturales (Carvalho et al., 2022). No obstante, se destaca una falta de concreción y efectividad de este enfoque, evidenciada al considerar los otros aspectos analizados en el estudio. En lo concerniente a las responsabilidades del Estado hacia los reclusos, se identifican múltiples falencias que, lejos de fomentar la rehabilitación, contribuyen a su deterioro. Entre estos problemas destacan el hacinamiento, el abuso de la detención preventiva y las infracciones a la integridad personal de los reclusos, aspectos que persisten en afectar al sistema carcelario ecuatoriano sin resolución efectiva hasta la fecha (Hernández, 2020).

Además, indican los mencionados autores que el modelo de política criminal de Ecuador, representa un enfoque represivo, ineficaz y desfasado en comparación con el modelo preventivo y garantista promulgado por la doctrina constitucional, según coinciden otros autores, como Hernández (2020). A partir de estos hallazgos, se extraen conclusiones y datos fundamentales para el análisis propuesto. La investigación destaca la necesidad imperante de fortalecer el sistema penitenciario ecuatoriano, a través de mejoras legislativas.

Ahora bien, en el nivel nacional, el sistema normativo en Ecuador juega un papel crucial en el contexto de la crisis carcelaria. Una adecuada aplicación y el fortalecimiento de las leyes se hacen indispensables para abordar las problemáticas subyacentes. La crisis evidencia deficiencias en la gestión carcelaria, por la sobrepoblación y la violencia, es necesario realizar reformas normativas que promuevan la rehabilitación y la reinserción social de los reclusos. El sistema debe garantizar la protección de los derechos humanos en las cárceles, con

un marco legal debe exigir suficientes condiciones dignas y seguras para los internos. Este enfoque normativo no sólo resolvería la crisis actual, también podría prevenir futuras situaciones similares, y sería una muestra de la importancia de un sistema jurídico sólido y eficiente para la estabilidad social y el respeto a los derechos fundamentales en el país.

En relación con el marco normativo ecuatoriano debe mencionarse, en primer lugar, a la Constitución de la República de Ecuador, Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, última modificación del 25 de enero del 2021, y registrada oficialmente el 20 de octubre de 2008 y que establece los derechos humanos como la piedra angular de las normas con base en la dignidad humana. El Estado ecuatoriano, de acuerdo con el artículo 11 numeral 3, de su Constitución de la República, indica que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Por lo que el Estado reconoce, en su Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos que estarían ubicados en la parte más alta de la pirámide de Kelsen<sup>2</sup>. Adicionalmente, en el numeral 7 del citado artículo se indica que el reconocimiento de esos derechos y garantías constitucionales y en los instrumentos internacionales al respecto “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

El artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho a la información que tienen las personas, ya sea de forma individual o colectiva. Adicionalmente, en el caso de violación a los derechos humanos ninguna entidad pública negará la información requerida para esclarecer algún hecho. El artículo

---

2 Método jurídico, mediante el cual se elimina toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica. (Galindo, 2018).

27 compromete el respeto a los derechos humanos en el ámbito de la educación, el artículo 41 lo hace en el ámbito del asilo y el refugio, entre otras determinaciones. Cabe destacar que, en el marco penal, el Estado ecuatoriano reconoce el pluralismo jurídico (artículo 171): “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”, pero ese mismo artículo señala que esas decisiones estarán sometidas “al control de la constitucionalidad”. Por ejemplo, según la jurisprudencia vigente, en el caso de los delitos contra la vida, los procesos por estos hechos son de facultad del Derecho Ordinario, según la Resolución de la Corte Constitucional Nro. 113, Registro Oficial Suplemento 323 del 1 de septiembre de 2014. En tal sentido, el derecho constitucional en Ecuador, a pesar de reconocer la existencia de dos órdenes normativos: el indígena y el ordinario, no deja de someter todas las normas al control constitucional, lo que implica que, en todos los casos, la jurisdicción ordinaria debe revisar la aplicación normativa de la supremacía constitucional, cuestión que consagra al Ecuador como un Estado de derecho.

Según indica el artículo 76 de la Constitución: “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, determinación que garantiza el derecho al debido proceso. En este marco, se reconoce que ciertos derechos y libertades fundamentales pueden verse restringidos en circunstancias específicas, como es el caso de las personas sometidas a penas privativas de libertad, cuyos derechos deben adaptarse a su situación particular. La norma adopta “la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”, en el artículo 66. Además, en el artículo 201, en el capítulo del Sistema Nacional de rehabilitación social, el Estado delega, a ese Sistema, la responsabilidad de formular políticas destinadas a la rehabilitación y reintegración efectiva de los individuos privados de libertad. Concretamente,

el artículo señala: “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”, por lo que se entiende, busca la “reinserción social”, una cuestión que se compagina con lo establecido en el artículo 203 numeral 2: “En los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral, de producción agrícola, artesanal, industrial o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación”. En el mencionado artículo 210 se asegura la protección de los derechos de quienes han sido judicialmente condenados.

Lo anterior implica que, por lo menos a nivel constitucional, la estructura del Estado ecuatoriano es de derechos y de justicia, por lo que rige un sistema que, además de ser plural y de contar con un reconocimiento del derecho ejercido por los pueblos y nacionalidades indígenas, se desarrolla bajo la supremacía de la Constitución. En el ámbito penal se nota que la norma constitucional reconoce también la “reinserción social”, como el motivo principal de la privación de libertad de una persona, por lo que el sistema, desde el punto de vista de la consagración de la norma, promueve la educación, capacitación y recreación de estas personas.

Adicionalmente, a nivel jurisprudencial, también se han venido incorporando distintas decisiones sobre los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad, entre estas podría hacerse mención de la resolución de la Corte Constitucional número 365 del 28 de mayo de 2021 con número de publicación 182, sentencia 365-18-JH/21 y acumulados sobre la integridad personal de personas privadas de libertad. La Corte Constitucional realiza una revisión sobre las decisiones judiciales correspondientes a los procesos Nro. 365-18-JH, Nro. 278-19-JH, 398-19-JH y 484-20-JH. Esta resolución trata sobre

el alcance y contenido del hábeas corpus, como una garantía jurisdiccional para la protección de la integridad personal frente a la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito carcelario. Resalta que la Corte Constitucional, en el sistema carcelario del Ecuador y en el contexto de la rehabilitación social, se han identificado ciertas violaciones a los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad y, en ese sentido, se establecen los parámetros mínimos para asegurar el respeto y dignidad de estas personas. Interesa que en el numeral 74, de la resolución in comento se indica que “El respeto a la dignidad es el fundamento esencial del derecho a la integridad personal en todas sus dimensiones. Por este motivo, la Constitución (...) establece (...) su carácter de norma de *ius cogens* y considerándola como una obligación primordial del Estado”. Adicionalmente, se hace énfasis en la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En este análisis destacan otras determinaciones; Resolución de la Corte Constitucional Nro. 7, del 16 de marzo de 2022, Sentencia Nro. 7-18-JH y acumulados/22. Estas revisan cuatro acciones de hábeas corpus propuestas por personas que viven con esquizofrenia. En tal sentido, en la resolución in comento se indica que se dicta prisión preventiva contra estas personas, quienes, de hecho, fueron privadas de libertad. En tal sentido, a raíz del análisis correspondiente, la Corte Constitucional concluyó en aquel momento que, efectivamente, existió vulneración de los derechos a la integridad personal y a la salud mental de los accionantes y estableció: “Parámetros de aplicación para casos similares, a ser observados por las autoridades judiciales cuando conozcan acciones de *hábeas corpus*”.

En cuanto al nivel jurisprudencial, interesa en este estudio, la Resolución de la Corte Constitucional Nro. 4, de 22 de septiembre de 2023 en dictamen 4-23-EE/23: la Corte Constitucional realiza el control de constitucionalidad del estado de excepción declarado en ese momento y, en tal

sentido, emite dictamen y criterio favorable por el Decreto Ejecutivo 823, de 24 de julio de 2023, dicho Decreto permitió que el presidente de la República declarara dicho Estado de excepción ante la grave conmoción interna desatada en todos los centros de privación de libertad de Ecuador. Ante ello, y por vía jurisprudencial, el Estado reconoció la fuerte conmoción carcelaria de Ecuador y que persiste en la actualidad. La Corte, en el dictamen in comento estableció que el Estado de excepción tenía la finalidad de: “Precautelar los derechos de las personas privadas de libertad, como grupo de atención prioritaria (...). Adicionalmente, indicó que se buscaba “controlar las circunstancias que han alterado el funcionamiento del sistema penitenciario, restablecer la convivencia pacífica, el orden y el normal funcionamiento de estos, a efectos de que los centros puedan cumplir con su misión constitucional de rehabilitación social”. (Resolución 4, 2023). Esta medida ya había sido adoptada con anterioridad en 2019, según resolución de la Corte Constitucional Nro. 1, de 7 de junio de 2019 con Dictamen Nro. 1-19-EE/19, también favorable hacia la declaratoria de Estado de excepción, con el Decreto Ejecutivo No. 741, de 16 de mayo de 2019, y en el Decreto Ejecutivo No. 754, de 27 de mayo de 2019, con excepción de la limitación al derecho a la información, según se lee en el artículo 3 del Decreto 741, y el artículo 7 del Decreto No. 754).

El corolario de la vigencia del Decreto Ejecutivo 823 (Estado de excepción), aplicado a través de un examen de constitucionalidad, con dictamen favorable 4-23-EE/23, se tradujo en la aplicación de la herramienta de control social, por el gobierno de Ecuador. No obstante, debido al propio mandato Constitucional, la excepción no podría ampliarse por más de tres meses, hasta el 8 de abril de 2024; desde esa fecha, según versión oficial del Ministerio del Interior, el Estado ecuatoriano, mantendrá a militares y policías en sectores conflictivos y en las cárceles, como medida de seguridad; y, posteriormente, el gobierno analizará alternativas jurídicas

para suspender las medidas de control. (Cañizares, 2024).

En relación con el orden normativo, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), actualizado en febrero de 2023, en su artículo 673, señala que el Sistema Nacional de Rehabilitación Social tiene como objetivo la rehabilitación integral y la reinserción social de los detenidos, así como el desarrollo de sus capacidades y la asunción de responsabilidades para ejercer sus derechos al recuperar su libertad. Finalmente, el COIP reformado en agosto de 2021, escribe que los detenidos deben ser destinados a distintas secciones en función de múltiples factores, por ejemplo, su nivel de riesgo, orientación sexual o necesidades específicas de protección. Prohíbe explícitamente, cualquier forma de discriminación basada en estas categorías. (COIP, 2021).

Este precepto legal aclara las bases para la ubicación adecuada de los reclusos, con el fin de facilitar el proceso de rehabilitación integral. En su artículo 12, el COIP reconoce a los detenidos sus derechos a la integridad personal, la alimentación adecuada, la comunicación y el respeto a los vínculos familiares, el acceso a servicios de salud, la prohibición del aislamiento, como castigo, y la proporcionalidad en las sanciones disciplinarias. El Estado tiene la obligación de proteger a los reclusos, y garantizar las condiciones de vida seguras y respetuosas de sus derechos humanos. El Reglamento del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores en Ecuador – SNAI, promulgado en agosto de 2020, subraya que los detenidos deben ser tratados con el respeto y la dignidad que merecen como seres humanos. Las autoridades prestarán atención especial a aquellos que estén en situación de mayor vulnerabilidad.

El Código Orgánico de la función judicial, actualizado en diciembre de 2020, especifica en su artículo 260 las funciones asignadas a las juezas y jueces de garantías penitenciarias, quienes tienen la responsabilidad del control y supervisión del régimen penitenciario y la concesión de libertad condicional,

entre otras tareas. Estos jueces, actúan de manera autónoma con autorización de la Constitución y la legislación específica, se guían por el Reglamento del Sistema de Rehabilitación Social (2020), Resolución SNAI-SNAI-2020-0031-R, detalla el procedimiento de rehabilitación y los criterios para acceder a los beneficios penitenciarios.

Ahora bien, una vez expuestas las ideas anteriores que describen el marco teórico de este estudio, es importante hacer mención, también, a la importancia del uso de un criterio metodológico adecuado que permite, en este tipo de investigaciones, garantizar el alcance de resultados confiables y relevantes. Una metodología bien definida sirve para abordar, de manera sistemática y objetiva, las complejidades inherentes en el sistema carcelario —como se mencionó: la sobrepoblación, las condiciones de vida, y las dinámicas de poder y violencia. Esta metodología incorpora técnicas de recolección y análisis de datos apropiadas para la recolección de datos. Los investigadores pueden identificar causas, consecuencias y proponer, posibles, soluciones a los problemas observados. La aplicación rigurosa de una metodología asegura la credibilidad de la investigación, facilita la formulación de políticas públicas, basadas en evidencia, que podrían contribuir a la reforma y mejora del sistema penitenciario ecuatoriano.

A continuación, se abordará el marco metodológico con el que se realizó este estudio.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

La investigación se realizó con la modalidad paradigmática cualitativa propia de las Ciencias sociales, por ejemplo, el Derecho, con un nivel de investigación exploratorio y descriptivo. Este estudio consta de un diseño de investigación-acción, se seleccionó una muestra de 11 expertos y un grupo multidisciplinario de profesionales en las áreas de la Psicología, Trabajo Social y Derecho, quienes, con la técnica

de recolección de la información focus group o grupos de enfoque, respondieron a la pregunta de investigación: ¿Cuáles son las implicaciones que conlleva la crisis carcelaria en el Ecuador, en el marco jurídico actual, cómo afecta esta crisis al Sistema de Justicia Penal y cuáles son las posibles reformas jurídicas que podrían mitigar la recurrencia de acciones de violación de los derechos humanos? Adicionalmente, se utilizó la técnica de distribución de materiales, documentos y artefactos, para el análisis de 10 documentos bibliográficos. El tipo de investigación en el área del derecho es jurídica propositiva (Villabella, 2015). Los métodos utilizados fueron a nivel teórico el analítico- sintético, el histórico- lógico y el inductivo deductivo y a nivel práctico el análisis documental y el método de la interpretación jurídica.

La modalidad paradigmática cualitativa es esencial en los estudios que describen realidades sensibles, como ocurre con el sistema penitenciario de Ecuador, y la crisis carcelaria, que incide directamente en detrimento de los derechos humanos y la justicia penal. En este estudio se ha pretendido profundizar en la problemática de análisis, a fin de conocer el objeto de la investigación lo que corresponde, necesariamente, en una investigación cualitativa donde se pretende conocer en vez de medir o cuantificar (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

En la fase exploratoria se pretendía indagar sobre la bibliografía documental y los antecedentes que se tenía sobre el tema a nivel doctrinal, lo que supuso una revisión bibliográfica que fue profundizada con el método de análisis documental en la fase descriptiva. Al respecto, se tomó una muestra de diez documentos bibliográficos que pretendían analizar la realidad objeto de estudio desde la perspectiva de la Doctrina. (Arlia, 2018).

En la fase descriptiva se debía definir el estado de la crisis carcelaria en Ecuador. El equipo multidisciplinario de expertos ayudó a realizar un análisis de la realidad. Estas

personas respondieron a varias preguntas (entrevistas) con las herramientas de los grupos de enfoque. Esta organización facilitó la recolección de información de personas experimentadas en el tema de análisis. Es necesario resaltar que la fase descriptiva es esencial para conocer la realidad objeto de análisis, desde la práctica y la experiencia de los expertos quienes colaboraron para responder a la pregunta de investigación que se ha planteado en este estudio. La muestra de diez documentos bibliográficos, expuso la realidad objeto de estudio, desde la perspectiva doctrinal, esto último permitió conocer cuál fue y es el tratamiento de la problemática en otros contextos legislativos.

En relación con campo jurídico, se plantea una investigación jurídico-propositiva; es decir, aquella que, en el ámbito del derecho, se centra en la generación de soluciones innovadoras a problemas legales específicos (Villabella, 2015). Este enfoque, alineado con las normas APA, para la presentación y citación académica, incluye un análisis detallado de la legislación vigente y la jurisprudencia, así como el estudio de casos comparativos. La metodología se basa en la identificación de vacíos o deficiencias en el marco legal existente, seguido de una propuesta de reformas o nuevas regulaciones. Tal investigación no solo contribuye al entendimiento teórico del derecho, sino que busca impactar positivamente en la práctica legal, ofreciendo soluciones prácticas y efectivas para mejorar el sistema jurídico y adaptarlo a las necesidades sociales contemporáneas. En este estudio se ha hecho uso de este tipo de investigación jurídica para responder a la pregunta central de análisis con el propósito de entregar una propuesta de soluciones concretas a las deficiencias del sistema penitenciario de Ecuador, la crisis carcelaria, los derechos humanos y la justicia penal.

Los métodos de investigación utilizados en este análisis, en el nivel teórico de la investigación, recurrieron a los métodos analítico-sintético, histórico-lógico y el inductivo-

deductivo, fundamentales para este. El trabajo está enfocado en el sistema penitenciario, los derechos humanos y la justicia penal. En el caso del método analítico-sintético, este permite descomponer la complejidad de la crisis y recomponerla para entenderla integralmente. El método histórico-lógico ofrece una perspectiva evolutiva, crucial para comprender cómo los eventos pasados y las políticas han moldeado la situación actual. Finalmente, el inductivo-deductivo facilita la formulación de hipótesis basadas en observaciones específicas que, luego, será posible generalizar, para, así, contribuir a generar soluciones que pueden ser aplicadas desde el nivel sistémico que permita un abordaje efectivo a los desafíos que enfrenta el sistema penitenciario ecuatoriano. (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

En lo que respecta a los métodos de investigación aplicados en este análisis, se ha hecho uso, en el nivel práctico, de la investigación de algunos métodos de análisis. El primer método, el análisis documental, sirvió para realizar una revisión exhaustiva de documentos legales, informes de derechos humanos, y estudios previos, proporcionando una base sólida de datos y evidencias (Supo y Zacarías, 2020). La interpretación jurídica facilitó la comprensión profunda de las leyes y normativas aplicables, ofreció una perspectiva crítica sobre cómo estas influyen y se aplican en el sistema penitenciario. Juntos, estos métodos permitieron una evaluación integral de la situación, ayudaron a identificar falencias y a proponer soluciones legales para abordar eficazmente las soluciones a las carencias que tiene el sistema penitenciario en Ecuador.

En relación con las técnicas e instrumentos de recolección de la información, tal y como lo indican Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), el grupo de enfoque es un método de recolección de datos que consiste en la organización de entrevistas conjuntas a grupos de tres a once personas, en este espacio, todos los participantes, en este caso expertos, analizan a profundidad, un tópico, con la conducción de un especialista

en dinámicas grupales. Con esta herramienta, el estudio impulsó dos sesiones de trabajo conjunto. Con esta técnica de recolección de datos, la unidad de análisis es el propio grupo (que expresa y construye), la técnica basa sus orígenes en las dinámicas grupales (Supo y Zacarías, 2020).

**Tabla 1**

*Muestra y características del grupo de enfoque*

N	Criterio a considerar	Descripción
1	<i>Número provisional de grupos y sesiones que habrán de realizarse.</i>	2 sesiones, 1 grupo de expertos multidisciplinario.
2	<i>Muestra de expertos involucrados en la sesiones</i>	5 abogados litigantes, 4 psicólogos, 2 trabajadores sociales.
3	<i>Moderador</i>	Investigador- autor de este estudio.
4	<i>Guía de la Entrevista</i>	Elaborada por el investigador autor de este estudio y respaldada por un experto.
5	<i>Reporte de la sesión</i>	Se desarrolla en el apartado “resultados” de este estudio.

*Nota.* Elaboración propia

En las dos sesiones se realizaron las entrevistas grupales. La doctrina indica que, incluso con una entrevista, la recolección de datos relevantes es más efectiva. El propósito fundamental es que el entrevistador recopile toda la información necesaria para una evaluación completa de los sujetos [investigados] (Arlia, 2018). Según Yepes et al., (2019) los investigadores, en su mayoría, emplean un esquema de entrevista que incluye documentos materiales o artefactos que sirven para que la recolección de respuestas, el formulario de consentimiento informado, etcétera. Dicho protocolo proporciona un marco alineado con el propósito central de la entrevista. En esencia, debe estar alineado con el objeto de estudio, para ayudar a los entrevistadores a adquirir datos de forma organizada. El protocolo, también, puede contener elementos adicionales,

como tareas específicas que el entrevistado debe ejecutar para demostrar sus competencias.

**Tabla 2**

*Guía de la entrevista de la investigación*

N	CATEGORÍA	UNIDAD DE ANÁLISIS
1	<i>Derechos Humanos</i>	¿Cómo evalúan el estado actual de los derechos humanos dentro del sistema carcelario de Ecuador y cuáles son las principales áreas de preocupación?
2	<i>Justicia Penal</i>	¿Qué relación ven entre las deficiencias en el sistema de justicia penal y la actual crisis carcelaria, y qué medidas preventivas podrían ser más efectivas?
3	<i>Crisis Carcelaria</i>	¿Cuáles son los principales obstáculos para la rehabilitación efectiva y la reinserción social de los reclusos en Ecuador, y cómo se podrían superar estos desafíos?
4		¿De qué manera podrían contribuir organismos internacionales de derechos humanos y justicia penal a resolver la crisis carcelaria en Ecuador?
5		¿Cuál es el impacto de la corrupción y el crimen organizado en la crisis carcelaria y qué estrategias sugieren para combatir estos problemas?

*Nota.* Elaboración propia

El uso de la guía de entrevista en una investigación es fundamental para garantizar la coherencia, credibilidad y profundidad de los datos recolectados. Esta herramienta estructura la entrevista, asegura que todas las temáticas relevantes de la investigación sean abordadas y se mantenga el enfoque del estudio (Yepes et al., 2019). Si hay preguntas predefinidas y temas clave de análisis, la guía ayuda al investigador a dirigir la conversación de manera eficiente, y permite la necesaria flexibilidad para explorar respuestas inesperadas o para profundizar puntos particulares. Esta guía de entrevista facilita la comparación de los datos brindados por los participantes, contribuye a la validez y fiabilidad del análisis posterior. Su uso es esencial en estudios cualitativos, la comprensión detallada y contextual de las perspectivas individuales es crucial. En esta investigación, la Guía permitió abarcar, por categorías, las unidades de análisis o preguntas de la investigación.

Por último, es preciso hacer referencia al análisis documental realizado en esta investigación. Los documentos, materiales y artefactos son una técnica de recolección de la información de diversa índole que constituye fuentes esenciales para la obtención de datos cualitativos en investigaciones en Ciencias Sociales. Estos recursos facilitan una comprensión profunda de los fenómenos estudiados, particularmente en su contribución al entendimiento de contextos ambientales y dinámicas sociales cotidianas, como experiencias personales y relaciones interpersonales (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018). Por esta razón, se deben revisar documentos existentes que proporcionen una base empírica y sólida para comprender la magnitud del problema y contribuyan a solucionar el problema de investigación planteado. En este estudio se utilizó una muestra de 10 documentos relacionados con el tema del sistema penitenciario, la crisis carcelaria, los derechos humanos y la justicia penal. La muestra se describe en la siguiente tabla:

**Tabla 3**

*Documentos, materiales y artefactos utilizadas en la investigación*

	<b>UNIDAD DE ANÁLISIS</b>	<b>NOMBRE DEL AUTOR</b>	<b>CATEGORÍA</b>
1	La crisis penitenciaria en Ecuador y la vulneración sistemática de los derechos humanos: La crisis penitenciaria en el contexto global / La crisis penitenciaria en Ecuador.	González, J. (2021).	<i>Crisis Carcelaria</i>
2	"La crisis carcelaria en el Ecuador: las causas, manifestaciones y algunas recomendaciones".	Lausch, A. (2022)	
3	Personas privadas de la libertad, aglomeración en cárceles: derecho a la inclusión social.	Mancheno, G. (2022).	
4	El sistema penitenciario ecuatoriano como barrera y garante de la corrupción en sus centros carcelarios.	Ortiz, W. (2023).	
5	Crisis en el sistema carcelario de Ecuador: una "bomba de tiempo" que comienza a estallar	Padinger, G. (2021).	
6	Vulneración del derecho a la rehabilitación social y discriminación de las personas privadas de libertad en el régimen penitenciario.	Pineda G., & Campoverde, L. (2022).	
7	Personas privadas de la libertad y su traslado injustificado: perjuicio a la relación social y familiar	Portilla Paguay, R. E., Coka Flores, D. F. & Santander Moreno, J. J. (2022).	
8	"El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado", Revista Oficial del Poder Judicial, n.º 14 (2020): 249-66.	Támara, T (2020)	<i>Derechos Humanos</i>
9	Los tratamientos de rehabilitación social como mecanismos del sistema penitenciario ecuatoriano y su incidencia en los derechos humanos. 593 Digital Publisher CEIT, 7(5-3), 357-373 <a href="https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-3.1529">https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-3.1529</a>	Casanova, J. (2022).	
10	La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad Revista Penal México, n.º 16-17 (2020): 126.	Hernández, M. (2020)	<i>Justicia Penal</i>

*Nota.* Elaboración propia

De igual forma, el uso de variables en una investigación cualitativa, aunque menos enfocado en la cuantificación que en la investigación cuantitativa, desempeña un papel crucial en la comprensión y análisis de los fenómenos estudiados. Las variables, en este contexto, actúan como categorías o conceptos clave que guían la recolección y el análisis de datos. Permiten al investigador organizar y profundizar en la información recopilada, facilitando la identificación de patrones, temas y relaciones dentro de los datos. Estas variables pueden surgir tanto del marco teórico como emergente de los datos recogidos, aportando flexibilidad y profundidad al análisis cualitativo. Su uso ayuda a mantener el enfoque en aspectos específicos del fenómeno estudiado, a la vez que permite explorar la complejidad y la naturaleza multidimensional de las experiencias y percepciones humanas (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

**Tabla 4**  
*Variables de la investigación*

TIPO DE VARIABLE	DESCRIPCIÓN	CONCEPTO
INDEPENDIENTE (X)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Políticas del Sistema Penitenciario</li> <li>- Condiciones Carcelarias</li> <li>- Programas de Rehabilitación y Reinserción</li> </ul>	Variables que se presume influyen en el fenómeno estudiado.
DEPENDIENTE (Y)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Crisis Carcelaria</li> <li>- Derechos Humanos</li> <li>- Eficacia de la Justicia Penal</li> </ul>	Variables afectadas o influenciadas por las variables independientes..

Nota. Elaboración propia

## ANÁLISIS Y RESULTADOS

Con la metodología de investigación cualitativa se requiere hacer uso de la codificación para el análisis de los resultados, esta se entiende como el proceso crítico y detallado del análisis cualitativo de datos. Este proceso implica la identificación de patrones, temas y categorías de los datos recopilados, como los obtenidos en las entrevistas o grupos focales. La codificación no solo se limita a organizar los datos, sino también a interpretar su significado y extraer conclusiones significativas (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018). Según Adu (2019), un aspecto esencial de la codificación en la investigación cualitativa es el reconocimiento y manejo de las características personales del investigador, como los prejuicios y preconcepciones que podrían influir en el análisis de los datos. Esto implica un proceso de reflexión en el que el investigador se esfuerza por adoptar una perspectiva imparcial y centrada en el fenómeno de estudio. Este enfoque ayuda a mantener una curiosidad constante y una apertura hacia nuevas interpretaciones de los datos y evita que las teorías o conceptos preexistentes nublen la generación e identificación de nuevos códigos y temáticas.

La codificación eficaz, en la investigación cualitativa, requiere una documentación detallada del proceso de análisis, incluyendo las decisiones tomadas y las estrategias empleadas en la recolección de información. Este enfoque sistemático y transparente es fundamental para garantizar la credibilidad y transmisibilidad de los hallazgos de la investigación (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

En la entrevista realizada con el *focus group*, los expertos destacan la gravedad de la crisis carcelaria en Ecuador, subrayan que la sobrepoblación y las condiciones inhumanas en las cárceles son preocupantes. Adicionalmente, resaltan que este es el resultado de políticas de justicia penal que priorizan el encarcelamiento, por sobre otras alternativas que facilitan la rehabilitación. Los entrevistados enfatizan que las deficiencias estructurales y la falta de recursos han derivado en

entornos en los que los derechos humanos de los reclusos son constantemente violados (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018). En este punto, los expertos comenzaron a analizar las otras categorías planteadas en la investigación: los derechos humanos y la justicia penal. En tal sentido, hicieron énfasis en que la falta de acceso a los servicios básicos de salud, alimentación adecuada y seguridad comprometen la dignidad humana de los reclusos en las cárceles de Ecuador (Adu, 2019). Además, argumentan que el sistema de justicia penal necesita ser más justo y transparente, destacando cuán importante es un proceso legal equitativo, cuestión que, actualmente, también está viciada en la administración de justicia del Estado ecuatoriano.

Finalmente, en el desarrollo del *focus group* los participantes proponen algunas alternativas adicionales para ayudar en la solución del problema. Por ejemplo, la puesta generación de políticas que promuevan alternativas al encarcelamiento, como la mediación y la justicia restaurativa. Adicionalmente, sugirieron la inversión en programas de rehabilitación y reinserción social para reducir los casos de reincidencia. Además, enfatizaron en la necesidad de mejorar la capacitación del personal penitenciario en derechos humanos y manejo de conflictos. Por último, recomendaron un mayor diálogo y cooperación entre el gobierno, la sociedad civil y las organizaciones internacionales para dar pie a un enfoque más integral y sostenible en la gestión de la crisis carcelaria en Ecuador, tomando en consideración los Derechos Humanos y la Justicia Penal (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

**Tabla 5**

*Codificación de grupos de enfoque, expertos multidisciplinarios en Crisis carcelaria, derechos humanos y justicia penal*

TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	CODIFICACION ABIERTA		CODIFICACION AXIAL	CODIFICACION SELECTIVA
	Paso 1		Paso 2	Paso 3
FOCUS GROUP, GRUPOS DE ENFOQUE	UNIDADES DE ANALISIS	CATEGORIAS CODIGOS***	CATEGORIAS REDUCIDAS EN TEMAS	CATEGORIA O TEMA CENTRAL
Expertos multidisciplinarios en relación al tema “Crisis Carcelaria, Derechos Humanos y Justicia Penal”	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Análisis Legal y Jurisprudencial</li> <li>- Impacto social del encarcelamiento</li> <li>- Criminología y Políticas Públicas</li> <li>- Impacto económico de la crisis carcelaria</li> <li>- Salud Pública en Prisiones</li> <li>- Estructuras administrativas de las prisiones</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Normas jurídicas insuficientes</li> <li>Seguridad personal</li> <li>Administración estatal insuficiente</li> </ul>	Crisis carcelaria	Sistema Penitenciario del Ecuador
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Posibles reformas para mejorar las condiciones y el cumplimiento de los derechos humanos.</li> <li>- Tratamiento y dignidad humana.</li> <li>- Principios y tratados internacionales de derechos humanos que se aplican y se violan en el contexto carcelario.</li> <li>- Desigualdad y discriminación sistemática en el sistema penitenciario.</li> <li>- Efectos psicológicos del encarcelamiento en los internos, incluyendo el estrés, la salud mental y el trauma.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Hacinamiento</li> <li>Violaciones de Derechos Humanos</li> <li>Impunidad</li> <li>Condiciones Inhumanas</li> </ul>	Derechos Humanos	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aspectos históricos y culturales en la evolución y el estado actual de las cárceles y el sistema de justicia penal.</li> <li>- Medidas jurídicas más igualitarias para los reclusos</li> <li>- Mejorar los sistemas de administración de justicia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reforma del sistema de administración de justicia</li> <li>Igualdad y no Discriminación</li> </ul>	Justicia Penal	

*Nota.* Elaboración propia

\*\*\* Los códigos permiten diferenciar las categorías cuidando el principio de confiabilidad. En este ejemplo se abreviaron los tipos de violencia descritos en las categorías.

El análisis doctrinal de este estudio incluyó el escrutinio de diez documentos relacionados con la crisis carcelaria, los derechos y la justicia penal en el contexto del sistema penitenciario del Ecuador. Sobre la crisis carcelaria, el análisis documental concluye que una de las variables principales del problema es el hacinamiento que se ha exacerbado debido al uso excesivo de la prisión preventiva y políticas rigurosas, junto con retrasos en la concesión de beneficios penitenciarios. También resaltan otras problemáticas como el retardo procesal. Estas situaciones han llevado a condiciones inadecuadas y a un aumento de la violencia en las prisiones. Adicionalmente, el análisis documental indica que, la acción del Estado también ha sido insuficiente, resaltando, por ejemplo, que han implementado distintos planes de gobierno para hacer frente a la crisis, que solo se ha desarrollado con mayor profundidad, con el paso del tiempo (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

En cuanto a los derechos humanos en Ecuador, en el sistema penitenciario actual, se entiende, tras el análisis documental, que las cárceles enfrentan problemas crónicos ya mencionados: de sobrepoblación, violencia y condiciones inadecuadas de permanencia en los recintos, lo que ha llevado a violaciones graves de los derechos humanos de los reclusos, una problemática estructural por las condiciones en que se encuentran las instalaciones penitenciarias y por la falta de acceso a servicios básicos de salud y educación, así como deficiencias en el proceso de rehabilitación y reinserción social. Además, las constantes denuncias sobre violencia y muertes dentro de las cárceles ecuatorianas han llamado la atención de organismos internacionales de derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) entre otras, que ha emitido varias recomendaciones al Estado ecuatoriano, enfatizando la necesidad de adoptar medidas urgentes y efectivas para garantizar la seguridad y los derechos de los internos. Estas recomendaciones incluyen la mejora de las condiciones de detención, el fortalecimiento

de los mecanismos de control para prevenir la violencia, y la implementación de políticas efectivas para la rehabilitación y reintegración social de los reclusos. La crisis carcelaria en Ecuador no solo representa un desafío en términos de gestión y políticas públicas, sino que también plantea interrogantes fundamentales sobre el respeto y la protección de los derechos humanos en el sistema penitenciario del país.

En relación con la justicia penal, y tras la lectura, se considera que no existen datos reales que demuestren las falencias en la aplicación de la justicia; es decir, no existen estadísticas confiables que permitan conocer el nivel del retardo procesal o la aplicación efectiva y el cumplimiento de los plazos legales establecidos para los procesos penales, cuestiones que afectan directamente la puesta en marcha de políticas efectivas que garanticen el acceso a la justicia penal de los reclusos. Este análisis documental revela la complejidad y los múltiples desafíos que enfrenta Ecuador en relación con la temática desarrollada en estas páginas. Las soluciones de estos problemas requerirán un enfoque multidisciplinar y colaborativo que presten atención a las deficiencias estructurales y a las necesidades individuales de los reclusos.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

La crisis carcelaria en Ecuador obedece a profundas fallas relacionadas con el respeto y la protección de los derechos humanos de los reclusos y a las falencias del sistema de justicia penal del país. La sobrepoblación, las condiciones inhumanas, la violencia exacerbada y la falta de medidas de rehabilitación adecuadas son indicativos de un sistema penitenciario que falla en el cumplimiento de sus obligaciones y en los estándares internacionales de derechos humanos. Estos problemas no solo afectan a los individuos encarcelados, también tienen un impacto profundo en la sociedad en general, ya que socavan la confianza en las instituciones de justicia y en el Estado de derecho.

La situación en las cárceles ecuatorianas refleja un enfoque excesivo en la sanción de la política criminal, evidenciado por el uso desmedido de la detención preventiva y la falta de estrategias efectivas para la rehabilitación y reintegración social de los reclusos. Esta aproximación punitiva agrava la crisis carcelaria, situación que perpetúa la violencia y la corrupción en las instalaciones penitenciarias. El sistema de justicia penal requiere reformas profundas, estas deberían incluir la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento: por ejemplo, inversión en programas de rehabilitación, medidas cruciales para garantizar un tratamiento humano y justo de las personas reclusas.

Las recomendaciones de organismos internacionales, como la CIDH, subrayan la importancia de un enfoque integral que aborde tanto las causas inmediatas de la violencia carcelaria como los problemas estructurales del sistema penitenciario. El respeto por los derechos humanos de los reclusos debe ser un componente central en cualquier reforma, junto con esfuerzos para fortalecer la justicia penal y garantizar la seguridad y la dignidad de todas las personas. El Estado ecuatoriano enfrenta el desafío de implementar estas recomendaciones, lo cual no solo es un mandato de justicia, sino una necesidad imperativa para el fortalecimiento de su democracia y el Estado de derecho. Algunas recomendaciones que pueden hacerse en este estudio, en torno a la problemática tratada pueden ser:

1. Iniciar una política criminal y penitenciaria integral y transversal, enfocada en prevenir y controlar todo tipo de violencia en las cárceles.
2. Reducir la sobrepoblación carcelaria mediante la aplicación de medidas alternativas a la sanción de prisión preventiva, y la concesión de indultos para delitos menores y no violentos.
3. Mejorar las condiciones de detención, para reducir el hacinamiento, la separación entre personas condenadas y

procesadas, la infraestructura deficiente, la atención médica negligente y la alimentación inadecuada.

4. Garantizar un enfoque de género en las políticas penitenciarias, protegiendo especialmente a las mujeres detenidas.

5. Incrementar el personal de seguridad y vigilancia, y capacitarlo con un enfoque de derechos humanos.

6. Crear mecanismos de alerta temprana para identificar, disuadir y enfrentar amenazas y riesgos en el sistema penitenciario.

7. Depurar el sistema de justicia en todas sus esferas.

## REFERENCIAS

Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) (2024). La función del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/about-us/high-commissioner> (01 de abril de 2024).

Arlia, A. (2018). El focus group como técnica de investigación en ciencias. [Tesis de pregrado. Universidad Nacional de la Plata] Repositorio Académico: UNLP. <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/160955/pdf?sequence=1&isAllowed=y> (25 de marzo de 2024).

Arocena, G. A. (2022). El principio de no discriminación en materia penitenciaria un análisis desde el derecho argentino. *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba*, p.9. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/download/40617/40762/151950> (04 de febrero de 2024).

Bou (2021) La adaptación a prisión: una aproximación empírica Tesis de doctorado. Universidad Autónoma de Barcelona. <http://hdl.handle.net/10803/673841>. (03 de diciembre de 2023).

Cañizares, A. (2024). El Gobierno de Ecuador mantendrá a los militares en las calles y cárceles tras fin del estado de excepción. *CNN Latinoamérica*. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/04/01/ecuador-militares-estado-excepcion-carceles-orix/>

Casanova, J. (2022). Los tratamientos de rehabilitación social como mecanismos del sistema penitenciario ecuatoriano y su incidencia en los derechos humanos. 593 Digital Publisher CEIT, 7(5-3), 357-373 <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-3.1529> (025 de enero de 2024).Código Orgánico Integral Penal con Registro Oficial. Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Última modificación: feb.-2023.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Personas privadas de libertad en Ecuador, 2022, [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador\\_VF.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf). En el informe se señala que “el control efectivo de los pabellones se encuentra en manos de grupos de internos que se encuentran en una lucha por el control de los centros penitenciarios”: 86.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3. “Son deberes primordiales del Estado. 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social”

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 9: Personas privadas de libertad (San José: Corte CIDH, 2021).

Corte Constitucional del Ecuador dictamen 4-23-EE/23 resolución número 4 sobre la crisis carcelaria del Ecuador. 22 de septiembre del 2023.

Corte Constitucional del Ecuador dictamen No. 1-19-EE/19 resolución número 1 sobre la crisis carcelaria del Ecuador. 1 de junio del 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Resolución número 113, Registro Oficial Suplemento 323 sobre los delitos contra la vida. 01 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 7-18-JH y acumulados/22 Resolución número 7 sobre acciones de hábeas corpus propuestas por personas que sufren de esquizofrenia. 16 de marzo del 2022

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 365-18-JH/21, resolución 365. sobre la Integridad personal de personas privadas de libertad. 28 de mayo del 2021.

- Da Fonte Carvalho, M., Monteiro Santana, V., & Charry Dávalos, J. A. (2022). Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador. Foro: Revista De Derecho, (37), 159–180. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.8>
- González, J. (2021). La crisis penitenciaria en Ecuador y la vulneración sistemática de los derechos humanos: La crisis penitenciaria en el contexto global / La crisis penitenciaria en Ecuador. Researchgate, 66-72
- Galindo, M. (2018). “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico”, Revista Jurídica de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés (2018): 129.
- Hernández M. (2020) “La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad”, Revista Penal México, n.º 16-17 (2020): 126.
- Hernández-Sampieri, R. & Mendoza, C (2018). Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta, Ciudad de México, México: Editorial Mc Graw Hill Education, Año de edición: 2018, ISBN: 978-1-4562-6096-5, 714 p.
- Human Rights Watch (29 de enero del 2024). Ecuador. Human Right Watch. Recuperado el 29 de enero del 2024 de <https://www.hrw.org/es/americas/ecuador>.
- Lausch, A. (2022) La crisis carcelaria en el Ecuador: las causas, manifestaciones y algunas recomendaciones. Independent Study Project (ISP) Collection. 3473. [https://digitalcollections.sit.edu/isp\\_collection/3473](https://digitalcollections.sit.edu/isp_collection/3473)
- Mancheno, G. (2022). Personas privadas de la libertad, aglomeración en cárceles: derecho a la inclusión social. Scielo, 3-14.
- Mella, C. (2023). Un megaoperativo en Ecuador revela la profundidad de la narcopolítica en el sistema judicial. El País. España.
- Naranjo, G. V. J., Banderas, F. J. C., Castro, D. E. H., & Caicedo, A. K. B. (2019). Crisis carcelaria en América Latina y su comparación con la situación penitenciaria del Ecuador. Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores. Editorial y país.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (). Estados miembros. ONU. <https://www.un.org/es/about-us/member-states#gotoE>

- Ortiz, W. (2023). El sistema penitenciario ecuatoriano como barrera y garante de la corrupción en sus centros carcelarios. Remca: 23-43.
- Padinger, G. (2021). Crisis en el sistema carcelario de Ecuador: una “bomba de tiempo” que comienza a estallar. Orix: 10-32.
- Pineda G., & Campoverde, L. (2022). Vulneración del derecho a la rehabilitación social y discriminación de las personas privadas de libertad en el régimen penitenciario. Revista multidisciplinar de innovación y estudios aplicados Artículos científicos, de revisión, cortos, casis clínicos, Pol. Con. (Edición núm. 70) Vol. 7, No 11. <http://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es>
- Portilla R. E., Coka Flores, D. F. & Santander Moreno, J. J. (2022). Personas privadas de la libertad y su traslado injustificado: perjuicio a la relación social y familiar. Revista Universidad y Sociedad, 14(S6), 404-414. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3472/3416>
- Támara, T. El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado, Revista oficial del Poder Judicial, Nro. 14 (2020): 249-66.
- Verdugo, J. (2023). La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral. Uasb, 87-105.
- Villabella, A., C., (2015). La metodología de la investigación y la comunicación jurídica. Los métodos de la investigación jurídica. Algunas pretensiones. Vol. 2.
- Word Prison Brief (29 de enero del 2024). Estudios de Prisiones. Word Prison Brief. <https://www.prisonstudies.org/country/ecuador>.
- Yepes Zuluaga, S. M., Montes Granada, W. F., Álvarez Salazar, J. A., & Ardila Marín, J. G. (2019). Grupo focal: una estrategia de diagnóstico de competencias interculturales en Revista Científica.Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad. Repositorio Académico: Instituto Tecnológico Metropolitano.
- Supo, J. y Zacarías, H. (2020). Metodología de la investigación científica: Para las Ciencias de la Salud y las Ciencias Sociales. (3ra. Edición). Bioestadístico Eedu Eirl.

# DERECHOS DE PERSONAS VULNERABLES EN LA CONTRATACIÓN PRESENCIAL Y TELEMÁTICA ANTE NOTARIO PÚBLICO EN ECUADOR

*Rights of vulnerable people in face-to-face and telematic contracting before a notary public in Ecuador*

\*Paul David Arellano Sarasti

<https://orcid.org/0000-0002-5300-502X>

DOI: <https://doi.org/10.69633/sqpe3406>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 22/04/24

Universidad Estatal de Milagro UNEMI (Ecuador)

## RESUMEN

Esta investigación parte de la problemática que existe en la falta de tutela de derechos constitucionales de personas vulnerables en la contratación telemática, a diferencia de la protección que existe en la contratación personal de forma física ante notario público en el Ecuador.

Se utilizó el método de investigación con un enfoque mixto que combina tanto técnicas cualitativas como cuantitativas para la recolección de datos. En la cualitativa, con un enfoque particular en las normativas legales; en la cuantitativa, a través de la técnica de la encuesta para recolectar datos de notarios públicos y sus trabajadores de notarías de la ciudad de Quito, Ecuador. La recolección de datos cuantitativos, procesamiento y análisis de estos, se exponen en los resultados. Así, esta investigación se enmarca bajo el método analítico crítico.

Como resultado, se evidencia las diferencias entre la percepción de seguridad jurídica que existe de los notarios públicos y sus trabajadores en la evaluación de la capacidad de las personas en la contratación presencial, en la que a criterio de los encuestados se asegura la protección de los

\*Docente de la Universidad Internacional SEK, Universidad Estatal de Milagro UNEMI y el Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN. Notario Público. Magister en Derecho Empresarial UTPL. Especialista en Derecho Notarial IAEN.

derechos constitucionales de las personas vulnerables, en contraste con la contratación telemática, en la que no ocurre esta tutela por varios factores. como la falta de capacitación y desconocimiento de los notarios y sus trabajadores en materia tecnológica, acompañado de variables respecto de los usuarios considerados vulnerables por diferentes causas.

Como conclusión se evidencia la falta de capacitación a los notarios públicos y sus trabajadores en el manejo, uso adecuado y de forma segura de la tecnología, y se recomienda la implementación de políticas públicas por parte del Estado ecuatoriano para mitigar la vulneración de los derechos constitucionales de las personas digitalmente vulnerables durante una contratación telemática, con la intervención del notario público como apoyo, en sintonía a lo que ocurre en la contratación presencial.

**Palabras clave:** *notario público, contratación, presencial, telemática, derechos, personas vulnerables, Ecuador.*

## ABSTRACT

This paper looks at a problem that there is in the lack of protection of the constitutional rights of vulnerable people in telematic hiring, unlike the protection there is in face-to-face hiring before a public notary in Ecuador.

As a method, we used a mixed approach of both qualitative and quantitative techniques for data collection. Qualitatively, we shed light on legal regulations, while, quantitatively, we introduced survey techniques to collect data from public notaries and their notary workers in the city of Quito, Ecuador.

The collection of quantitative data, processing and analysis show the different perceptions of legal security that exists between public notaries and their workers in the evaluation of the capacity of people in in person hiring, in which, in the opinion of the respondents, the constitutional rights of vulnerable people are protected, contrary to what happens in telematic hiring.

As we will be able to assert, the lack of training for public notaries and their workers in the management, proper and safe use of technology is evident and, therefore, the implementation of public policies by the Ecuadorian State is recommended to mitigate the violation of constitutional rights of digital less proficient people in telematic hiring, supported by the intervention of the public notary.

**Keywords:** *public notary, contracts, in person; telematics; rights; digitally vulnerable people, Ecuador.*

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el avance de la tecnología y la creciente adopción de medios telemáticos ha traído consigo nuevos desafíos en el ámbito de la contratación, especialmente para los grupos digitalmente vulnerables. La participación y el creciente número de los usuarios de las redes sociales en este ámbito han tenido importantes consecuencias en el ejercicio de algunos derechos fundamentales de las personas.

Las tecnologías de información y de comunicación ha construido una nueva comunidad jurídica globalizada en el que la convivencia y comunicación de los cibernautas ha dado nacimiento a nuevas formas de ejercer los derechos y a nuevas obligaciones que deben ser garantizadas por los Estados y la sociedad, siendo este un gran reto actual y del futuro inmediato (Moncayo, 2022, p. 57).

El avance tecnológico ha revolucionado la forma de contratación que, a diferencia de la contratación de forma presencial, ha ahorrado tiempo, dinero y, de cierta manera, también ha dotado de seguridad<sup>1</sup>. Sin embargo, existe un conflicto respecto de las personas vulnerables, quienes, durante una contratación presencial, pueden contar con diferentes apoyos legales como peritos, intérpretes e incluso funcionarios públicos que les permitan precautelar sus derechos. Así, puede darse el caso de la intervención de un tercero imparcial quien, al ser dotado de fe pública por delegación del Estado, (denominado Notario Público), es el llamado a precautelar los derechos de estas personas en condición de vulnerabilidad. En la práctica, esto no ocurre en la contratación telemática.

---

<sup>1</sup> Los trámites en línea son más rápidos (un 74% en promedio), más baratos de prestar (cuestan entre el 1,5% y el 5% de lo que cuestan los trámites presenciales) y menos vulnerables a la corrupción. (Latiobarómetro, 2017).

A pesar de que en la contratación telemática se rige por los principios de no discriminación, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, existe todavía una resistencia a su uso, especialmente debido a lo que también se conoce como analfabetismo digital<sup>2</sup>, una brecha de conocimiento producida por distintas circunstancias: la falta de recursos económicos, la edad de las personas, la falta de cobertura o acceso a la tecnología. En esta investigación, denominaremos vulnerables digitales a las personas que sufren esta brecha.

Es importante el estudio de este conflicto entre la contratación física o presencial con la contratación telemática, con el fin de evaluar, en un contexto amplio, la situación actual, identificando las causas, las diferencias que existen entre la contratación de forma personal y la contratación telemática, para, desde una visión académica, tratar de encontrar una solución práctica que atenué la vulneración de los derechos constitucionales de las personas vulnerables digitales en la contratación por medios telemáticos<sup>3</sup>.

### **Función del Notario Público en la Contratación Presencial**

El Notario es un funcionario dotado de Fe Pública por delegación del Estado. Entre sus funciones están la de ser apoyo a las personas consideradas vulnerables o en condición de vulnerabilidad para la celebración de actos y contratos, como en el caso de que no sepan leer ni escribir, no puedan firmar o, por alguna condición de discapacidad, no puedan ver, escuchar o no puedan hacerse entender por lenguaje de señas. En ese caso, el notario tiene la facultad de apoyarse en intérpretes que traduzcan o den a entender el contenido del acto o contrato a quien no hable y/o entienda el idioma castellano.

---

2 De acuerdo con lo planteado y difundido por el Instituto Nacional de Estadística del Ecuador en sus recurrentes informes (Ecuador en Cifras, 2021) en este país se considera Analfabeta Digital a una persona de 15 a 49 años cuando cumple simultáneamente tres características: 1) No tiene celular activado, 2) En los últimos 12 meses no ha utilizado computadora y 3) En los últimos 12 meses no ha utilizado internet. En la figura 21 se observa Por lo que la evolución de la tasa de analfabetismo digital respecto a la población de 15 a 49 años ha sido en el periodo 2019-2020 manteniéndose un decremento de 1,2 p.p. a nivel nacional y 3,2 p.p. en el área rural. El informe establece un porcentaje de analfabetismo digital del 20% en el año 2013 y del 10.2% en el Año 2020; también se puede observar que el mencionado analfabetismo digital se hace cada vez mayor en aquellas zonas que son rurales con el 16.8% en el año 2020, y menor en zonas urbanas con el 7.5% en el año 2020. Cabe mencionar que en este estudio se toma en cuenta a personas con discapacidad y personas de la tercera edad.

3 Política en el Ecuador Digital del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (MINTEL), se pretende transformar al país hacia una economía basada en tecnologías digitales, teniendo en consideración alcanzar el 100% de trámites en línea para el 2022; en la actualidad se puede acceder a 1773 trámites en línea, digitalizados mediante la estrategia Ecuador Digital. Esta política va encaminada a eliminar la presencialidad, incluso en la actualidad hay trámites que solo se realizan en línea.

Ya que una discapacidad física no implica incapacidad legal, el notario sirve de apoyo a las personas con discapacidad para que puedan de forma libre y voluntaria expresar su voluntad o consentimiento a determinados actos o contratos; es decir, que el notario cumple una función social, lo que se refleja no solo en la asesoría y en dar a conocer los efectos y resultados de los actos o contratos que autoriza, sino también en el cobro de las tarifas de servicios notariales, en las que las personas de la tercera edad y personas con discapacidad están exentas o tienen descuento en el pago de los servicios notariales ( Arellano, 2023, p. 723 )

El papel y la naturaleza de la función notarial han sido objeto de diversas teorías a lo largo del tiempo. Una teoría clásica es la de la fe pública<sup>4</sup>, que ve al notario como alguien que otorga fe a ciertos actos, creando pruebas preconstituidas<sup>5</sup>. Sin embargo, esta teoría resulta insuficiente para explicar la importancia de la escritura pública.

Una perspectiva más moderna es la teoría *instrumentalista*<sup>6</sup>, que se centra en el valor del documento público que el notario crea. Su función radica en redactar, autorizar y conservar documentos de alto valor y eficacia, que desempeñan un papel crucial en la vida jurídica y en la resolución de disputas. El notario también se ha visto como un controlador de la legalidad<sup>7</sup>, verificando la

4 “El concepto de fe tiene diferentes acepciones que se refieren básicamente a un acto subjetivo de creencia o confianza, por un lado, o a la seguridad que emana de un documento. Carral y de Teresa (2015) explica que “en el caso de la fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan”. Dada la complejidad de las relaciones jurídicas en una sociedad, fue necesario crear todo un sistema a fin de que pudieran ser aceptados como ciertos, algunos negocios jurídicos, a pesar de no haberse presenciado su realización”. (Castañeda, p. 30).

5 Gomá Salcedo, J., Gomá Lanzón, I. y Gomá Lanzón, F. (2022), explican que esta teoría es la “Sostenida unánimemente por los autores clásicos, desde Gregorio López, en su Comentario a las Partidas hasta, en tiempos relativamente recientes, por Fernández Casado y Torres Aguilar”.

6 Gomá, Gomá y Gomá (2022), nos dicen que esta teoría, es sostenida por autores como, González Palomino y Núñez Lagos, y aunque es una de las más aceptadas en la doctrina española, no lo es tanto en los países latinos.

7 Gomá, Gomá y Gomá (2022) “...conviene advertir sobre los límites de ese control material; límite que podríamos calificar de constitucional, porque no puede comprender aquellas cosas que están fuera de su alcance jurídico e incluso gnoseológico; por ejemplo, las intenciones no manifestadas ni evidentes -finalidades fraudulentas ocultas- o, incluso, la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que no hayan sido declaradas como tales por la ley o por un juez. El notario sólo debe llegar a lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, han de ser lícitos, claros, coherentes y hasta poco sospechosos” (p.33).

conformidad de los actos con las leyes y reglamentos. Sin embargo, este control tiene límites y no puede abarcar aspectos más allá de su alcance legal. También suele vérselos como defensores de la *seguridad jurídica*, actuando como garantes de la prevención y cautela en los actos legales.

Otro papel fundamental del notario es el de la libertad<sup>8</sup>. Más que simplemente garantizar seguridad, el notario trabaja en la libertad de las partes, asesorándolas y ayudándolas a concretar sus intenciones en actos legales sólidos.

Por su parte, la Corte Constitucional de Ecuador en la sentencia 833-20-JO/21 establece como jurisprudencia vinculante lo siguiente:

Los servicios notariales deben adaptarse a las necesidades de las personas adultas mayores, lo que implica: poner mayor atención a las situaciones particulares que atraviesan quienes van a celebrar una escritura pública; efectuar todas las preguntas que estimen necesarias para dicho fin; en el caso de una compraventa de bien inmueble, deben asegurarse de que quienes comparecen comprendan todas las implicaciones y efectos de la transferencia de dominio de dicho inmueble. (Corte Constitucional de Ecuador, 2020)<sup>9</sup>

---

8 “...el notario no se dedica a sustancialmente a proporcionar seguridad jurídica, sino a redactar escrituras públicas, es decir, trabajar con negocios jurídicos y la sustancia del negocio jurídico es la autonomía privada, la autodeterminación, la configuración creadora. Es decir, el valor con el que trata es, fundamentalmente, el de la libertad, con todo lo que ello significa de aire fresco, de creación” (Gomá Salcedo, 2001).

9 <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=832-20-JP/21>, Mediante sentencia de revisión, la CCE conoció la AP contra particulares, presentada en favor de una mujer adulta mayor de 78 años, en situación de extrema pobreza, que vive sola, con discapacidad física de 54%, varias patologías y dolencias. Los representantes de la afectada consideraron que ella fue despojada de su único bien inmueble, debido a un supuesto acto fraudulento realizado por parte de los accionados. Ello habría constituido una vulneración de sus derechos a la vida y vivienda digna y a la propiedad. La CCE analizó lo siguiente: 1) hechos del caso; 2) legitimación pasiva respecto de los particulares; 3) revisión del caso: derechos a la vivienda digna, a la atención prioritaria y a recibir servicios públicos de calidad, a la propiedad y a la tutela judicial efectiva; 4) conclusiones; y, 5) reparaciones. La CCE determinó que la AP constituía una vía eficaz para tutelar los derechos presuntamente vulnerados. Enfatizó que los servicios notariales deben adaptarse a las necesidades de las personas adultas mayores, lo que implica: poner mayor atención a las situaciones particulares que atraviesan quienes van a celebrar una escritura pública; efectuar todas las preguntas que estimen necesarias para dicho fin; en el caso de una compraventa de bien inmueble, deben asegurarse de que quienes comparecen comprendan todas las implicaciones y efectos de la transferencia de dominio de dicho inmueble. Como parte de las medidas de reparación integral, la CCE dispuso que la DP patrocine a la accionante en las vías judiciales ordinarias civiles o penales tendientes a recuperar el bien inmueble que fue de su propiedad. En equidad, ordenó el pago a la accionante por el daño material e inmaterial, así como por la vulneración de sus derechos. Las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en su voto salvado conjunto, expusieron que el caso examinado, al pretender la declaración de derechos, corresponde a un asunto de legalidad; y, que no existe vulneración de los derechos a la vida digna o a la propiedad de la accionante a causa del presunto abuso de poder religioso.

De ahí que se pueda afirmar que la función notarial es multifacética y adaptable a diferentes valores y necesidades. Los notarios crean documentos de alta importancia, aseguran la legalidad y la libertad, y contribuyen a la seguridad jurídica, pero ninguna de estas perspectivas por sí sola define completamente su función en la sociedad.

La fe pública la tiene el notario, persona física que percibe a través de sus sentidos los hechos, actos y contratos, evalúa la capacidad de las personas, el conocimiento con el que se obligan, la libertad con la que comparecen quienes requieren de su ministerio. Para esto, el notario pregunta a las partes, dialoga de manera separada con cada una de ellas y, en el caso de existir dudas puede abstenerse de autorizar el acto o de celebrar el contrato.

### **Derechos de las Personas en la Contratación Telemática**

En el 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la histórica Resolución 20/8 que afirma que “los mismos derechos que las personas tienen fuera de línea deben ser protegidos también en línea, en particular la libertad de expresión”. (Consejo de Derechos Humanos de la ONU Resolución 20/8, 2012)

Asimismo, en el Artículo 26 se reconoce el derecho de acceso universal a las TIC, incluyendo internet, como un medio para el ejercicio de otros derechos, y se establece la obligación del Estado de garantizar el acceso a estas tecnologías en todo el territorio nacional, especialmente en zonas rurales y en sectores en situación de vulnerabilidad. (Consejo de Derechos Humanos de la ONU Resolución 20/8, 2012)

El internet, en suma, es una parte de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que constituyen una importante herramienta que permite mejorar la calidad de vida de los individuos, pone el conocimiento al alcance de cualquier ciudadano, reduce el tiempo y la distancia, estimula

con la información la creación de conocimiento, las actividades intelectuales que generan o explotan la información para crear oportunidades. Ha transformado el mercado en el que la gente se reúne para comprar y vender productos y servicios presenciales o en la omnipresencia en el ciberespacio.

Debido a esto, en el Ecuador, el Art. 40 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación dispone que “...el Estado garantizará el acceso universal al servicio público de Internet en los términos previstos en la Constitución de la República. Los organismos competentes vigilarán que el precio de este servicio sea equitativo, y establecerán los mecanismos de control y regulación correspondientes” (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Registro Oficial 899, Suplemento, 2016)<sup>10</sup>

La contratación telemática no varía en su esencia respecto al contenido, prestaciones y obligaciones que deben cumplir las partes contratantes; sin embargo, varía esencialmente la forma en la que se presta el consentimiento y se suscribe el contrato, ya que no es lo mismo gestionar la accesibilidad cognitiva, que la sensorial, o el analfabetismo digital. Por eso creemos que los consumidores digitales merecen especial atención, dado que la falta de legislación adecuada sobre el comercio electrónico puede aumentar su vulnerabilidad en el entorno digital, redimensionando conceptos del derecho mercantil y comercial como el abuso de una posición dominante.

El estudio del Derecho constitucional no debería enfocarse únicamente en la definición de derechos, sino también en cómo garantizarlos. En este contexto, es crucial examinar tanto las oportunidades como los desafíos que plantea el imparable progreso tecnológico.

---

<sup>10</sup> Ecuador, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Registro Oficial 899, Suplemento, 09 de diciembre de 2016, art. 40.

En síntesis, la contratación a través de canales electrónicos o telemáticos ha transformado el proceso de contratación de manera asombrosa, superando obstáculos como la distancia, el tiempo, la necesidad de presencia física y las formas de pago, entre otras características. Sin embargo, este progreso en el campo de la contratación digital no es uniforme entre todos los segmentos de la población y presenta ciertos inconvenientes: no es accesible para todos, carece de garantías en las transacciones, se considera un área fuera del alcance de la ley, no se evalúa la capacidad de las partes involucradas, existe la presencia de contratos unilaterales o de adhesión. Estas características, en definitiva, no favorece la seguridad jurídica.

De ahí que los conceptos de derecho constitucional, vulnerabilidad digital y contrataciones telemáticas se entrelazan en la medida en que el derecho constitucional debe velar por la protección de los derechos de los grupos vulnerables en el contexto de la contratación telemática. Es una tarea del Estado asegurar que la regulación y las políticas implementadas contemplen adecuadamente las necesidades y riesgos específicos de estos grupos en el mundo digital.

La rápida evolución de la tecnología digital nos lleva a un futuro cada vez más conectado e inteligente, donde la innovación y la adaptabilidad serán clave para aprovechar al máximo las ventajas que ofrece la revolución digital.

### **Libertad de Contratación y Personas en Condición de Vulnerabilidad en la Constitución**

En cuanto a las contrataciones, el texto fundamental ecuatoriano, en el Título II, Derechos, Capítulo Sexto, Derechos de Libertad, Artículo 66 numeral 16, contempla que se reconoce y garantizará a las personas: ... El derecho a la libertad de contratación.

Una de las teorías más importantes de la contratación electrónica, es la teoría de la equivalencia funcional (Polanco, 2017, p. 146)<sup>11</sup> .

---

11 “El principio de equivalencia funcional procura que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a sus homólogos del comercio tradicional. En esas circunstancias, los efectos jurídicos de los actos realizados por medios electrónicos serán iguales a lo realizados por otros cauces” (Polanco, 2017, p. 146).

Esta teoría sostiene que los contratos electrónicos son válidos y vinculantes en la misma medida que los contratos celebrados por medios tradicionales. Para ello, los contratos electrónicos deben cumplir con los requisitos generales de los contratos, como el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Landáez y Landáez (2007), explican que la equivalencia funcional “consiste en atribuirle la eficacia probatoria o mismo valor probatorio, a los mensajes y firmas electrónicas, que los que la ley consagra para los instrumentos escritos” (p. 15).

Sobre personas o grupos vulnerables -que pueden interesar a los fines de esta investigación-, la carta magna en el Título II, Derechos, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Artículo 35, establece: “Las personas adultas mayores ..., personas con discapacidad ... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo ... El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

En cuanto a la protección de personas en condición de doble vulnerabilidad, la Constitución también prevé la protección especial para personas en condición de doble vulnerabilidad, lo que significa que aquellos que pertenezcan a más de un grupo vulnerable deben recibir una atención y protección aún más reforzada en el contexto de las contrataciones digitales.

Ahora bien, vale insistir que la contratación por medios telemáticos, en principio, no anula el marco legal general de las contrataciones y las fuentes de las obligaciones. Es decir, la utilización de medios informáticos para que tenga lugar un contrato no desnaturaliza su caracterización como contrato<sup>12</sup> ; por consiguiente, su razón de encuadre legal civil, comercial o de la materia de la que se trate.

---

12 El artículo 1454 del Código Civil de la República del Ecuador (2005), define que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

El Art. 16.4 de la Constitución prevé que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a el acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad. El artículo 47 ejusdem (de interpretación) indica lo siguiente: El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: ... 10. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas. 11. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille.

### **Función del Notario en la Contratación Telemática**

Con respecto al servicio notarial, en el Ecuador el artículo 5 de la Ley Notarial permite que este sea de forma presencial o telemática:

Todos los servicios notariales serán prestados de manera física o telemática de conformidad con lo previsto en la ley y las directrices que expida el Consejo de la Judicatura. Las y los solicitantes expresarán formalmente la modalidad para la prestación del servicio. Por tanto, los servicios notariales telemáticos serán prestados a través de videoconferencia de acuerdo con la naturaleza del acto. En los casos que se requiera el desplazamiento de la notaría o del notario, el pedido y la respuesta serán atendidos de forma telemática.

En este contexto Wortman (2011) plantea la necesidad de redefinir la función del notario en el ciberespacio<sup>13</sup>. Tradicionalmente, el notario ha sido un garante de la seguridad jurídica en la contratación. Sin embargo, en el contexto digital, el notario debe asumir un nuevo rol, que combine la seguridad

---

<sup>13</sup> Wortman, J. (2011). Función notarial en el ciberespacio, ¿seguridad jurídica vs. Seguridad informática? Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, tomo 97, ene. - jun. Pp. 185-201.

jurídica con la seguridad informática. El autor propone que el notario asuma un papel de asesor y facilitador en la contratación digital. El notario debe ayudar a las partes a comprender los términos y condiciones de los contratos, así como a verificar la identidad de las partes y la autenticidad de los documentos<sup>14</sup>.

“La normativa actual permite la prestación del servicio notarial telemático o a distancia, la tecnología, la firma electrónica y las plataformas de videoconferencia permiten interactuar, ver, escuchar, grabar la videoconferencia de la audiencia. Sin embargo, cabe destacar que en la actualidad los actos, acuerdos y contratos realizados vía telemática no cuentan con un soporte o un medio idóneo de comprobación de la capacidad y voluntad de las personas que los utilizan, que permita certeza y seguridad, añadido a la realidad de la sociedad ecuatoriana, especialmente respecto de los vulnerables digitales”. (Arellano, 2023)

En la práctica, debemos evaluar si la comparecencia física es igual o equivale a la comparecencia telemática en los actos y contratos celebrados ante notario público.

## MATERIALES Y MÉTODOS

La estrategia metodológica de esta investigación emplea un enfoque mixto que combina tanto técnicas cualitativas como cuantitativas para la recolección de datos. En la vertiente cualitativa, se adopta un paradigma epistemológico que enfatiza el análisis de atributos y cualidades inherentes a las fuentes consultadas, con un enfoque particular en las normativas legales que sustentan el objeto y sujeto de estudio. Por otro lado, la componente cuantitativa se implementa a través de un paradigma racionalista que busca capturar datos empíricos directamente relacionados con la realidad investigada. En esta

---

<sup>14</sup> Las teorías sobre la contratación digital pueden ayudar a comprender la problemática planteada por Wortman. La teoría de la equivalencia funcional sostiene que los contratos electrónicos son válidos y vinculantes en la misma medida que los contratos celebrados por medios tradicionales. Esta teoría puede ayudar a garantizar la seguridad jurídica en la contratación digital.

fase, se ha utilizado la técnica de la encuesta para recolectar datos de notarios públicos en la ciudad de Quito, Ecuador. La recolección de datos cuantitativos, procesamiento y análisis de estos, se exponen en los resultados, con el objetivo de elaborar una discusión de resultados sólida. Como parte del proceso cuantitativo, se ha administrado un cuestionario detallado a más de 40 notarios y empleados de notarías.

La investigación cualitativa-cuantitativa usó como referencia un cuestionario puesto a consideración de julio a septiembre del 2023. Los cuestionarios fueron respondidos por 41 notarios y empleados de notaría de la ciudad de Quito, Ecuador. Estos empleados, denominados matrizadores, estaban distribuidos en las zonas Norte, Centro y Sur y fueron seleccionados como muestra intencional de las 86 notarías existentes en la mencionada Ciudad.

## **RESULTADOS**

Como resultados del cuestionario se obtuvo información respecto de la contratación presencial física y la contratación telemática. Asimismo, se obtuvo información respecto a la capacitación que tienen los notarios y sus trabajadores en la contratación por medios telemáticos. Por medio de tres preguntas, los resultados son presentados en forma de tablas y gráficas. Estas tablas comprende cualquier actividad relacionada con los datos y está diseñada para resumir o describir los mismos, sin factores pertinentes adicionales; es decir, sin intentar inferir nada que vaya más allá de los datos:

**Tabla 1**

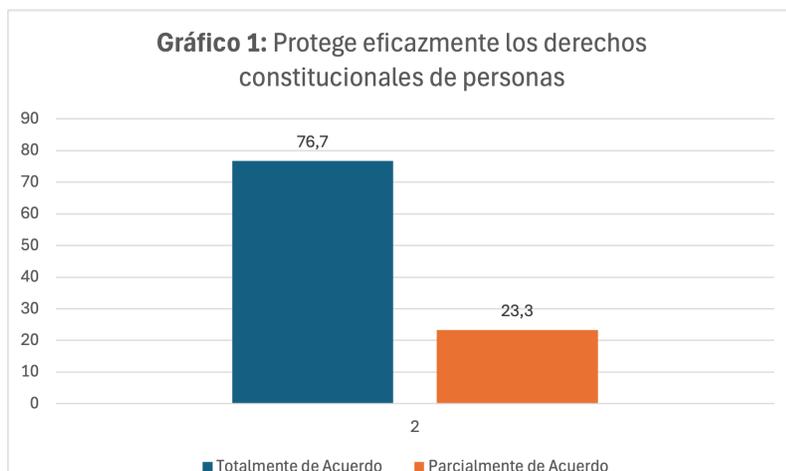
*Contratación presencial que se realiza ante notario público por personas vulnerables, se protege eficazmente los derechos constitucionales de personas analfabetas, de la tercera edad, o de personas con discapacidad.*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje e válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente de Acuerdo	33	76,7	76,7	76,7
	Parcialmente de Acuerdo	10	23,3	23,3	100,0
	Total	43	100,0	100,0	

Nota. Elaboración propia

**Gráfico 1**

*Protege eficazmente los derechos constitucionales de personas*



Nota. Elaboración propia

El análisis de la pregunta muestra que la mayoría de los encuestados está “totalmente de acuerdo” con la afirmación de que en la contratación presencial que se realiza ante notario público por personas vulnerables, se protegen eficazmente los derechos constitucionales de personas analfabetas, de la tercera edad o de personas con discapacidad. En cifras, el 76.74% de los encuestados está “totalmente de acuerdo” con la afirmación

de que se protegen eficazmente los derechos constitucionales de personas vulnerables en la contratación presencial ante notario público. Esto indica un fuerte respaldo a la idea de que el sistema notarial presencial es eficaz en la protección de los derechos de estos grupos. El 23.26% está “parcialmente de acuerdo”, lo que sugiere que algunos encuestados pueden ver cierta eficacia en la protección de derechos, pero aún consideran que puede haber margen para mejoras o ajustes en el proceso.

**Tabla 2**

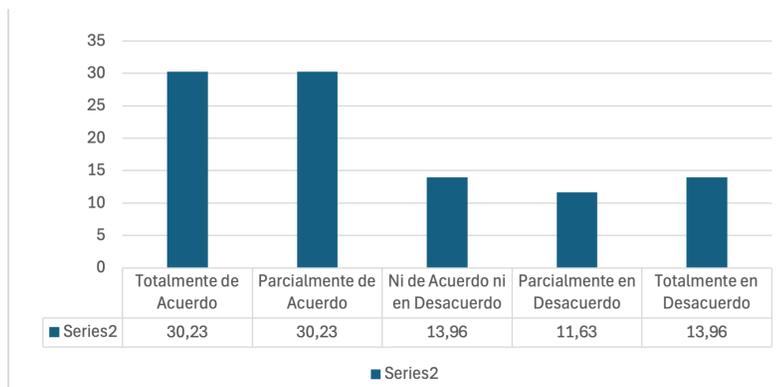
*Contratación telemática que se realiza ante notario público por personas vulnerables, se protege eficazmente los derechos constitucionales de personas analfabetas, de la tercera edad, o de personas con discapacidad.*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente de Acuerdo	13	30,2	30,2	30,2
	Parcialmente de Acuerdo	13	30,2	30,2	60,5
	Ni de Acuerdo ni en Desacuerdo	6	14,0	14,0	74,4
	Parcialmente en Desacuerdo	5	11,6	11,6	86,0
	Totalmente en Desacuerdo	6	14,0	14,0	100,0
	Total	43	100,0	100,0	

*Nota.* Elaboración propia

## Gráfico 2

### *Protege eficazmente los derechos constitucionales de personas*



Nota. Elaboración propia

El análisis de la tabla muestra que hay una variedad de opiniones. Los datos indican que el 30.23% de los encuestados está “totalmente de acuerdo” con la afirmación de que se protegen eficazmente los derechos constitucionales de personas vulnerables en la contratación telemática ante notario público. Otro 30.23% está “parcialmente de acuerdo”, lo que sugiere que algunos encuestados ven cierta eficacia en la protección de derechos en la contratación telemática, pero aún pueden tener algunas reservas o matices en su posición. Un 13.95% se encuentra en la categoría de “Ni de Acuerdo ni en Desacuerdo”, lo que indica una percepción neutral en relación con la eficacia de la protección de derechos en la contratación telemática. El 11.63% está “Parcialmente en Desacuerdo”, lo que sugiere que algunos encuestados consideran que la protección de derechos en la contratación telemática puede ser insuficiente. El 13.95% está “Totalmente en Desacuerdo”, lo que indica un nivel alto de desacuerdo con la afirmación y sugiere que muchos encuestados no creen que se protejan eficazmente los derechos constitucionales de personas vulnerables en la contratación telemática.

**Tabla 3**

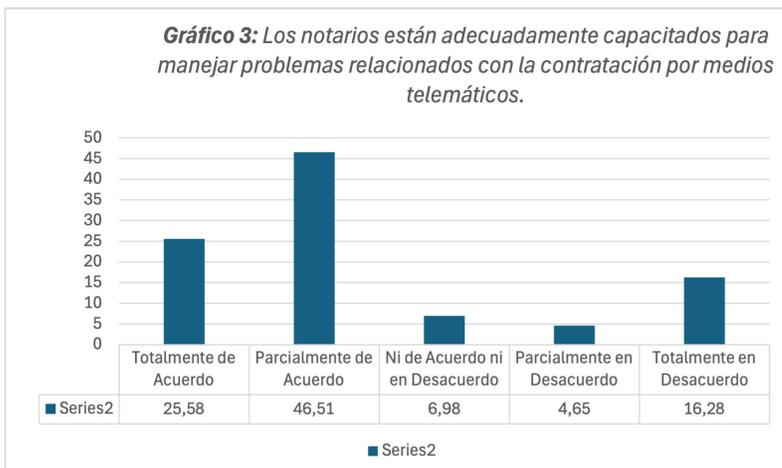
*Los notarios están adecuadamente capacitados para manejar problemas relacionados con la contratación por medios telemáticos que puedan afectar a los grupos vulnerables.*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente de Acuerdo	11	25,6	25,6	25,6
	Parcialmente de Acuerdo	20	46,5	46,5	72,1
	Ni de Acuerdo ni en Desacuerdo	3	7,0	7,0	79,1
	Parcialmente en Desacuerdo	2	4,7	4,7	83,7
	Totalmente en Desacuerdo	7	16,3	16,3	100,0
	Total	43	100,0	100,0	

Nota. Elaboración propia

**Gráfico 3**

*Los notarios están adecuadamente capacitados para manejar problemas relacionados con la contratación por medios telemáticos*



Nota. Elaboración propia

El análisis de la tabla muestra una variedad de opiniones en relación con la afirmación de que los notarios están adecuadamente capacitados para manejar problemas relacionados con la contratación por medios telemáticos que puedan afectar a los grupos vulnerables. El 25.58% de los encuestados está “totalmente de acuerdo” con esta afirmación. Esto indica que una minoría de encuestados tiene plena confianza en la capacitación de los notarios en este aspecto. El 46.51% está “parcialmente de acuerdo”, lo que sugiere que la mayoría de los encuestados ven cierto grado de capacitación en los notarios, pero aún tienen algunas reservas o consideran que podría ser necesario mejorar su formación en relación con los problemas de contratación telemática que afectan a grupos vulnerables. Un 6.98% se encuentra en la categoría de “ni de acuerdo ni en desacuerdo”, lo que indica una percepción neutral en relación con la capacitación de los notarios en este tema. El 4.65% está “parcialmente en desacuerdo”, lo que sugiere que algunos encuestados consideran que los notarios no están adecuadamente capacitados para manejar estos problemas. El 16.28% está “totalmente en desacuerdo”, lo que indica un nivel alto de desacuerdo con la afirmación y sugiere que una parte significativa de los encuestados no cree que los notarios estén capacitados para manejar estos problemas de manera adecuada.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

Los hallazgos más importantes corresponden a la información obtenida de los encuestados en sus respuestas (Notarios y trabajadores de notarías de la ciudad de Quito), que difieren de su apreciación respecto a la protección de los derechos constitucionales de las personas en la contratación presencial física, con la contratación telemática (Ver gráfico 1 y gráfico 2).

Los encuestados afirman en su mayoría, específicamente el 76.74% está “totalmente de acuerdo” con la afirmación de que se protegen eficazmente los derechos constitucionales de personas

vulnerables en la contratación presencial ante notario público. Esto indica un fuerte respaldo a la idea de que el sistema notarial presencial es eficaz en la protección de los derechos de estos grupos. Pensamos que esta afirmación es el resultado de que en la práctica el notario, en la contratación presencial física, tiene la posibilidad de evaluar con sus sentidos la capacidad de las personas que concurren ante su presencia; así, puede preguntar, ver, escuchar, analizar si están nerviosos, si están relajados o si sufren de alguna presión, si su tono de voz es normal o entrecortado, si tiene una ubicación espacio temporal, si está consciente de lo que quiere hacer, es decir puede analizar el lenguaje corporal de la persona y evaluar con preguntas la capacidad efectiva, el entendimiento de realizar actos o celebrar contratos, sus efectos y resultados.

En cuanto a la contratación telemática, se puede observar que las respuestas varían. Un 13.95% se encuentra en la categoría de “ni de acuerdo ni en desacuerdo”, lo que indica una percepción neutral en relación con la eficacia de la protección de derechos en la contratación telemática. El 11.63% está “parcialmente en desacuerdo”, lo que sugiere que algunos encuestados consideran que la protección de derechos en la contratación telemática puede ser insuficiente. El 13.95% está “totalmente en desacuerdo”, lo que indica un nivel alto de desacuerdo con la afirmación y sugiere que muchos encuestados no creen que se protejan eficazmente los derechos constitucionales de personas vulnerables en la contratación telemática, evidenciando que existe un grado de desconfianza, y que no guarda relación con la respuesta respecto a la contratación presencial física.

Con respecto a si los notarios están capacitados para la contratación por medios telemáticos, al parecer existe la percepción de que estos no están totalmente, probablemente por el desconocimiento de la tecnología, que influye en la capacidad del ejercicio del notario en sus funciones en el entorno digital (Ver gráfico 3).

La investigación, mediante entrevistas evidencia una falta de capacitación a los notarios sobre contratación electrónica, en la utilización de tecnología y plataformas seguras que permitan al notario evaluar la capacidad de las personas para autorizar los actos y contratos en el entorno digital.

También se evidenció que el principio de equivalencia funcional del documento electrónico con el documento físico en soporte papel es comprendido por los entrevistados. Sin embargo, se pone en duda la capacidad de diferenciar entre un documento electrónico original y una copia o documento electrónico simple, lo que en el soporte físico o soporte papel lo tienen bien claro. Así, si el notario público no está capacitado en el uso de la tecnología peor aún lo estarán los usuarios que no cuentan con los conocimientos necesarios, herramientas tecnológicas o se encuentran en condición de vulnerabilidad.

De lo investigado, tanto de la parte teórica en contraste con la información obtenida de los encuestados y de la entrevista, (parte práctica) se puede concluir que:

Todas las personas por disposición constitucional tenemos derecho de acceso universal a las TIC, incluyendo internet, como un medio para el ejercicio de otros derechos, y la obligación del Estado de garantizar el acceso a las tecnologías.

Los conceptos de derecho constitucional, vulnerabilidad digital y contrataciones telemáticas se entrelazan en la medida en que el derecho constitucional debe velar por la protección de los derechos de los grupos vulnerables en el contexto de la contratación telemática. Es una tarea del Estado asegurar que la regulación y las políticas implementadas contemplen adecuadamente las necesidades y riesgos específicos de estos grupos en el mundo digital.

Respecto a personas “vulnerables”, en la Constitución ecuatoriana expresamente se establece los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Artículo 35: “Las

personas adultas mayores ..., personas con discapacidad ... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo .... El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. El notario investido de Fe Pública por delegación del Estado presta un servicio público en el que se precautela los derechos de las personas que requieren de su ministerio y en especial de las personas en condición de vulnerabilidad o de doble vulnerabilidad establecida en la Constitución, en los actos y contratos que autoriza con su presencia sea de manera presencial o física o de manera telemática.

La contratación presencial física ante notario público permite salvaguardar eficazmente los derechos de las personas vulnerables, mientras que en la contratación telemática en la práctica existen varios factores que no permiten equiparar esta afirmación.

La Corte Constitucional del Ecuador en varios fallos y como jurisprudencia vinculante, tutela los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad como personas de la tercera edad y discapacitadas.

A pesar de existir la normativa que permite la prestación del servicio notarial telemático, este no se ha aplicado de manera general, por varios factores analizados en la investigación doctoral que se está desarrollando, factores como el analfabetismo digital, la falta de acceso a la tecnología, el desconocimiento, la falta de capacitación y la condición de vulnerabilidad de las personas (usuarios), que en la investigación se son denominados como vulnerables digitales.

Existen falencias que no permiten la correcta aplicación y el uso masivo de la contratación por medios telemáticos; por ejemplo, la falta de capacitación a los notarios públicos y sus trabajadores en el manejo, uso adecuado y de forma segura de la tecnología, en lo que respecta a documentos electrónicos y documentos digitales,

el uso correcto de la firma electrónica, el archivo y conservación correcta de documentos electrónicos y el otorgamiento de testimonios electrónicos de escrituras públicas, acompañado de la falta de reglamentación por parte del Consejo de la Judicatura, para su aplicación uniforme.

La tecnología debe ser considerada como una herramienta para la prestación del servicio público notarial telemático, no como una nueva forma de contratación, lo que no será posible de entender ni asimilar si no se conoce y maneja correctamente la tecnología.

Queda por investigar otros factores que no permiten la aplicación masiva del servicio notarial telemático, como lo es el rol de los usuarios, en el que conforme avanza la investigación doctoral que se está realizando se evidencian las falencias en el conocimiento, la capacidad de uso, utilización y acceso de la tecnología de todas las personas en general, y con más falencias en las personas en condición de vulnerabilidad.

Se recomienda la intervención del Estado, a través de políticas públicas encaminadas a la capacitación en tecnología, no solo a los notarios y sus trabajadores, sino también a todos los usuarios en general, para reducir la brecha digital.

La implementación por parte del Estado a través del Consejo de la Judicatura de una plataforma segura que permita la prestación del servicio notarial telemático conforme lo establece la Ley, que permita a las personas en condición de vulnerabilidad acceder a este servicio público en igualdad de condiciones.

La aplicación de políticas públicas que permitan apoyos a las personas vulnerables en la contratación telemática en general, en la que podría incluirse como apoyo al notario público que se encuentre debidamente capacitado para servir de apoyo y cumplir su función en el entorno virtual.

## REFERENCIAS

- Arellano Sarasti, P. (2023). Servicio público notarial y seguridad jurídica en la contratación por medios telemáticos en Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 8(6), 719-731. doi:<http://dx.doi.org/10.23857/pc.v8i6.5708>
- Constitución de la República del Ecuador[Const.]. (2008). publicada en el Registro Oficial No. 449 [https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia\\_2018/a2.4.pdf](https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2018/a2.4.pdf)
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Ecuador, Registro Oficial 899, Suplemento, 09 de diciembre de 2016, art. 40.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 832-20-JP/21 <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=832-20-JP/21>
- De la Selva A. (2015). Telecomunicaciones y TIC en México, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, México. <https://derechoecuador.com/vulnerables-digitales/>
- Freund, J. E., & Simon, G. A. (1994). Estadística elemental. Pearson Educación. Instituto Nacional de Estadística del Ecuador- INEC (2021) Boletín Técnico N°-04-2021
- Encuesta Multipropósito. [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Economicas/IPP/2021/Abril.021/BOLETIN\\_TECNICO\\_IPPDN\\_2021\\_04.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Economicas/IPP/2021/Abril.021/BOLETIN_TECNICO_IPPDN_2021_04.pdf)
- Landáez, L. (2009). El Comercio Electrónico nueva tecnología e internet. Valencia: Vadell Hermanos Editores.
- Latinobarómetro, I. (2018). Corporación Latinobarómetro. <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp> (дата обращения: 07.04.2018).

Moncayo, K. (2022). El acceso a internet como derecho y su garantía en Ecuador. Trabajo para obtener el Título de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Quito, Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/8716>

Salcedo, J. E. G., Lanzón, I. G., & Lanzón, F. G. (2011). Derecho notarial. Bosch.

Wortman, J. (2011). Función notarial en el ciberespacio, ¿seguridad jurídica vs. Seguridad informática? Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, tomo 97, ene. - jun. Pp. 185-201.

# LIBERTAD DE EMPRESA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

*Business freedom and its constitutional protection in Bolivia*

\*Shirley Gamboa Alba

<https://orcid.org/0000-0003-0042-7058>

DOI: <https://doi.org/10.69633/23h4e534>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 04/04/24

Universidad Autónoma Juan Misael Saracho (Bolivia)

## RESUMEN

El presente artículo es parte de la revisión bibliográfica del avance de tesis de doctorado en Derecho Constitucional. Se presenta los resultados iniciales del análisis de la Constitución en relación a la protección que otorga a la libertad de empresa en el marco del nuevo modelo de Estado asumido por Bolivia. ¿Cuál es el alcance de la protección constitucional a la libertad de empresa?, es la interrogante que se responde en este trabajo, partiendo del hecho que la libertad de empresa es parte de los derechos económicos, por lo cual deben ser considerados en el marco de su contenido esencial para evitar su delimitación más allá de lo permitido. Entre las conclusiones relevantes, se advierte que la denominación de Estado social, plurinacional y comunitario confieren potestad de intervención en la actividad económica, limitando el ejercicio de la libertad de empresa. La investigación viene llevándose a cabo bajo el diseño cualitativo, tipo analítico-descriptivo.

**Palabras clave:** *Libertad de empresa, derechos económicos, Estado Social Plurinacional Comunitario*

\*Abogada y Economista. Docente titular del Dpto. de Derecho Constitucional, Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas-UAJMS (Tarija). Doctora en Gestión e Innovación en la Formación USC-España. Máster en Ciencias Penales y Criminológicas, en Ciencias de la Educación Superior. Diplomada en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Formadora en Derechos Humanos para la Administración de Justicia. Docente de pre y postgrado.

## ABSTRACT

This article is part of the bibliographic review of the progress of the doctoral thesis in Constitutional Law, which presents the initial results of the analysis of the Constitution in relation to the protection it grants to the freedom of enterprise within the framework of the new model of State assumed by Bolivia. What is the scope of the constitutional protection of business freedom? is the question that is answered in this work, starting from the fact that business freedom is part of economic rights, therefore, they must be considered in the framework of its essential content to avoid its limitation beyond what is permitted. Among the relevant conclusions, it is noted that the name of social, plurinational and community State confers the power to intervene in economic activity, limiting the exercise of business freedom. The research has been carried out under a qualitative design, analytical-descriptive type.

**Key words:** *Business Freedom, economic rights, Plurinational Community Social State*

## INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa, reconocida en el Art. 308 de la Constitución Política del Estado (CPE), ha sido incorporada en la Cuarta Parte del texto constitucional, Estructura y Organización Económica del Estado. El constituyente agregó a la nomenclatura tradicional el término *empresa*, que antes se refería únicamente a la libertad del comercio y la industria, y no así a la empresa de manera específica. La noción “libertad de empresa” es un concepto económico-jurídico moderno y de uso generalizado, que sustituyó a la antigua “libertad de comercio e industria”, dándole una riqueza y sentido nuevos. Por esto, se puede aseverar que la formulación actualizada de la libertad económica<sup>1</sup> hoy día es la libertad de empresa, debido a que justamente es a través del ejercicio de esta libertad que los seres humanos efectivizan o materializan su libertad económica.

La libertad de empresa cobra vital importancia porque en ella se sustenta la forma de organización económica privada, que es parte del modelo económico plural adoptado por Bolivia y que tiene el mandato de conseguir lo establecido en el Art. 312, párrafos I y II de la Constitución: “Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país”; y, “Todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza”.

Sin embargo, la presencia hegemónica del Estado en la economía, establecida en el Art. 316 de la Constitución, implica la facultad absoluta de intervenir en todo el proceso económico (producción, distribución y consumo), asignándole

---

<sup>1</sup> La libertad económica es un concepto complejo y multifacético, permanente objeto de debate. No hay una sola definición de la misma y sus interpretaciones varían según las diferentes posturas ideológicas y escuelas de pensamiento económico. Aquí se asume que la libertad económica es la capacidad real de los individuos para tomar decisiones económicas sin coerción o interferencia indebida por parte del gobierno. Se sustenta en el principio de libertad individual, reconociendo que esta no es absoluta; el Estado si bien puede intervenir a través de regulaciones, éstas deben ser excepcionales en función de mantener un orden racional.

el rol no solo de planificar la economía, sino de dirigirla y regularla con base en los fines del propio Estado. Es por este mandato que el Estado genera normas que luego se convierten en obstáculos para el real ejercicio de la libertad de empresa reconocida en la Constitución; reglas que impiden efectivizar la función del Estado de “promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social” (numeral 5 del Art. 316), con base en uno de los valores fundamentales de la norma constitucional: la igualdad (Art. 8.II).

Así, el propósito del presente trabajo es analizar el marco constitucional boliviano, con el fin de identificar la real protección que otorga al ejercicio de la libertad de empresa, como parte de los derechos económicos vigentes en el Estado Social y Comunitario basado en el pluralismo económico.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

La metodología utilizada se enmarca en el enfoque cualitativo, con un tipo de investigación descriptiva, analítica y exploratoria, que permitió describir los componentes de la libertad de empresa y su contenido esencial, para determinar el alcance de su protección constitucional, mediante el estudio normativo y jurisprudencial, tomando en cuenta que el tema del ejercicio de la libertad de empresa es aún incipiente desde el derecho constitucional en Bolivia.

## **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

### **I. La libertad de empresa**

#### **La economía plural y el pluralismo económico**

El pluralismo económico es el reconocimiento de la existencia de diversas formas de llevar a cabo los procesos económicos y, por tanto, de distintos modos de organización económica de un Estado, que en el caso boliviano se materializa en el modelo de economía

plural adoptado a partir de 2009. De ahí que el concepto de economía plural es propio del proceso boliviano en la construcción del nuevo Estado Plurinacional Comunitario (Vacaflores, 2017). A decir de Arce (2011), el nuevo Modelo Económico Social Comunitario es el instrumento fundamental de la política pública del proceso de cambio para avanzar en la construcción de la pluralidad económica, concebida ésta como una estrategia para sentar las bases de la transición hacia el nuevo modo de producción socialista (p. 3).

Existen diversas formas de entender la economía plural; por ejemplo, para Cortéz (2013) es la participación de los sujetos comunitario, asociativo, público y privado en la economía capitalista; para Patzi (2010) es la coexistencia de los modos de producción capitalista, socialista y comunitario. Lo cierto es que hasta antes de la Constitución de 2009, en Bolivia sólo se reconocía a la economía pública y a la privada, dejando al margen o desconociendo la existencia de otras formas de economía hoy contempladas por el Estado Plural Comunitario. Esto si bien es fruto de la lucha social de los grupos marginados, en especial de los pueblos indígenas, de ningún modo debe servir de pretexto al Estado para imponer límites al derecho que tienen las personas de ejercer actividades económicas en el marco del respeto del derecho del otro.

De ahí que la economía plural, si bien reconoce la coexistencia de diferentes modos de producción, también viene plagada de una gran complejidad, debido a que no solo se enfrenta al pensamiento tradicional económico, sino a que su aplicación no está siendo acompañada en igualdad de condiciones para todos los actores económicos, tal como señala la Constitución, lo que genera un constante enfrentamiento entre la actividad empresarial privada y la empresa pública, especialmente cuando se valora el aporte real de cada una de ellas al desarrollo económico.

## **Protección y garantía de la libertad de empresa en la Constitución**

### **A. Reserva legal para el ejercicio de la libertad de empresa**

El Art. 308 de la Constitución en su párrafo I señala que “El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país”, y en el II, que “Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley”. Es decir, la Constitución protege la libertad de empresa, pero también dispone que la ley puede regularla. Esta regulación debe respetar los principios constitucionales y sólo puede limitar la libertad de empresa en la medida de proteger otros derechos e intereses fundamentales.

La noción “reguladas por la ley” está ligada a la de “reserva de ley”, alternativa germánica del principio de legalidad. Esto quiere decir que hay materias reservadas a la ley porque hay otras en que la potestad reglamentaria puede operar libremente (Rubio Llorente, 1996). No obstante, la Constitución boliviana, junto con disponer la reserva de ley para regular el ejercicio de las actividades empresariales, en el Art. 311 sostiene que “todas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley”, y que la economía plural comprende, entre otras cosas, “el respeto a la iniciativa empresarial y a la seguridad jurídica”<sup>2</sup>.

Así, queda claro que si, por un lado, el constituyente, al haber establecido que el ejercicio de la libertad de empresa será regulada por ley, otorga la potestad de este mandato a la Asamblea Legislativa Plurinacional, por otro, el Legislativo debe operar conforme a lo establecido en la Constitución respecto a derechos y principios consagrados, conectando la

---

2 La Sentencia Constitucional Plurinacional 0759/2013-L señala que: “En el anterior régimen constitucional se estableció que la seguridad jurídica era un derecho fundamental; sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado el 7 de febrero de 2009, se encuentra establecida en la normativa constitucional como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia (Art. 178) y a la vez es un principio articulador de la economía plural (Art. 306.II)”.

libertad de empresa con otras disposiciones constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía (de acuerdo al artículo 316 de la CPE), pudiendo limitar el ejercicio de la libertad de empresa en concordancia con los fines y objetivos del Estado, en tanto estas limitaciones no vulneren su contenido esencial.

Esto quiere decir que cualquier exceso cometido por el Estado al regular la libertad de empresa conlleva el riesgo de debilitar al propio sistema político y a sus mecanismos de responsabilidad política; de ahí que quienes administran el Estado deben operar con criterios de justicia, equidad, transparencia y probidad.

## **B. Esencia de la libertad de empresa**

El contenido esencial de la libertad de empresa no es un tema fácil; para su análisis, aquí se hacen las siguientes consideraciones: se parte del hecho de que la libertad de empresa está consagrada entre los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>3</sup> ; éstos, a su vez, forman parte de los derechos económicos y sociales<sup>4</sup> , independientemente de que sean o no expresados de manera textual. Asimismo, se advierte que si bien la teoría del núcleo esencial<sup>5</sup> fue diseñada para identificar el contenido de los derechos fundamentales, se

---

3 “Derechos humanos y libertades fundamentales” fueron desarrollados en la Declaración de Viena de junio de 1993; ésta, en su párrafo 5, señala que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Se debe tener en cuenta que los derechos económicos están en la esfera de los derechos sociales, pero con fuerte vínculo con los derechos individuales, asumiendo que la libertad de empresa es una manifestación de los derechos individuales en el ámbito económico. Por su parte, Montt, citado en Gamboa, 2023, considera que la libertad económica es entendida también como sinónimo de la actividad empresarial, consistiendo ésta en la producción de bienes y servicios con el fin de obtener ganancias, la facultad para su titular de iniciar (o emprender) una actividad empresarial, ejercerla (obrar) de una manera o de otra, sin más limitaciones que las de no ser contraria a lo establecido en las normas legales que la regulen.

4 En el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976, las Naciones Unidas establecen los contenidos mínimos que todo Estado debe garantizar a sus ciudadanos. Estos contenidos representan un nivel básico de derechos que no puede ser vulnerado bajo ninguna circunstancia. La obligación estatal de cumplir con estos contenidos implica que los Estados deben realizar sus máximos esfuerzos para asegurar a sus ciudadanos el disfrute de estos derechos, incluso en situaciones de recursos limitados.

5 Robert Alexi afirma que el núcleo esencial es lo que queda del derecho después de haberse efectuado el proceso de ponderación del derecho en análisis frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos que pudieran limitarlo.

postula que es aplicable para explicar el contenido esencial de la libertad de empresa, toda vez que esta libertad es reconocida como un derecho en la mayoría de países del mundo occidental. Algunas cortes constitucionales han reconocido a la libertad de empresa como un pleno objeto de la teoría del núcleo esencial<sup>6</sup> ; en Bolivia, su reconocimiento constitucional se puede visualizar en el Art. 47.I. mediante la interpretación extensiva, aunque el Tribunal Constitucional se ha manifestado en contrario<sup>7</sup> . El artículo 47.I. de la Constitución establece que “ Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita...”, estando la libertad económica inmersa en dicho postulado.

De igual manera, se parte de considerar que la libertad de empresa en Bolivia sienta sus bases en el Estado Social de Derecho, donde el interés general, la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural de la nación prevalecen sobre los intereses particulares. En otras palabras, las empresas no pueden actuar sin considerar el impacto que sus actividades tienen en la sociedad y el medio ambiente, por lo que su interpretación debe partir de esos postulados. En ese sentido, y en base a jurisprudencia estudiada de la Corte Colombiana sobre el tema, se apuntan los siguientes tópicos de las libertades que integran la libertad de empresa, constituyéndose así su contenido esencial (Sabogal, 2005):

a) Libertad de fundación de una empresa. Entendiéndose que cuando un grupo de personas toma la decisión de constituir una empresa, el ejercicio de ese derecho no es absoluto, pues debe sujetarse al cumplimiento de las condiciones subjetivas y objetivas que le impone la ley con miras a preservar el interés general de la sociedad.

---

6 La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha establecido que: “Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de ese derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad”.

7 Véase la SCP 005/2015 que será analizada en el apartado siguiente.

b) Libertad de organización del empresario. En el camino hacia el éxito económico, la organización empresarial está en manos de su libre iniciativa, teniendo la potestad de establecer su proyecto, eligiendo la forma jurídica que mejor se adapte a sus condiciones, definiendo la estructura interna, asignando un nombre y estableciendo un domicilio para la realización de sus actividades.

c) Libertad de dirección de la empresa. Esta libertad faculta al empresario a dirigir y desarrollar su empresa de manera autónoma, basándose en sus propias ideas, planes y decisiones en lo que respecta a la contratación del capital humano, la producción, inversión y desarrollo, asumiendo la responsabilidad por los resultados de las mismas.

d) Libertad de actividad en el mercado. La libertad de fijar precios es un componente esencial de la libertad de actividad en el mercado. Esta libertad permite a los empresarios determinar el precio de sus productos o servicios en función de sus costos, estrategias de mercado y expectativas de ganancias. Sin embargo, esta libertad no es absoluta. El Estado puede intervenir para imponer límites a los precios en determinadas circunstancias, como cuando exista amenaza a la libre competencia económica o cuando se busque la protección de los derechos del consumidor. La libertad de distribución y venta de productos o servicios es otra de las libertades en este ámbito, siempre y cuando provengan de actividades lícitas.

La libre competencia también es un aspecto central de la libertad. En Bolivia se trataría de impulsar una competencia desleal al otorgar mayor apoyo y subvención a las empresas estatales en ciertos rubros, no tomándose en cuenta que la actividad empresarial privada debe solventarse con sus propios medios y atravesar continuos riesgos, que incluso pueden ser ocasionados por el propio Estado a través de sus normativas. La libertad contractual y la protección a los secretos industriales son otros componentes de la actividad en el mercado.

En ese contexto, la libertad económica y, por ende, la libertad empresarial, se manifiesta cuando la persona puede desarrollar la actividad económica de su elección, desarrollarla de acuerdo a sus capacidades individuales, entrando, permaneciendo o saliendo del mercado sin que existan barreras ilegítimas, sin que esto implique violentar derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido, la libertad de empresa, si bien puede estar sujeta a ciertos límites, éstos en ningún caso pueden llegar al extremo de anular ese derecho, sino que deben respetar y resguardar el contenido mínimo que se le ha identificado.

## **II. La libertad de empresa y sus limitaciones**

Es importante reconocer que la Constitución boliviana es resultado de la participación ciudadana materializada en la Asamblea Constituyente, fruto de un consenso no sólo político sino sobre todo social, que representa la pluralidad de Bolivia. En lo que sigue, el análisis se desplegará teniendo presente el actual modelo de Estado Social de carácter plurinacional y el mencionado contenido esencial de la libertad de empresa.

### **La función del Estado en la economía (Artículo 316 de la CPE)**

El Art. 316 de la Constitución fija el papel fundamental del Estado en la economía: asume la responsabilidad de conducir la planificación económica y social, que debe ser inclusiva, participativa y estar alineada con los principios constitucionales; adicionalmente, el Estado ejerce la función de dirigir y regular la economía; tiene, además, la potestad de intervenir en los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, en el marco del interés general, aspecto que incluye medidas como la creación de empresas públicas, el fomento de la producción nacional o el control de precios de productos considerados básicos.

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía, además de hacerlo respetando la lógica de la economía plural, debe enmarcar su actuación en las prerrogativas señaladas en el Artículo constitucional 311.I, referido a que todas las formas de organización económica gozarán de igualdad jurídica ante la ley, y el II.5, respeto a la iniciativa empresarial y a la seguridad jurídica. Por ello, debe sostener un trato igualitario a los actores económicos, más aún cuando la empresa privada trabaja con recursos propios, a diferencia de las empresas públicas, que reciben el apoyo del Estado, lo que supone una competencia desleal.

Asimismo, en el marco del Artículo 312.I, que dispone que toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica, es el Estado el que debería limitar su intervención en el accionar de la empresa privada, dándole libertad y fomentando cada una de sus potencialidades, peor cuando la empresa pública en general ha demostrado ser ineficiente<sup>8</sup>.

Dada la función hegemónica del Estado en la economía, lo que le otorga la regulación de la libertad de empresa, existen disposiciones normativas<sup>9</sup> que limitan el ejercicio de esta

---

8 En un Informe de la Oficina de Fortalecimiento de la Empresa Pública (OFEP) del Ministerio de la Presidencia (elaborado en 2019 y conocido recién en agosto de 2021), que fue recogido por la Fundación Milenio, se alerta sobre la crítica situación financiera y administrativa de las empresas estatales, señalando al menos 15 problemas comunes en 63 empresas examinadas. Milenio resume dichas dificultades en: a) falta de cobertura patrimonial de varias empresas, las que, por pérdidas acumuladas, pueden caer en una “quiebra técnica casi automática”, además de que muchas no consolidaron el derecho propietario sobre sus inmuebles o terrenos, lo que pone en riesgo la inversión y la continuidad de las operaciones; b) negocios y proyectos sobredimensionados y modelos de gestión ineficientes, que tienen como único cliente al mismo Estado; c) mecanismos de financiamiento inapropiados, carencia de capital operativo y falta de liquidez; d) problemas de seguimiento, control, supervisión, información y transparencia en la gestión, con varios niveles de control (ministerios, directorios, etc.) y confusión en las responsabilidades (“algunos ministerios tienen injerencia directa en las definiciones de la empresa, lo que diluye la responsabilidad y dificulta la línea de mando. En muchos casos ocasionan alta rotación de personal y directivos”). El Registro de Procesos de las Empresas Públicas contabilizó 1.225 procesos judiciales, 572 penales, 196 demandas por corrupción o denuncias (Oporto et al, 2021).

9 Véase la Ley 1055 de Creación de Empresas Sociales, la Ley 1468 de Procedimiento Especial para la Restitución de Derechos laborales, El Decreto Supremo 1802/2013 de establecimiento del doble aguinaldo, la política salarial en general, la Ley de Regulación de Adeudos Tributarios, entre otras, que, por un lado (en cuanto a las normas), incorporan procedimientos y decisiones, y, por otro, (en cuanto a las políticas) limitan el ejercicio de libertad de empresa al establecer acciones más allá de lo previsto en la normativa constitucional.

libertad. Es el caso, entre otras, de la Ley 1468 de Procedimiento Especial para la Restitución de Derechos Laborales. Si bien la norma busca proteger los derechos de los trabajadores, genera una distorsión jurídica al intervenir en procesos que están regulados en el Código de Comercio. Esta intervención puede afectar el equilibrio y la confianza en las relaciones laborales. Por otro lado, es importante destacar que la incorporación de procedimientos de la Ley 1055 de Creación de Empresas Sociales en el Código de Comercio (en lo que respecta a la forma de constitución de dichas empresas en casos de quiebra, liquidación, concurso preventivo, cierre definitivo y abandono injustificado) no busca armonizar y fortalecer el marco legal; por el contrario, crea una noción diferente de la forma de constitución de una empresa, lo que ya está ampliamente regulado en el Código de Comercio.

Para peor, la disposición que obliga a cancelar el doble aguinaldo es otra de las limitaciones y vulneración a la libertad de empresa; hay que tomar en cuenta que esta medida la dispone el Estado sin considerar la situación y posibilidad real de las empresas de poder pagar este beneficio.

Estas y otras actuaciones del Estado limitan la libertad de empresa. Hay cierta ambigüedad: si en el Art. 312.I la Constitución señala que toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica, ¿cómo lograrlo ante la presencia hegemónica del Estado, con regulaciones que éste emite, que más que fomentar limitan la actividad económica de los particulares?

### **La libertad de empresa en un Estado social**

La adopción del Estado social, con su componente plural y comunitario, lleva a asumir funciones destinadas a crear condiciones vitales para el Vivir Bien<sup>10</sup>; esto se traduce también en ciertas intervenciones en el orden económico.

---

10 “Suma qamaña”, principio indígena asumido en el Artículo 8.I de la Constitución; significa saber vivir en armonía y equilibrio, en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia. Ministerio de Relaciones Exteriores. <https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/node/1231#:~:text=Es%20saber%20vivir%20en%20armon%C3%ADa,saber%20vivir%20y%20luego%20convivir.>

Si bien el Estado social supone no sólo un correctivo a la economía de mercado, sino también un mecanismo que permite encarnar en la praxis el “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación, ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales” (Art. 9, CPE), las actuaciones del Estado deben propender a ello sin descartar la participación de la empresa privada, que en últimas es un motor esencial en los procesos económicos, los cuales deben ser regulados por el Estado en su justa medida, tratando de encontrar un equilibrio entre libertad de empresa y los principios de un Estado social.

La reflexión jurisprudencial juega un papel crucial para analizar las limitaciones a la libertad de empresa en un Estado social con características de plurinacionalidad.

#### **A. Sentencia 005/2015 del Tribunal Constitucional Plurinacional**

Se presentó una Acción de inconstitucionalidad abstracta de la Ley 307<sup>11</sup>. Se aduce la inconstitucionalidad de artículos que supuestamente vulneran el derecho a contratar, lo que comprende la libre decisión de suscribir contratos y de instituir, en el marco de leyes de orden público, los derechos y obligaciones emergentes del contrato, al establecer una forma de contrato forzoso entre ingenios del sector agroindustrial cañero y los productores de la caña de azúcar, sin discriminación, de acuerdo al plan de zafra; excepto si la oferta de la materia prima sea superior a la capacidad de producción diaria del ingenio o que no cumpla con los requerimientos mínimos para su procesamiento. A su vez se demanda la colisión de derechos.

---

11 Ley 307 del Complejo Productivo de la caña de azúcar (10 de noviembre de 2012) tiene por objeto regular las actividades y relaciones productivas, de transformación y comerciales del sector agrícola cañero y agroindustrial cañero, y la comercialización de productos principales y subproductos derivados de la caña de azúcar. Dicha Ley fue objeto de una Acción de inconstitucionalidad abstracta, demandando la inconstitucionalidad de varios artículos, desde aspectos de orden conceptual hasta el señalar que la iniciativa privada y la libertad de empresa son derechos fundamentales que tienen carácter de derecho subjetivo, por encontrarse reconocidas en la Norma Suprema.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0005/2015 aborda lo que considera un equilibrio entre la libertad de empresa y el interés social, en el contexto de la seguridad alimentaria. El TCP reconoce la garantía constitucional para la iniciativa privada y la libertad de empresa como pilares fundamentales del sistema económico boliviano. Sin embargo, señala que esta libertad no es absoluta y encuentra sus límites en el interés social y la seguridad alimentaria del pueblo boliviano. Establece que el modelo plural de economía consagrado en la Constitución faculta al Estado a ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía, incluyendo el sector agroalimentario. En este marco, señala que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la oferta oportuna de alimentos estratégicos para satisfacer las necesidades de la población. Para ello, el Estado puede tomar las medidas necesarias, que permitan satisfacer las necesidades de alimentación del pueblo boliviano.

Dicha sentencia, en el extracto de la ratio decidendi, realiza el análisis de constitucionalidad del Artículo 1 de la Ley 307, señalando que:

El nuevo modelo económico que rige en el país está catalogado como un modelo plural orientado a mejorar la calidad de vida y vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos; en base a esa concepción, es función del Estado el regular los procesos de producción distribución y comercialización de bienes y servicios de acuerdo a los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia, en correspondencia con el art. 308 de la CPE, que reconoce, respeta y protege la iniciativa privada y garantiza la libertad de empresa pero a la vez, prevé su regulación mediante ley (...).

El Estado, por mandato constitucional y en virtud a los principios del modelo económico plural, regula la actividad económica en general y la de los sectores estratégicos en particular; razón por la cual, el precepto en análisis no resulta contrario al contenido de los arts. 308.I y II de la CPE, que reconoce la iniciativa privada y garantiza la libertad de empresa, no obstante, la misma, por expresa disposición constitucional, no es absoluta sino que tiene límites que han sido establecidos con la finalidad de conciliar los intereses de la actividad económica libre en función del interés social y la seguridad alimentaria que demanda el pueblo boliviano, limitación que fue regulada en la Ley que se cuestiona de inconstitucional. Lo mismo acontece con el contenido de los 311.I y II.5 de la CPE, ya que el Estado garantiza la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica; por ello, se concluye que la Constitución Política del Estado garantiza y respeta la libre actividad económica y la iniciativa privada; es decir, son libres pero dentro de los límites del interés colectivo, por cuanto la empresa como base del desarrollo de la economía de un país, cumple una función social, para alcanzar una justicia social, que constituye un valor sobre el que se sustenta la construcción del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que implica la edificación de una sociedad cimentada en la equidad con justicia, que se resume, en el “vivir bien” con dignidad y solidaridad<sup>12</sup>.

Del análisis de la sentencia se evidencia un claro conflicto en el poder de dirección del empresario en el ámbito laboral, en lo que respecta al derecho de contratar, aspecto que ha sido señalado como parte del contenido esencial. Se debe recordar que la libertad de contratar no debe implicar en modo alguno la privación de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ahora bien, la libertad de empresa no opera en un vacío. En ocasiones, su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos

fundamentales, generando dilemas que requieren soluciones justas y equilibradas. El grado de conexión con el libre desarrollo de la personalidad emerge como un criterio valioso para delimitar los alcances de la libertad de empresa y resolver casos de colisión.

Por su parte, en la misma sentencia citada, aclara que la libertad de empresa no es un derecho fundamental y un derecho humano, cuando expresa que “corresponde aclarar que no existe colisión de derechos, como afirman los accionantes, entre la soberanía alimentaria y la exportación de los productos derivados de la caña de azúcar, establecida como un derecho fundamental y un derecho humano en nuestra Ley Fundamental y no así la libertad de empresa, lo que provoca que esté por encima de cualquier interés económico”.

Si bien para el Tribunal Constitucional la libertad de empresa no es considerada un derecho fundamental, es posible otorgarle ese rango de manera indirecta, con aplicación de la teoría de la conexidad<sup>13</sup>, aspecto que da lugar a un campo abierto de debate para seguir avanzado en el análisis del tema.

## **B. Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014**

Se trata de una acción de inconstitucionalidad concreta promovida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas de entonces, vía representación legal de AON RE BOLIVIA S.A. Corredores de Reaseguros, demandando la inconstitucionalidad del Artículo 52 de la Ley de Seguros (LS) y los artículos 10, primer párrafo, y 14 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa (RA) IS 602 del 24 de octubre de 2003, por ser presuntamente contrarios a varios artículos de la Constitución, que debido al objeto de estudio, se hará referencia únicamente al artículo 308.II.

---

<sup>13</sup> La “conexidad” entre derechos constituye una herramienta de naturaleza interpretativa, propia de la jurisprudencia constitucional colombiana. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales. El profesor Néstor Osuna Patiño (2007) es el jurista en Colombia que más ha desarrollado el tema. Véase la sentencia T-571 de 1992 en la que puede apreciarse claramente el sentido que la Corte Constitucional colombiana le brinda a este tipo de argumentación.

Importante iniciar haciendo referencia al fundamento 6 de las alegaciones que expone la Acción de inconstitucionalidad contra la parte pertinente del Artículo 52<sup>14</sup> de la Ley de Seguros:

“De acuerdo con lo establecido en el Art. 308.II de la CPE, se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales que serán reguladas por ley. En virtud de ello, sólo el legislador, haciendo uso de su facultad de regular a través de ley formal, puede establecer las condiciones de su funcionamiento y, por tanto, las limitaciones, restricciones, infracciones o sanciones a las que está sujeta la actividad, estando vedada esta facultad por mandato de la Constitución al órgano administrativo, porque el constituyente otorga de manera exclusiva al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades empresariales y económicas, a qué reglas deben sujetarse y cuál es la configuración de los ilícitos administrativos y sus sanciones, por lo que la posibilidad de entregar a los órganos administrativos de manera indeterminada, incierta, ilimitada y autónoma, la potestad de calificación de infracciones y sus consecuentes sanciones, resulta contrario y violatorio de las garantías constitucionales a la libertad de empresa y pleno ejercicio de actividades empresariales previstas en el Artículo 308.II de la CPE” (SCP 0394/2014, p. 4).

Alegaciones del presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional en el punto I.3.1. inciso a) de la Sentencia estudiada:

“No se advierte el cumplimiento de lo establecido en el Art. 24 del Código Procesal Constitucional (CPC),

---

14 El art. 52 de la Ley de Seguros, en la parte cuestionada, señala en cuanto a las infracciones insubsanables, que éstas: “Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros” y “Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento”.

porque la acción de inconstitucionalidad presentada solo incluye nominalmente como vulnerados los artículos 1, 109. II, 308.II y 410.II de la CPE, sin especificar el fundamento, razones, criterios o juicios que permitan sostener la inconstitucionalidad de las normas impugnadas con esos preceptos”. (SCP 0394/2014, p. 6).

Alegaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el punto I.3.2. numeral 5 de la sentencia estudiada:

“No existe vulneración del derecho a la libertad de empresa, previsto en el Art. 308.II de la CPE, porque el ejercicio de la actividad empresarial debe encuadrarse en las regulaciones de la ley. En el caso concreto, es la Ley de Seguros y las normas regulatorias del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros.” (SCP 0394/2014, p. 7).

El TCP, luego de un amplio análisis, considera que se vulnera el artículo 308.II de la CPE, bajo las siguientes consideraciones establecidas en el punto III. Fundamentos Jurídicos del Fallo:

III.2. Principio de legalidad y su incidencia en la potestad administrativa sancionatoria. Desarrollo jurisprudencial (quinto párrafo):

“En el orden señalado determinó que: “En el seno de la potestad sancionadora general, a diferencia de los delitos, las sanciones administrativas admiten su regulación mediante una norma reglamentaria, pero con la condición que ésta ha de estar necesariamente basada en una ley, que ha de determinar el alcance y contenido de la norma reglamentaria, los elementos esenciales de la conducta antijurídica, y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. No cabe una remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (Federico A. Castillo Blanco, Función Pública y Poder Disciplinario del Estado. Civitas, Madrid, 1992, p.244.)” (SCP 0394/2014, p. 17).

El Tribunal refiere también a lo señalado en la SC 0746/2010-R lo siguiente:

III.3. El principio de taxatividad como elemento esencial del principio de legalidad en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora. (quinto párrafo)

“Asimismo, determinó que solamente puede imponerse una sanción administrativa cuando ésta esté específicamente establecida por ley de acuerdo al principio de taxatividad, por lo mismo, entendió la legalidad en materia sancionatoria, condicionada al principio de certeza o taxatividad como garantía material, que garantiza la previsibilidad de las conductas sancionables y la certeza jurídica sobre las sanciones establecidas.” (SCP 0394/2014, p. 19).

Por último, en la parte relacionada a examen de constitucionalidad realizado en el punto III.4.1 Examen de constitucionalidad del Art. 52 de la Ley de Seguros, basa su razón en lo señalado en los fundamentos jurídicos en los que afirma que “a diferencia de los delitos, las sanciones administrativas admiten su regulación mediante una norma reglamentaria, pero con la condición que ésta esté necesariamente basada en una ley, que determine el alcance y contenido de la norma reglamentaria, los elementos esenciales de la conducta antijurídica, y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, aspectos omitidos por la norma ahora cuestionada y que implica una vulneración al principio de legalidad.” (SCP 0394/2014, p. 23). Asimismo, señala que “el Art. 52 de la Ley de Seguros vulnera los principios de taxatividad y legalidad en sus frases: “incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales”, “infracciones insubsanables”, y “Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento”, se concluye que esta afectación es contraria a los artículos 1, 109.II, 115.II, 116.II, 117.I, 119.II, 232, 308.II y 410.II de la CPE” (SCP 0394/2014, p. 23).

Por lo que declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la Ley de Seguros, en las frases: “incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales”; “infracciones insubsanables”; y “Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento”.

La importancia de esta Sentencia Constitucional consiste en que se presentan 3 votos disidentes, aspecto que debe llamar la atención, toda vez que claramente se presenta en la Acción de inconstitucionalidad concreta, un conflicto de intereses entre el propio Legislador y el Ejecutivo, relacionado con la libertad de ejercicio de la empresa, en lo que concierne a la creación de su reglamentación interna, que le otorga la libertad de establecer las sanciones que considere pertinente cuando existe incumplimiento a sus disposiciones, la misma que evidentemente debe enmarcarse en los cánones establecidos en la CPE, debiendo el Estado intervenir únicamente cuando exista vulneración a la CPE. A criterio personal, no es correcta la apreciación del Tribunal Constitucional Plurinacional.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

En lo que respecta a la libertad de empresa, se manifiesta con especial fuerza la tensión que supone conciliar visiones liberales y socializantes (Vera, 2010), De ahí que, el Artículo constitucional 308 tiene componentes ambiguos, toda vez que junto a la constitucionalización del reconocimiento de la libertad de empresa y la garantía de su pleno ejercicio, se incorpora la disposición: “fortalezca la independencia económica del país”, estableciendo a su vez en el artículo 316 la presencia hegemónica del Estado en la actividad planificadora de la economía.

La Constitución boliviana reconoce la libertad de empresa y, al mismo tiempo, establece límites a esta libertad, aduciendo

la búsqueda de lograr un equilibrio entre el dinamismo económico y el bienestar social, por lo que la libertad de empresa no es absoluta. En primer lugar, la función hegemónica del Estado en los procesos económicos juega un papel crucial como limitante a la libertad de empresa. En segundo lugar, la concepción de Estado Social Plurinacional Comunitario, impregnada en la Constitución Boliviana, se presenta como un elemento fundamental que tiñe el ejercicio de los derechos individuales con un enfoque altamente social.

La libertad de empresa en Bolivia, a la luz de la teoría expuesta, se configura como un derecho de textura abierta. Esto significa que su contenido no está predeterminado de manera rígida, sino que debe ser interpretado y aplicado en función del contexto social, económico y político del país. En este contexto, la Constitución, al consagrar a Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, establece un marco fundamental para la interpretación de la libertad de empresa, que implica que su ejercicio debe estar subordinado al interés general y al bienestar social. Esto significa que si bien la libertad de empresa no puede ser ejercida de manera ilimitada, porque debe armonizarse con otros derechos, el Estado no debiera actuar más allá de los límites que la propia Constitución establece.

Por otro lado, se entiende que la particularidad de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado su actuación, no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como “que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica de Bolivia”, “contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país”, “contribuir a la reducción de las desigualdades”, por lo que, para limitar este derecho a la libertad de empresa, se encuentra el recurso a las cláusulas independencia y soberanía económica, desigualdad y pobreza. A fin de cuentas, las funciones que caracterizan a un Estado social, plurinacional y comunitario, en su mayoría, implican la capacidad de regular y participar en la esfera económica privada, incluyendo las actividades de las empresas.

Si bien la libertad de empresa se encuentra consagrada en el artículo 308 de la Constitución, la propia Carta Magna también define los límites de actuación del Estado frente a las actividades económicas desarrolladas por los particulares. Esta limitación responde a la necesidad de armonizar la libertad de empresa con la satisfacción de los valores y principios constitucionales.

En el texto constitucional boliviano, encontramos derechos fundamentales que se sustentan en los valores constitucionales de libertad, que sustentan el pluralismo económico reconocido en la Constitución como una de las bases fundamentales del Estado; asimismo, se establecen preceptos que otorgan al Estado la potestad de intervenir en el proceso de desarrollo de aquellas libertades, como es el caso del Artículo 316, en el que se evidencia la presencia hegemónica del Estado en la economía. De esa manera, se intenta articular algo similar a un modelo mixto, en el que se reconoce y respeta la libertad de empresa y la propiedad privada, aunque con la cláusula específica relacionada de que esta se enmarque en la satisfacción de los intereses generales, con el fin de alcanzar el principio fundamental del Vivir Bien, establecido en el Artículo 8.1. y los valores del Artículo 8.II<sup>15</sup> de la Constitución.

La igualdad de oportunidades, un valor fundamental en Bolivia, se ve afectada por las características del modelo económico plural actual. Si bien el artículo 306.I de la Constitución establece que el modelo económico busca mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, el derecho a la competencia, pilar fundamental para garantizar dicha igualdad, se ve debilitado. El gran desafío del Estado boliviano radica en lograr una coexistencia armónica entre las diferentes formas de organización económica, sin vulnerar los derechos económicos individuales, especialmente la libertad de empresa.

---

15 El Artículo 8.I., de la Constitución boliviana asume y promueve como principio fundamental el Vivir Bien y el Artículo 8.II., los valores de igualdad, inclusión, dignidad, solidaridad, igualdad de oportunidades, equidad social, bienestar común, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

La libertad de empresa, y los demás derechos individuales que conforman la estructura de libertades, se erige como un principio fundamental para garantizar a las personas un espacio de acción libre de injerencias indebidas por parte del Estado. Esta protección tiene como objetivo primordial asegurar la independencia de los individuos, permitiéndoles “ganarse la vida” de manera autónoma y sin la tutela estatal más allá de la estrictamente necesario. De tal forma, que los individuos gocen de la libre elección para desarrollar sus objetivos de vida y de los medios para alcanzarlos, sin verse constreñidos por imposiciones estatales en cuanto a sus planes de vida. Este aspecto debe ser revalorizado en Bolivia, en lo que concierne al ejercicio de la libertad de empresa, sin desconocer los necesarios límites que deben imponerse, en apego estricto al respeto de los derechos reconocidos en la propia Constitución.

## REFERENCIAS

- Bolivia (2022). Ley 1468 Procedimiento Especial para la Restitución de Derechos Laborales. Disponible en: [file:///D:/Mis%20Documentos/Ley\\_1468%20\(1\).pdf](file:///D:/Mis%20Documentos/Ley_1468%20(1).pdf)
- Bolivia (2018). Ley 1055 de Creación de Empresas Sociales. Disponible en: <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N1055.html>
- Constitucional Plurinacional, Tribunal (2015). Sentencia Constitucional 0005/2015 de 6 de febrero de 2015. Disponible en: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=22168>
- Constitucional Plurinacional, Tribunal (2014). Sentencia Constitucional 0394/2014, de 25 de febrero de 2014. Disponible en: [https://www.aps.gov.bo/files/webdocs/DJ/normativa/seguros/MODIFICATORIAS/SCP\\_394.pdf](https://www.aps.gov.bo/files/webdocs/DJ/normativa/seguros/MODIFICATORIAS/SCP_394.pdf)
- Constitucional Plurinacional, Tribunal (2013). Sentencia Constitucional Plurinacional 0759/2013-L. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- Constitucional de Colombiana, Corte (1994). Sentencia T-291. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-291-94.htm#:~:text=No%20puede%20la%20autoridad%20p%C3%ABlica,derecho%20constitucional%20de%20la%20igualdad.>

- Constitucional de Colombiana, Corte (1992). Sentencia T-571. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-571-92.htm>
- Cortez, R. (2013). Octubre, 10 años después. Nueva Crónica y Buen Gobierno. Nro. 133. Segunda quincena de octubre, 2013. La Paz, PRISMA/ PLURAL
- Gamboa, A. S. (2023). Libertad de empresa y su análisis en el ámbito del Derecho Constitucional. Revista Científica “Tribuna Jurídica”. Volumen 4. Disponible en: [file:///C:/Users/CAPITAL/Downloads/157-148-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CAPITAL/Downloads/157-148-PB%20(1).pdf)
- Osuna, N. (2007). Los Derechos Fundamentales por Conexidad. Teoría Constitucional y Políticas Públicas (págs. 165 - 198). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Oporto, H., Cuevas, J., Gumucio, J., Espinoza, J., Sheriff, E. y Aliaga, J. Fundación Milenio. Análisis Nro. 33. Las empresas públicas bajo escrutinio ¿Qué hacer con ellas? Disponible en: <https://fundacionmilenio.org/las-empresas-publicas-bajo-escrutinio-que-hacer-con-ellas/>, fecha de consulta: 5 de octubre de 2023.
- Patzi, F. (2010). Sistema comunal y lógica del capital. Balance y perspectiva: intelectuales en el primer gobierno de Evo Morales. Svampa, Estefanoni y Fornillo. La Paz: FES/Le Monde Diplomatique.
- Relaciones Exteriores, Ministerio. (s/f) Nota de prensa. Disponible en: <https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/node/1231#:~:text=Es%20saber%20vivir%20en%20armon%C3%ADa,saber%20vivir%20y%20luego%20convivir>
- Rubio Llorente, F. (1996). La libertad de empresa en la Constitución. ISBN 84-470-0692-1. pp. 431-446
- Sabogal B., L. F. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. Revist@ e-Mercatoria. Volumen 4, Número 1. Disponible en: <Dialnet-NocionesGeneralesDeLaLibertadDeEmpresaEnColombia-3625833.pdf>
- Vacafores, C. (2017). La economía plural en Bolivia. Apuntes Nro. 3/2017. Friedrich Ebert Stiftung Bolivia. Disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/bolivien/14337.pdf> , Consulta: 17 de septiembre de 2023
- Vera A., C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social. RJUAM, Nro. 21, 2010-I, pp. 197-224.

# EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR COMO FUNDAMENTO DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN ECUADOR

*The right to private and family life as the foundation of assisted human reproduction in Ecuador*

\*Silvia Zambrano Noles

<https://orcid.org/0000-0003-2696-6447>

DOI: <https://doi.org/10.69633/cr5k3910>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 03/04/24

Corte Provincial de Justicia de El Oro (Ecuador)

## RESUMEN

El acceso a las herramientas de la reproducción humana asistida es un derecho humano. Los instrumentos generados por los organismos internacionales avalan este concepto, lo mismo sucede con los tribunales regionales, entidades que han resuelto reclamos relacionados con la materia, ya que la reproducción humana asistida está considerada como parte de los derechos fundamentales de las personas. Esta temática forma parte del conjunto de derechos que rigen la vida privada y familiar que posee doctrina legal y jurisprudencial valiosa para la materia, descrita en este documento. La presente investigación toma, como punto de partida para la valoración de la reproducción humana asistida en Ecuador, el análisis del derecho a la vida y la intimidad, como argumento para la regulación de las técnicas de reproducción asistida en este país. Estas prácticas están extendidas entre la población, a pesar de que existen riesgos y brechas de desigualdad, lo que hace pertinente el estudio del tema. La investigación se realizó con varios métodos de trabajo: teórico, revisión documental; y jurídico doctrinal para responder al objetivo de la investigación.

**Palabras clave:** *derecho a la vida, reproducción humana asistida.*

\*Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia. Especialista en Arbitraje y Mediación. Especialista en Derechos Constitucionales y Derechos Fundamentales. Master en Derechos Constitucionales. Master en Criminología. PHD en Ciencias Jurídicas Universidad Católica de Argentina (UCA).

## ABSTRACT

Assisted human reproduction is a human rights issue and has had various approaches in relation to this argument from international human rights instruments to the pronouncements of regional courts that have resolved claims based on fundamental rights, among which is the right to private and family life, with valuable legal and jurisprudential doctrine around this right. This research takes as a starting point for the assessment of assisted human reproduction in Ecuador the analysis of the right to life and privacy, as an argument for the regulation of assisted reproductive techniques in this country, where these practices are widespread, and there are risks and inequality gaps, which makes relevant the study of this topic, using methods from the theoretical level from the documentary review to the legal doctrinal method, responding to the objective of the research, with the results achieved.

***Key words:*** *right to life, assisted human reproduction.*

## INTRODUCCIÓN

La reproducción humana asistida pone en la mira diversos dilemas bioéticos: de derechos humanos y de derecho positivo. Esta temática es una respuesta científica a la demanda que tienen las personas con problemas de infertilidad y que desean tener descendencia. A la par, ha dado pie a otro debate y es el que impulsan las personas homosexuales o las que optan por vivir sin pareja y desean tener hijos. A la par, la investigación específica, ha permitido prevenir enfermedades genéticas y dar cauce a la aspiración de ser padres incluso con una modalidad *post mortem*.

Los fundamentos para incluir la materia de la reproducción asistida en los ordenamientos jurídicos ecuatorianos, se basan, en gran medida, en los dictámenes fijados por los instrumentos y la jurisprudencia internacionales y que han dado lugar a la construcción de una doctrina influyente sobre la formulación legal en diversos países.

Son varios los derechos humanos que involucran la regulación de la reproducción humana asistida. La temática, de modo recurrente, está sustentada en el derecho a la vida privada y familiar, un derecho que se ha catalogado de difícil definición doctrinal, porque su contenido es flexible y no debe quedar limitado en el sentido positivo. Sin embargo, los tribunales de derechos humanos recurren a este derecho privado para fundamentar sus decisiones sobre la reproducción humana asistida.

En la República de Ecuador el debate sobre la reproducción humana asistida no ha sido pacífico. En primer lugar, por los intentos de regulación que han sido frustrados por la función ejecutiva y, en segundo lugar, por las exigencias de la Sala Constitucional encargada, según reclama, de legislar el tema. Ello no obsta, de que en el país se hayan aplicado las técnicas de reproducción humana asistida al margen del reconocimiento estatal. Con la aplicación de estas técnicas en Ecuador han nacido más de 1500 niños, entre 1990 y 2012, para un 1,2 % de la tasa de natalidad de América Latina (Zegers-Hochschild, F., et al,

2014) aunque el Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de Ecuador de 2017 a 2021, no haga pronunciamiento ni proyección sobre las técnicas de reproducción humana asistida (Ministerio de Salud Pública, Ecuador, 2017).

Los estudios sobre la reproducción humana asistida son recurrentes en las ciencias jurídicas, especialmente en los últimos años. Desde la academia está en desarrollo una teorización sobre esta materia y los derechos humanos que la sustentan. Los enfoques son variados y abordan diversas aristas y problemáticas: naturaleza jurídica, características o protección, por citar algunos aspectos sobre los que se ha centrado el debate.

Con el propósito de conocer el desarrollo teórico sobre esta temática se revisó el estado de las publicaciones específicas de varios países. La consulta superó la decena de publicaciones impresas y otras tantas tesis doctorales. Entre estas últimas destacan: *Gestación por sustitución en España un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a california (EEUU) y Portugal.* (Vilar, 2017); *Las técnicas de reproducción asistida desde los fundamentos de la dignidad humana del estado social y democrático de derecho colombiano.* (Cárdenas, 2018), entre otras.

## MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación tiene como objetivo principal, explicar de qué manera sería posible articular el derecho a la vida privada con la reproducción humana asistida en el contexto ecuatoriano.

Este artículo de reflexión teórica desarrolla una investigación documental del estado de situación de la temática descrita líneas arriba, el proceso de investigación se realiza con la metodología analítico-sintética, inductiva-deductiva y exegético-analítica. Arranca con la revisión documental existente sobre la materia, con base en la ecuación: reproducción humana asistida y/o derecho a la vida. Analiza las bases de datos de Google Académico y Redalyc, material que permitió identificar más de 30 000 documentos de interés;

de ese total, 9 600 publicaciones describen experiencias e investigaciones en Ecuador; desde artículos científicos hasta tesis de pregrado, maestría y doctorado. Los criterios de selección fueron temporales y temáticos: producción de hasta cinco años de antigüedad y textos centrados en el desarrollo de la investigación sobre reproducción humana asistida en el país. El trabajo se desarrolló con gestor bibliográfico EndNote 21. Tras la verificación, esta exploración encontró que 60 materiales cumplían las características requeridas para desarrollar esta investigación en particular.

## ANÁLISIS Y RESULTADOS

### **I. Consideraciones teóricas y legales sobre la reproducción humana asistida**

En América Latina, es una problemática común, la ausencia de normativa sobre la reproducción humana asistida y es urgente que los países solucionen esta falencia. Hasta 2022 solo cuatro países de la región habían regulado las técnicas de reproducción asistida humana en la región: Argentina, Uruguay, Cuba y Brasil, este último, con un acuerdo administrativo<sup>1</sup>; sin embargo, existe una práctica extendida en el continente.

El informe de la Red latinoamericana de reproducción asistida humana (Zegers-Hochschild, 2015), reporta que entre 1990 a 2012, 16 países de América Latina aplicaron estas técnicas. La tasa más alta correspondió a Brasil; con 56 674 casos, 44,2% del total estimado; Argentina, 26 085, el 20,3%; México, 17 238, el 13,5%; y, Chile, 7 227, el 5,6%.

La carencia de normativa específica provocó diversas reacciones en estos países: desde la limitación del acceso universal a la tecnología, de los servicios proveídos por el Estado, (derecho

---

1 Vid. Ley No. 26.862. (25 de junio de 2013). Argentina: Registro Nacional de la República de Argentina; Ley N° 19.167 de fecha 29/11/2013, Uruguay, Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Cuba, Resolución 1151/2022 Reglamento de la reproducción asistida en seres humanos (GOC-2022-1009-EX67).Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013. Diário Oficial da União. Brasília <http://bit.ly/1dtVHVJ>, (consultado 5 de mayo de 2024)

a la salud), hasta la desprotección de quienes participaron en estas prácticas. Estas determinaciones afectaron los derechos de progenitores y descendientes. En especial a las uniones del mismo género, ya que no solían ni suelen ser reconocidas legalmente y, por ende, estas personas no tenían garantizados sus derechos si optaban por estas técnicas de procreación. Además, persiste el hecho de que, en estos casos, está ausente el control y supervisión estatal.

El fundamento y propósitos de la reproducción humana asistido se han redimensionado y hacen realidad el deseo y la voluntad de procreación para formar una familia, por ende, su trascendencia no alcanza a mujeres y hombres infértiles, sino también a aquellas personas que conforman parejas del mismo sexo, y a personas sin pareja que desean concebir, entre otros casos, de acuerdo con la gama de alternativas familiares de la sociedad actual. Su finalidad no se enmarca únicamente en resolver una problemática médica, como la infertilidad sino dar cauce a la procreación y de conformar una familia, realidad que confluye con otros derechos; como la igualdad y la no discriminación, de manera que, bajo el principio de igualdad todos pueden ejercer el derecho a la maternidad y paternidad. (González, 2017).

Las técnicas de reproducción asistida se definen como un conjunto amplio de procedimientos médicos para conseguir el fin de la procreación humana con técnicas que sirven para que gametos (ovocitos y/o espermatozoides) humanos tengan la capacidad de generar la fecundación y la implantación de embriones en la cavidad uterina. (Aparicio Morcillo, (2021). Estas técnicas son variadas y han ampliado la capacidad reproductiva, dadas las diferentes situaciones y alternativas que se presenten en la pretensión de la procreación. Entre otras, se encuentra la inseminación artificial, homóloga y heteróloga, la fecundación in vitro, la transferencia al útero de embriones producidos in vitro que se denomina FIV y la gestación subrogada o por sustitución. Sobre sus conceptos y contenidos. (Bladilo, A., Torre, N. D. L., & Herrera, M. 2017).

La regulación de la reproducción humana asistida, como se mencionó, es un derecho humano, y establecer los nexos con los derechos que sustentan la regulación y aplicación de esta forma de reproducción es importante para sustentar las bases legales de tales técnicas. Por ejemplo: los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la salud, el derecho al progreso científico y tecnológico, el derecho de igualdad unida a la prohibición de discriminación, el principio del interés superior del menor, y el derecho a la vida privada y familiar, articulados con la autonomía personal y la dignidad humana.

Las implicaciones jurídicas de la reproducción humana asistida son varias y constituyen una fuente de debate para la aprobación de las normas jurídicas que la regulan, tales aspectos se conciben de manera más o menos restrictiva en las leyes de reproducción humana asistida. Pueden nombrarse a este tenor: el fundamento de la Reproducción Humana Asistida ( en lo adelante, RHA) en la infertilidad y no en la motivación individual o familiar de los comitentes; la presencia de material genético de los padres o de un donante; la limitación en el número de embriones a gestar; el congelamiento de embriones; el reconocimiento del inicio de la vida desde la concepción o al momento del nacimiento confiriendo derechos al embrión; la maternidad subrogada; la gestación solidaria; la fecundación *post mortem*; la relación de filiación entre los progenitores y los hijos, en particular cuando se trate de parejas homo afectivas y por último, el conocimiento de la identidad de los donantes por el descendiente procreado. Estos son algunos de los aspectos a debate.

La filiación, considerando que, con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no es posible constituir la relación paternofamiliar de manera indubitada entre los progenitores que procrean y el descendiente. En la reproducción asistida se generan otras fuentes de la filiación, donde los padres pueden carecer del nexo biológico con el descendiente, sin embargo, existe un vínculo filiatorio, pues éstos consienten en adquirir la condición de padres a partir de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, y no por la vía tradicional de la filiación biológica.

Otro aspecto para valorar es si debe considerarse el embrión como ser humano y merecer tutela jurídica, al entenderlo como un ser distinto de la madre con un contenido genérico propio y características para su protección jurídica o por el contrario que no se considere persona al no existir individualización de la madre que depende de ella o elementos externos, lo que se vincula estrechamente con las concepciones sobre el derecho a la vida. (Valdés Díaz, C. D. C. , 2012).

Al respecto, Morffi Collado, C. L., & Galiano Maritan, G. (2018), consideran imposible desde una perspectiva legal que el embrión no anidado tenga vida humana jurídicamente tutelable. Postura con la que se halla de acuerdo en principio la autora y está implícita en el Código civil de Ecuador, sin embargo, es necesario profundizar en la investigación sobre las teorías del inicio de la vida y su tutela jurídica y a partir de qué momento considerar al embrión como ente jurídico.

La disponibilidad sobre los embriones a partir de la aplicación de las técnicas de fertilización in vitro y la transferencia de embriones que en oportunidades generan embarazos múltiples o conducen a que se desechen los embriones, lleva al dilema de si se admite o se prohíbe esta práctica, a partir de que se reconozca el derecho a la vida del embrión al considerarse que se produce un atentado al derecho a la vida y la dignidad del embrión. Esta postura restringe los derechos a la procreación, a constituir una familia y a la vida privada, (Brena, I., 2012, 5), posición a la que se afilia la autora sin desdorar de la necesidad de profundizar en los postulados teóricos y jurisprudenciales que sustentan tal opinión.

Otro aspecto es la concepción de las familias, ampliando su contenido a las diferentes variantes que pueden configurarse en la actualidad, desde familias homoparentales a familias conformadas por madres o padres solteros, familias por integración o por adopción. La reproducción asistida abre el diapasón a esta multiplicidad de formas familiares, por las diversas alternativas para la procreación que facilita no solo a parejas heterosexuales, como se exige en varios ordenamientos

como requisito para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, sino para todos los que deseen formar una familia y ejercer en consecuencia este derecho. (Andrés, M. C. R., 2013).

El conocimiento de la identidad del donante de los gametos en la inseminación artificial heteróloga, constituye otro elemento a considerar. Hay normas que se inclinan por el anonimato del donante y a esos fines los bancos de componentes anatómicos están sujetos a regulación estatal, en otros ordenamientos se busca favorecer el derecho a la identidad del menor concebido con la aplicación de esta técnica y por ende que conozca su verdad biológica, el derecho a conocer sus orígenes y finalmente exista otra postura que se inclina a dar a conocer el historial médico y genético del donante, no así sus datos personales. Generalmente prevalece la confidencialidad del donante y su anonimato. (Bernal Crespo, J.S. 2013, 145)

La fecundación post mortem es otra alternativa que ofrece la reproducción asistida que genera cuestionamientos, en orden a exigir el consentimiento del donante fallecido antes de que se produzca su muerte y que este no haya sido modificado en fecha anterior a su muerte y el procedimiento; por todas las consecuencias relativas a la filiación y a los derechos patrimoniales, situaciones que podría acarrear conflictos hereditarios.

Lo descrito conduce al análisis relacionado con la importancia del consentimiento en la aplicación de las TRA de terceras personas ajenas a la pareja. Es vital el libre consentimiento de las personas implicadas en el procedimiento, pues una vez producida la fecundación in vitro o con otra de las técnicas se genera una relación de filiación con el menor, con los efectos jurídicos esperados y, por ello, esta relación debería ser suspendida. (Zamora Vázquez, A. F., 2020).

La gestación subrogada o por sustitución; es decir, la implantación, por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una mujer, con la que los padres de intención han firmado

un contrato, con o sin remuneración económica, genera varios ejes de discusión en el ámbito jurídico. Uno de estos ejes de discusión es el que corresponde al dilema ético del comercio de la maternidad. Por eso, es preciso responder a la consulta de si es y si es admisible que se pague por el menor nacido con estas herramientas. Por esta razón, también se conoce esta práctica como vientre o madre de alquiler, cuando media un interés económico y, en contrapartida, existe la maternidad solidaria, sin ánimo de lucro, pues la mujer que gesta renuncia a la filiación con el menor (producto), a pesar de que la fecundación podría haber sido realizada con sus óvulos. La gestante no recibe pago económico por el embarazo, pero no gasta dinero propio durante todo el proceso.

Otra arista favorable para la reproducción humana asistida es que este método puede beneficiar a padres que deciden seguir este camino, aunque pertenezcan a familias poco tradicionales: parejas homosexuales, personas solteras o infértiles, entre otros ejemplos. Esta práctica también se basa en la libertad y autonomía de la mujer, quien puede consentir que su cuerpo sirva para albergar a un producto que no le pertenecerá.

La prohibición de la maternidad subrogada está en un limbo jurídico, especialmente en los países que rechazan esta práctica. Estos lugares podrían convertirse en un destino turístico inseguro para la reproducción y podría derivar en el tráfico de menores. En Ecuador es necesario considerar todas las opciones para decidir de qué manera se podría aplicar esta tecnología en nuestro territorio. (Sánchez, M. F., 2019; Quiroga, M. Á., 2018; Castro y Calle; 2020).

La reproducción humana asistida, si bien es un derecho humano, también está íntimamente relacionada con el derecho a la vida, este último es un prerrequisito para cualquier otro derecho y el Estado tiene el deber de proteger a sus ciudadanos. Si se considera el derecho a la vida desde una perspectiva biológica objetiva, este no considera otras prerrogativas fundamentales para las personas. Por ejemplo: libertad, honor, dignidad, integridad física, salud, alimentación, educación, u otras más. (Bustamante, S. E., 2017).

“El derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia, es tutelado por todas las constituciones contemporáneas como un derecho inviolable, lo cual no significa que los demás derechos sí lo sean; sino que la Constitución le está dando un especial reconocimiento al carácter sagrado que la vida misma, el cual [que] está dado por el valor intrínseco de ella.” (Olano, 2016: 209).

Ecuador ha sido reticente a regular la reproducción humana asistida, sin embargo, en este país se efectúan prácticas de Reproducción humana asistida, entre 1990 y 2012 se reportan 1514 casos para un 1,2 % en la región y según informe de la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad (IFFS, por sus siglas en inglés), de forma conjunta con la OMS reportó en Ecuador (10 centros privados de reproducción asistida humana. (International Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance 2016).

El entorno jurisdiccional debería pronunciarse al respecto. A la fecha, se han frustrado varios intentos de regulación con la Ley Orgánica de la Salud, y no existe voluntad política para cambiar esta situación. No obstante, urge, desde la óptica de los derechos humanos, la promulgación de leyes sobre esta materia. A pesar de esta situación, los tribunales ecuatorianos reciben procesos sobre esta temática.

## **II- El derecho a la vida privada y familiar y la reproducción humana asistida**

La presente investigación enfatiza en el derecho a la vida privada de las personas que desean formar una familia, y en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Se considera que quienes pretenden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida ejercen estos derechos de manera voluntaria. Por ello, prohibir su práctica es una injerencia absoluta de la privacidad. No obstante, el derecho a la vida privada no puede entenderse con carácter restrictivo. En la sentencia Niemetz contra Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió que no considera posible o necesario intentar elaborar

una definición exhaustiva de la noción de vida privada (Acnur, 1988). El derecho a la vida privada tiene múltiples significados. Este forma parte de la llamada teoría de la *privacy*. En la legislación italiana y europea es la *riservatezza* (intimidad), y establece un, partaguas entre lo público y lo privado. (Crothers, 2000).

“Sostenemos la necesidad de plantear un concepto más específico de este derecho, de manera que sea posible una delimitación clara con otros, que teniendo cierta conexión con los de vida privada o intimidad, manifiestan una construcción lógica y jurídica distinta. Es lo que ocurre, ciertamente, con los derechos al honor, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones, entre otros que discurren por espacios jurídicos autónomos”. (Crothers, C. S., 2000).

El contenido y alcance de este derecho fundamental es ineludible, por su relación con la reproducción humana asistida y es necesario conocer el pronunciamiento de los instrumentos internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 12, dispone que, nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (D. U. 2003). El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York (1966) en el artículo 17 señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (Parte, I. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). El Convenio Europeo de Derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, en el artículo 8 dispone:

“Derecho a la vida privada y familiar:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa de la salud, o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Los tres instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vida privada. Coinciden en que el individuo tiene facultades y atribuciones relacionadas con el ejercicio libre de su personalidad y el respeto a su intimidad y sus decisiones en el espacio privado y familiar y establecen la obligación de abstención y por ende la prohibición de incurrir en injerencias en el ámbito privado, salvo disposición legal.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas se pronunció sobre este derecho:

1. En el artículo 17 prevé que toda persona tiene derecho a ser protegida de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o trabajo, así como de ataques ilegales a su honra y reputación. A juicio del Comité, este derecho debe estar garantizado ante injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de cualquier persona. Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho.
2. El término “ilegales” significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La intervención autorizada por los Estados sólo puede tener lugar si está enmarcada en las leyes que, a su vez, deben respetar las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto. (Observación general 16, 1988).

En 1967, la Comisión Internacional de Juristas adoptó la sugerencia de la Unión de juristas nórdicos, e hizo suya la definición de Stik-Stromholm: “El derecho de una persona de ser libre de llevar su propia existencia como él la entiende, con el mínimo de interferencias exteriores”. (Crothers, C. S., 2000: 103-120).

El Consejo de Europa también protege el derecho a la vida privada, como se lee a continuación.

Defensa de la vida privada en la norma europea:

- a) Toda intromisión en su vida privada, familiar y doméstica.
- b) Todo atentado contra su honor o contra su reputación.
- c) Todo atentado a su integridad física y mental, o a su libertad moral o intelectual.
- d) Toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos.
- e) La divulgación de hechos y proposiciones denigrantes en relación con su vida privada.
- f) La utilización de su nombre, de su identidad o de su imagen.
- g) Toda actividad de espionaje, vigilancia o acosamiento.
- h) El secuestro de su correspondencia y la utilización maliciosa de sus comunicaciones privadas, escritas u orales.
- j) la divulgación de datos, comunicados o los recibos bajo secreto profesional.

El Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos tiene una larga lista de decisiones sobre el tópico que está en análisis. A continuación, se expondrán tres casos en los que las decisiones del órgano están sustentadas en el derecho a la vida privada.

Caso: *Dickson c. Reino Unido* (asunto 44362/04, Sec. 4ª 18.4.2006, rev.<sup>9</sup> Gran Sala 4.12.2007)

Parte de la solicitud, formulada por una ciudadana británica, de inseminación artificial con espermatozoides de su marido recluso.

La Gran Sala, considera que la decisión de los tribunales británicos vulnera el art. 8 CEDH, pues una vez un Estado permite en general el uso de las TRA, la negativa al acceso a la inseminación artificial afecta la vida privada y familiar de los solicitantes, que incorpora el derecho al respeto por su decisión de ser padres genéticos (§66). El tribunal consideró que ello constituía una interferencia arbitraria en su derecho a la vida privada. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2005).

Caso: *Evans c. Reino Unido* (asunto 6339/05, Sec. 4ª 7.3.2006, confª. Gran Sala 10.4.2007)

Parte del conflicto entre dos ex convivientes, en relación con el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de ambos durante su relación de pareja. Ante este conflicto de derecho.

El TEDH declara que el caso afecta el derecho al respeto de la vida privada de la solicitante (art. 8 CEDH), un concepto amplio que comprende la *decisión de ser padre y la de no serlo* (§57).

Caso *S.H. y otros c. Austria* (asunto 57813/00, Sec. 1ª 1.4.2010, rev. Gran Sala 3.11.2011).

Se debate si la Ley 275/1992, la *Fortpflanzungsmedizingesetz*, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a espermatozoides y a óvulos donados para la práctica de FIV, era conforme al Convenio.

Se condenó a Austria, con el argumento de que “el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las TRA para conseguirlo forma parte del art. 8 CEDH, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar”, por lo que “las diferentes aproximaciones de los estados contratantes no convierten en aceptable cualquier solución adoptada por el legislador” (Farnós Amorós, 2016)

En resumen, el ámbito de protección del derecho a la vida privada goza de la interpretación en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad, la protección a la vida privada, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos con el mundo exterior.

Sobre la relación entre este derecho y la reproducción humana asistida se ha pronunciado el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

“Poder decidir la forma de planificar la familia y poder tener acceso a métodos adecuados parece formar parte de estas decisiones íntimas y privadas. Esto está directamente relacionado con la autonomía de las personas, esto es, con la posibilidad de elaborar un plan de vida y actuar de acuerdo con el mismo. La autonomía es uno de los principios fundamentales de la ética. Y, en este caso se trata de la autonomía reproductiva, aquella que permite tomar decisiones fundamentales respecto de tener o no un hijo. El derecho a la intimidad protege a las personas en sus vidas privadas y forma parte de las obligaciones de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos.”

En el sistema interamericano también está reconocido este derecho humano. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 5: derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y su vida privada y familiar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, se ha pronunciado sobre la importancia del derecho a la vida privada en relación con la reproducción humana asistida:

En el párrafo 142 plantea:

“El derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”.

El párrafo 143 expresa que: “La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

En el párrafo 146, define la Corte: “Que el derecho a la vida privada se vincula de manera directa con “i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”.

Con ello alcanza a establecer la interrelación entre este derecho y los restantes derechos humanos, al establecer la interdependencia entre este derecho y los derechos sexuales y reproductivos a los fines de sustentar la legitimidad de la reproducción asistida humana

Varona Martínez afirma que: “Dentro del concepto estricto de vida privada los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos derechos derivan de la dignidad de la persona y el objetivo de su reconocimiento consiste en garantizar al individuo un poder jurídico sobre la información personal y familiar, si bien con los límites de los restantes.” (Varona Martínez, 2009)

Al respecto señala Silvia Serrano G, y Patricia López afirman que dentro de esa dimensión, se ha considerado que el derecho a la vida privada y familiar incluye la decisión de ser madre o padre biológico. Es decir, se trata de una decisión respecto de la cual el Estado no debería interferir de manera arbitraria. Pero también constituye una decisión respecto de la cual el Estado tiene ciertas obligaciones positivas...En resumen, el derecho a la vida privada y familiar, en el sentido de incluir la decisión de ser padre o madre biológica, está protegido por el artículo 11 CADH<sup>3</sup> y el artículo 17 PIDCP. (López, 2022)

Los instrumentos internacionales y sentencias expuestas muestran la trascendencia de este derecho humano como fundamento para la recepción en los ordenamientos jurídicos de la reproducción humana asistida, el derecho de cada persona decidir en su ámbito familiar y privado dentro de la esfera del derecho a la intimidad y el ejercicio pleno de la personalidad, sobre su derecho a procrear, de configurar la paternidad o maternidad, articulándose con el deber de los Estados de procurar crear las condiciones para accesibilidad y la legitimidad de las prácticas de reproducción asistida en armónica relación entre el ámbito público y privado.

### **III- Reproducción humana asistida en Ecuador. Necesidad de regulación**

La investigación enfoca el análisis en el caso de la República de Ecuador donde existe desregulación de la regulación humana asistida por lo que resulta necesario valorar el estado el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto a este tema y la posibilidad de armonizar en este contexto la recepción de la regulación de la reproducción humana asistida, también se valorará el derecho a la vida privada en su ordenamiento jurídico.

La Constitución Política de Ecuador (2008) es de obligado análisis para esta investigación. La norma regula, en el artículo 32, los derechos sexuales y reproductivos, este punto se refiere al derecho a la salud y que debe ser garantizado por el

Estado, mediante políticas particulares, acciones y servicios de atención a la salud sexual y reproductiva. Sin embargo, este precepto no reconoce los programas y políticas públicas relacionados con la reproducción humana asistida.

En el Capítulo Sexto, relativo a los derechos de la libertad, la Constitución Política ecuatoriana, en el artículo 66 en los apartados 1 y 2, regula el derecho a la inviolabilidad de la vida; en el apartado 2, el derecho a una vida digna que asegure la salud, entre otros derechos; en el apartado 3, regula el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad sexual y la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atente contra los derechos humanos, operando en un sentido prohibitivo el manejo de material genético, dentro del que se inscriben los empleados en las técnicas de reproducción asistida, con lo que pudiera entenderse restringido el derecho de acceso al progreso científico. El apartado 9 del artículo 66 reconoce también los derechos sexuales y reproductivos en orden a regular el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, por lo que el Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en contextos seguros.

Reconoce el texto constitucional, en el artículo 67, el derecho de la familia, en sus diversos tipos, sin establecer distingos entre las formas de configuración de estas, considerando que se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El artículo 10 hace referencia al derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuántas hijas e hijos tener, lo que comprende la voluntad de procrear y el derecho a decidir cuándo y cómo ejercer la sexualidad y la paternidad o maternidad responsables. Aunque no se admite de manera expresa la formulación de las técnicas de reproducción asistida, el reconocimiento del derecho a una plena salud reproductiva comprende la posibilidad de acceso a tales servicios.

En el entorno legal ecuatoriano no se le ha conferido tratamiento legal a la reproducción asistida, si bien han existido esfuerzos del órgano legislativo que no han tenido progreso en su puesta en vigor. A continuación, se hará un repaso de las disposiciones legales y constitucionales relacionadas con el tema.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Ley No 2002-100 de 2003, regula en el artículo 20 el derecho a la vida, al establecer que los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a la vida desde su concepción y define la obligación del Estado, la sociedad y la familia, de asegurar por todos los medios a su alcance su supervivencia y desarrollo, se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo.

La Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células de 2011, deja excluidas de las donaciones, los óvulos y espermatozoides, al definir en el artículo 9, las excepciones. Se entiende que no serán aplicables las disposiciones de la Ley a los casos de sangre humana, sus componentes diferenciados, óvulos y espermatozoides. Remite la regulación de las actividades médicas en las que se empleen estos elementos o partes del cuerpo humano a disposiciones internacionales, leyes de salud y otros cuerpos legales.

La Ley Orgánica de Salud, Ley 67 de 22 de diciembre de 2006, reformada en 2015, el artículo 6 apartado 6, enuncia dentro de las responsabilidades del Ministerio de Salud Pública la implementación y formulación de políticas, programas y acciones de salud sexual y salud reproductiva de acuerdo al ciclo de vida que permitan la vigencia, el respeto y goce de los derechos sexuales y reproductivos. En el apartado 9, plantea la responsabilidad en la regulación y control de los bancos de células, tejidos y sangre. En el apartado 31, también establece la regulación, control y vigilancia de los procesos de donación y trasplante de órganos, tejidos y componentes anatómicos humanos y establecer mecanismos voluntarios, sin que se haga una expresa exclusión de los bancos de gametos para la reproducción asistida. El artículo 81 hace una referencia aproximada al tema de la donación de gametos

cuando prohíbe la comercialización de componentes anatómicos de personas vivas o fallecidas y ninguna persona podrá ofrecer o recibir directamente beneficios económicos o de otra índole por la obtención o entrega de órganos y otros componentes anatómicos de personas vivas o fallecidas.

Esta ley no regula la reproducción humana asistida en ninguna de sus vertientes, si bien no contiene prohibición expresa al respecto.

La Ley Orgánica de Salud Pública, define la salud reproductiva como el estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos e implica el derecho de las personas a tomar decisiones respecto a ella. Dentro de esta debe tener cobertura la posibilidad de acceso a la reproducción asistida y las modalidades de esta para hacer efectiva la salud reproductiva y el ejercicio de su voluntad a este tenor.

El proyecto de Código Orgánico de Salud, que fue aprobado por la Asamblea Nacional de la República de Ecuador el 25 de agosto de 2020, el cual fue vetado por el Presidente Lenin Moreno el 25 de septiembre de 2020 con Objeción Total (Moreno, 2020). Establece en el artículo 196, prescripciones sobre la reproducción humana asistida, sus requisitos y admite la maternidad subrogada por motivos altruistas, sin que hasta el momento haya entrado en vigor.

Constituye un antecedente emblemático el caso conocido como Satya, que fuera resuelto con fecha 29 de mayo de 2018, mediante la sentencia Nro. 184-2018-SEP-CC, de la Corte Constitucional de Ecuador, en el que se reconocía el derecho de la menor Bicknell Rotheron, fruto de las técnicas de reproducción asistida a que fuera reconocida por dos madres. A partir de esta sentencia se confirmó un plazo para regular los procedimientos médicos necesarios de reproducción asistida de manera armónica. Pinto, J. M. (2019), Sentencia 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional (2018). Esta sentencia enaltece válidamente los derechos a la igualdad, no discriminación, a

la identidad de los niños y niñas procreados mediante técnicas de reproducción asistida, el derecho a la filiación de dos personas de un mismo sexo sobre un hijo, y el derecho a formar una familia, aspectos que resolvió de manera adecuada la Corte Constitucional en esta sentencia y que mostraron las brechas legislativas en el tema y la necesidad de regulación jurídica.

María Alejandra Vicuña, legisladora ecuatoriana, refirió en su momento “la ausencia de un marco jurídico adecuado en esta materia pone en riesgo a los pacientes y a los actores del sector e impide un adecuado control por parte de la Autoridad Sanitaria Nacional. (Serrano M.C, 2018)

Se coincide con este planteamiento que revela la necesidad de alcanzar el estado deseado con el tema de la reproducción humana asistida que no es otro que regular la en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tomando como fundamento entre otros el derecho a la vida privada para lo cual existen suficientes argumentos favorables.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

- La desregulación de la reproducción humana asistida en Ecuador afecta el pleno ejercicio del derecho a la vida, al constituir presupuesto jurídico para su formulación legal, existen brechas y divergencias teóricas, éticas, legales sobre la reproducción humana asistida que hacen necesaria su fundamentación desde la perspectiva de los derechos humanos.
- Se produce la práctica de la reproducción asistida en Ecuador en diversas instituciones de salud privada, sin que exista respaldo legal lo que deja en estado de desprotección jurídica a los sujetos que intervienen en los procedimientos al incidir sobre la filiación, el parentesco, el derecho a la identidad de los hijos, el ejercicio pleno de la responsabilidad parental en diversos supuestos, los elementos éticos y jurídicos que deben informar las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada y brecha de desigualdad para quienes por motivos económicos no puedan acceder a estas instituciones.

- Resulta necesario regular la reproducción humana asistida en Ecuador para lo cual se pueden adoptar dentro de sus fundamentos los análisis sobre el derecho a la vida privada y otros derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional y regional, del que derivan contribuciones con base en el carácter general y polisémico que posee este derecho que se imbrica con la dignidad del ser humano, la calidad de vida y el desarrollo de la personalidad en el ámbito privado, donde el Estado debe abstenerse de hacer injerencias e intromisiones ilícitas, por lo que es presupuesto general y preexistente de los restantes derechos.

## REFERENCIAS

- ACNUR. (1988). *ACNUR.org*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3584.pdf>
- Aparicio, A. (2021). Estudio de la fertilidad y la reproducción asistida en España, p.38. [https://academica.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/39818/Aparicio%20Morcillo%2C%20Andrea\\_TFG.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://academica.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/39818/Aparicio%20Morcillo%2C%20Andrea_TFG.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado 3 abril de 2023)
- Bartolomé, J. C. (2020). El derecho a la vida. *icade. Revista de la Facultad de Derecho*, (111), 1-5. <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/16956/14947> (consultado 4 de octubre de 2023).
- Bernal, J.S. (2013). Reproducción asistida y filiación 3 casos. *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 24, pp. 135-150 Julio-Diciembre de 2013 / 200 p. Medellín, Colombia <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a09.pdf> (consultado 5 de mayo de 2023).
- Bladilo, A., Torre, N. D. L., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Rev. IUS* vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017, . [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100002](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002) (consultado 11 de mayo de 2023).
- Brena, I. (2013). Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa rica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 795-803, <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S0041863313711517> (consultado 3 de mayo de 2023)

- Cano F. y. (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(151), 13-50. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/12287> (Consultado 4 de julio de 2023).
- Carpio, S. G., & Serrano, M. C. (2018). El Derecho a la Vida garantizado en los procedimientos de Fecundación In Vitro e Inseminación Artificial en la Legislación Ecuatoriana (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay). <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/8489> (consultado 12 de marzo de 2023)
- Cobaña, K. S., & Murillo, O. J. (2020). Análisis del contrato de vientre de alquiler como garantía del derecho a la vida, procreación ya la familia (Bachelor's thesis, Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas). <https://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/50802?mode=full> (consultado 4 de abril de 2023).
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Ley No 2002-100 de 2003. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/estes-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, (1978). [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos(1950). [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_spa](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_spa](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica sentencia de 28 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) (consultado 14 de abril de 2023).
- Crothers, C. S. (2000). *El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo*. *Revista de Derecho*, 103-120. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2919> (consultado 15 de septiembre de 2023).
- Chardí, PT (2018). Derecho de los hijos biológicos por reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres: Breves reflexiones y propuestas. *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, (9), 472-487. <https://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/472-487.pdf> (consultado 12 de marzo de 2023).
- Chumbile, M. L. (2020). *El derecho a la vida del embrión y la reproducción humana asistida extracorpórea en el Perú*. 84 p. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/20.500.13067/894> (consultado 11 de marzo de 2023).
- Chungata, K. M. (2021). El anonimato del donante de gametos en las técnicas heterólogas de reproducción asistida en la legislación ecuatoriana (Bachelor's thesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador), <https://repositorio.puce.edu.ec/items/8ea568d4-c3f3-49ba-93f7-2a0adb48a5bf> (consultado 6 de mayo de 2023).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). (2016). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 2(4), 181-199, <http://derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/63>, (consultado 4 de abril de 2023).
- Declaración Universal de los Derechos humanos (1948). [http://www. aprodeh.org.pe](http://www.aprodeh.org.pe) (Consultado 14 de junio de 2023).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Organización de estados Americanos, (1948) disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- Ecuador, M. d. (2017-2021). *Plan nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva*. Quito. <https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%20Y%20SR%202017-2021.pdf> ( consultado 3 de mayo de 2023).
- Erazo, S, E. (2017). La vida como derecho fundamental de las personas. *Ámbito Jurídico*. 5/7/2017 La vida como derecho fundamental de las personas - Constitucional - Ámbito Jurídico [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10306](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10306) (consultado 18 de marzo de 2023).
- Figueroa García-Huidobro, R. (2008). Concepto de derecho a la vida. *Ius et Praxis*, 14(1), 261-300. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100010](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100010) ( consultado 5 de julio de 2023).
- Farnós, E. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia. *Bioética y Derecho*, 93-111. [https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872016000100008&script=sci\\_abstract](https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872016000100008&script=sci_abstract) (consultado 24 de junio de 2023).
- Floril, M. P. C., López, L. M., & Granda, E. C. V. (2022). La maternidad subrogada: reto normativo frente a la legislación iberoamericana. *Universidad y Sociedad*, 14(S1), 8-19. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2605> (consultado 23 de junio 2023).
- Gamboa, G. A. (2016). Las técnicas de reproducción asistida (TRA) a la luz de la bioética. *Escritos*, 24(53), 319-344. <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a06.pdf> ( consultado 23 de julio de 2023)
- García, O. (2016). Hablemos del derecho a la vida. *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 5 (2016), pp. 209-216. *Ius Humani*, vol. 5 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771470> ( consultado 3 de abril de 2023)
- Godoy, O. (2013), Tesis doctoral, Régimen jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con material humano de origen embrionario: protección de los Derechos Fundamentales de los sujetos implicados <https://www.investigobiblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/113/R%C3%A9gimen%20jur%C3%ADdico%20de%20la%20tecnolog%C3%ADa%20reproductiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ( consultado 23 de mayo de 2023)

- Hernández, R., C. Fernández Collado y M.P. Baptista Lucio (2014). Metodología de la Investigación. 6a ed. México D.F. Mc Graw-Hill / Interamericana Editores. ISBN: 978-1-4562-2396-0.
- Informe No 85/10, Caso 12.,361, Fondo Gretel Artavia Murillo y otros, citado por Brena, I. (2013). Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa rica. Boletín mexicano de derecho comparado, 46(137), 795-803. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4830> (consultado 7 de mayo 2023)
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ( 2008) Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R.: IIDH, <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%20%20Reproduccion%20asistida.pdf> (consultado 3 de agosto de 2023)
- Izquierdo, C. R. (2022). El método ROPA Recepción de Óvulos de la Pareja como un mecanismo de reproducción asistida los retos que impone al ordenamiento jurídico ecuatoriano (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay). <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/11657> ( consultado 9 de abril de 2023)
- Legislativo, P. (2013). Ley N° 19.167 Técnicas de reproducción humana asistida. [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_ley19.167\\_ury.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley19.167_ury.pdf)
- Ley Orgánica de Donación y trasplante de órganos, tejidos, células (2011). [www.gob.ec](http://www.gob.ec)
- Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos, Células, [http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/downloads/2013/11/ley\\_y\\_reglamento\\_a\\_la\\_ley\\_organica\\_de\\_donacion\\_y\\_trasplantes.pdf](http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/downloads/2013/11/ley_y_reglamento_a_la_ley_organica_de_donacion_y_trasplantes.pdf)
- Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos, Células, [http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/downloads/2013/11/ley\\_y\\_reglamento\\_a\\_la\\_ley\\_organica\\_de\\_donacion\\_y\\_trasplantes.pdf](http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/downloads/2013/11/ley_y_reglamento_a_la_ley_organica_de_donacion_y_trasplantes.pdf)
- Ley orgánica de Salud Pública, Ley 67 ( 2006). [www.salud.gob.ec](http://www.salud.gob.ec)
- Ley Orgánica de Salud, Ley 67 de 22 de diciembre de 2006, <http://hvcem.gob.ec/wp-content/uploads/2012/03/Ley-Organica-de-Salud.pdf>
- López, M. (2017). Derechos sexuales y reproductivos: un asunto de derechos humanos. Informe. México: CNDH, Programa Especial de VIH/Sida y Derechos Humanos. <https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Derechos-Sexuales-Reproductivos.pdf> (consultado 24 de junio 2023)
- López, S. S. (2022). *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción medicamente asistida eb Chile*. (E. s. Portal, Ed.) Obtenido de Ediciones udp: <http://ediciones.udp.cl> (consultado 22 de noviembre de 2023)

- Luna, F. (2008). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos [https://www2.iidh.ed.cr/IIDH/media/1836/reproduccion\\_asistida\\_al-4-2008.pdf](https://www2.iidh.ed.cr/IIDH/media/1836/reproduccion_asistida_al-4-2008.pdf) (consultado 19 de julio 2023)
- Marco Vila, P. (2016) Tesis doctoral, La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184268> (consultado 4 de abril 2023)
- Mendoza, Y., Santibáñez Alejos, M., Rivero López, C. A., Hernández Carrillo, J. G., & Yap Campos, K. (2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. Atención Familiar, 26(4), 158-162. [https://www.revistas.unam.mx/index.php/atencion\\_familiar/article/view/70791](https://www.revistas.unam.mx/index.php/atencion_familiar/article/view/70791) (consultado 5 de junio 2023)
- Morffi, C. L., & Galiano Maritan, G. (2018). La reproducción humana asistida: Un desafío ad cautelam para el Derecho. <https://revistalex.org/index.php/revistalex/article/view/10> (consultada 4 de abril de 2023)
- Navarrete, Y. N. M., Arvelo, P. M., & Varela, I. A. S. (2020). Reproducción humana asistida en la legislación ecuatoriana. RECIAMUC, 4(4 (esp)), 134-148. <https://reciamuc.com/index.php/RECIAMUC/article/view/564/903> (consultado 4 de abril de 2023)
- Piqué, M. L. (2013) Artículo 4. Derecho a la vida. La Convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino 1era ed., Buenos Aires [www.derecho.uba.ar. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino.pdf) (consultado 12 de noviembre de 2023)
- Proyecto de Código Orgánico de Salud, que fue aprobado por la Asamblea Nacional de la República de Ecuador el 25 de agosto de 2020. <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/05/Informe-para-el-veto-presidencial-del-Proyecto-de-C%C3%B3digo-Org%C3%A1nico-de-Salud.pdf>
- Sánchez, M. O. (2013) La reproducción humana asistida en el contexto de los derechos humanos. <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/10604> (consultado 15 de noviembre de 2023)
- Sentencia 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=184-18-SEP-CC>
- Pinto, J. M. (2019). El caso Satya: un análisis integral. Palabra, 1(1), 235-259. (consultado 6 de junio de 2023)
- Sentencia Nro. 184-2018-SEP-CC, de la Corte Constitucional de Ecuador <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=184-18-SEP-CC> (consultado 13 de abril de 2023)

- Sepúlveda, S. L. (2018), Tesis doctoral, Las técnicas de reproducción asistida desde los fundamentos de la dignidad humana del estado social y democrático de derecho colombiano <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11820> ( consultado 4 de julio de 2023)
- Serrano M.C, Y. J. (2018). *Apuntes sobre la repropduccion asistida; una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador*. Obtenido de <https://filosofia.uazuay.edu.ec/memorias/article/view/158> ( consultado 15 de julio de 2023)
- Torres, M.A. (2018), Tesis doctoral, Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada <http://hdl.handle.net/10486/686545> ( consultado 7 de junio de 2023)
- Valdés, C. D. C. (2012). Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos,¿ configuración armónica o lucha de contrarios?. Revista IUS, 6(29), 216-239. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100012](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100012) ( consultado 2 de mayo de 2023)
- Varona, G. (2009).). Recuperado el 16 de marzo de 2022, de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2067438/11+-+Derecho+respeto+vida> ( consultado 15 de julio de 2023)
- Vázquez, A. F. Z., & Torres, M. P. L. (2019). Importancia de regular la maternidad subrogada en ecuador. Consideraciones sobre nueva forma de filiación. Revista Derecho Público, (56), 137-149.) <https://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/124> (consultado 8 de julio de 2023)
- Vilar, S. (2017), Castellón de la Plana, España, Tesis doctoral, “Gestación por sustitución en España un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a california (EEUU) y Portugal” <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675> ( consultado 23 de julio de 2023)
- Yllarramendy, R. (2010) Tesis doctoral. Análisis de las técnicas de reproducción humana asistida desde el punto de vista canónico y jurídico, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/9867> ( 14 de julio de 2023)
- Zegers-Hochschild, F, Fertility and Sterility. (2015). *Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo*, de Registro latinoamericano de reproducción asistida humana. [https://redlara.com/images/arq/2008\\_registro%202008.pdf](https://redlara.com/images/arq/2008_registro%202008.pdf) ( consultado 25 de septiembre de 2023)

# DEL PLURALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO INTERCULTURAL

*From liberal pluralism to intercultural  
constitutionalism*

\* Kristian Guillermo Nieto Hernández

<https://orcid.org/0009-0001-9849-6280>

DOI: <https://doi.org/10.69633/dywjjz97>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 22/04/24

Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central)

## RESUMEN

En el texto que se pone a consideración, se parte de analizar el reconocimiento del multiculturalismo en el Estado liberal y la complejidad que esto supuso para el derecho pensado desde una lógica individualista. Se ve cómo las corrientes culturalistas de corte liberal pretendían asimilar las identidades culturales minoritarias a una sola identidad cobijada en el Estado nación unitario; cómo el multiculturalismo liberal reconoce los derechos de las identidades culturales minoritarias, pero sin abandonar la idea del Estado central, diseñado desde los principios de igualdad y libertad.

Se revisan los modelos constitucionales propuestos en América Latina y que ocasionaron el surgimiento del constitucionalismo plural, proceso que empezó con el multiculturalismo tutelar de los pueblos originarios, desencadenando un reconocimiento exponencial de derechos de protección de las diversidades étnicas y que terminaron redefiniendo la concepción del Estado, causando su refundación como un Estado intercultural, cuyas pretensiones igualitarias y decoloniales se fueron desdibujando.

También es objeto de análisis la transición del multiculturalismo liberal al constitucionalismo intercultural. Se indaga cómo el proyecto plural que generaron los movimientos sociales de corte étnico acabó cediendo a las presiones de las élites políticas que ejercen el poder en la región. Esta concesión hizo que el proyecto plural étnico se convierta en un instrumento más de dominación de los pueblos originarios; un ejemplo de esto es que el amplio catálogo de derechos de las constituciones plurales es en gran parte meramente declarativo.

\*Abogado de los Juzgados y Tribunales por la Universidad Nacional de Chimborazo. Especialista Superior y Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Quito-Ecuador. Es doctorando del programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la UASB (Sede Central).

Esta investigación es descriptiva documental y no experimental, su diseño es bibliográfico y su enfoque cualitativo. Se exploró documentación jurídica con el fin de fundamentar la construcción del sistema plural de administración de justicias, como consecuencia del reconocimiento de la dimensión intercultural del Estado constitucional.

**Palabras clave:** *interculturalidad, pluralismo jurídico, constitucionalismo latinoamericano, pluriculturalidad, minorías étnicas,*

## ABSTRACT

In the composition that is put up for consideration, we will begin by analyzing the recognition of multiculturalism in a liberal state and the complexity that this recognition meant for the law, thought from an individualist logic. We will see here then how liberal culturalist currents sought to assimilate minority cultural identities into a single cultural identity, sheltered under the unitary nation state. We will also see how at different times liberal multiculturalism explains the recognition of the rights of minority cultural identities, but without abandoning the idea of the central state, designed from the principles of equality and freedom.

We will also review the transition of the constitutional models proposed from Latin America, which caused the appearance of plural constitutionalism, which began moving through the tutelary multiculturalism of the native peoples, causing an exponential recognition of rights that sought the protection of ethnic diversities and that ended up redefining the conception of the state and causing its refoundation, in an intercultural state whose egalitarian and decolonial pretensions ended up blurring.

The transition from liberal multiculturalism to intercultural constitutionalism will also be the subject of analysis in the work that is put up for consideration, we will see how the plural project that was provoked by ethnic social movements ended up giving in to the pressures of the police elites that exercise power in the region. This reality meant that the plural ethnic project ended up becoming another instrument of domination of the native peoples; in any case, the vast catalog of rights of the plural constitutions have been, for the most part, merely declarative.

**Descriptors:** *public property, real estate, public sector, legislation, legal systems, political reform.*

## INTRODUCCIÓN

### **El valor del constitucionalismo latinoamericano**

Este trabajo nace de la necesidad de acercarse a los presupuestos teóricos que ayuden a entender el discurso que sustenta la propuesta de los Estados plurales y su desarrollo en el constitucionalismo latinoamericano; concepciones teóricas que permitieron ampliar el espectro de dicha propuesta, la cual aún está en construcción. Los citados presupuestos teóricos se han presentado como una característica de sociedades compuestas por distintos y complejos elementos de identidad cultural y étnica.

El modelo constitucional generado por corrientes culturalistas de corte étnico es un proyecto eminentemente garantista. Aludiendo al sistema ecuatoriano, y citando al profesor Peter Häberle, el doctor Luis Fernando Ávila Linzán, afirma que las garantías en la democracia constitucional, la Constitución y el mismo proceso constituyente ecuatoriano son fenómenos culturales condicionados por una suerte de continuidad histórica abierta a su constante mejoramiento; entonces, el Estado constitucional ecuatoriano no solo es fruto de una decisión política coyuntural (el poder constituyente), sino también el resultado de un proceso de perfeccionamiento histórico; al final del día, un producto histórico. (Linzán, 2016)

Para el profesor ecuatoriano, este postulado se aleja del modelo de Luigi Ferrajoli, quien afirma que la Constitución es un producto en gran medida artificial y conformado por normas positivas convencionales; aunque Ávila Linzán concluye que ambas perspectivas, la cultural y la normativa (Häberle y Ferrajoli), son plenamente compatibles, diferenciándose solo porque se refieren a distintos niveles de análisis de la realidad constitucional. Entonces, desde una mirada normativa, la Constitución es un nivel más del ordenamiento que desarrolla el deber ser (y el no deber ser), en la medida en que impone reglas y límites al poder mediante las garantías; el Derecho aquí sería una precondition material para la existencia de

la democracia, entendida ésta como un límite sustancial. Esto se conecta con el carácter inmanente y evolutivo de la dignidad humana, culturalmente decidida en forma de Estado constitucional (Ávila Linzán, 2016, pp. 54-55).

El constitucionalismo multicultural de corte liberal positivista describió un sistema de fuentes de derecho monista, teniendo estas garantías la necesidad de interpretar el sistema de fuentes plurales, con el objetivo de someterle a su lógica para poder normalizarlo y constitucionalizarlo.

Häberle, en su teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, hace referencia a la relación entre cultura y dignidad, y dice que no existe una libertad cultural previa a la cultura. Entre las categorías de análisis del Estado constitucional, introduce la idea del tiempo, aspecto que deberá ser tomado en cuenta en todos los procesos de transformación política y constitucional. De su obra se desprende que la Constitución traduce un doble proceso cultural, uno temporal y otro espacial; aquí, las contribuciones de cada sociedad, en cada etapa histórica, tienden a incorporarse a la cultura compartida, integrándola con sus propios matices, generando nuevos elementos que se suman al proceso de intercambio cultural. Este proceso, dice el profesor alemán, hace que los Estados constitucionales sean más homogéneos, y considera al Estado constitucional como multicultural (Häberle, 2003).

El sistema de Häberle, propuesto en la posguerra, sentó las bases del pluralismo liberal con características tutelares y meramente representativas de las diversidades culturales. El pluralismo liberal, entonces, desconoció las identidades colectivas de los movimientos étnico culturales, lo que supuso en América Latina el sometimiento de las formas de vida de los pueblos originarios, bajo la idea de un Estado nación unitario.

A pesar de que Häberle construye su modelo teórico desde la dignidad humana, midiéndola desde una premisa antropológico-cultural, como presupuesto del Estado constitucional, no

avanza a cubrir el nacimiento de los Estados plurinacionales e interculturales contemporáneos en América Latina, pues su construcción teórica nace desde el Estado nacional unitario de corte liberal; así, entiende que las pluralidades se fusionan en la Constitución, convirtiendo a los Estados en unidades culturales antropocéntricas. Esta construcción teórica del profesor alemán tampoco alcanza a cubrir el desarrollo del *Sumak Kawsay*, que desplaza al hombre como centro y razón de ser del Estado constitucional.

En el caso de Ecuador, las luchas sociales emprendidas por los pueblos originarios determinaron que se conviertan, como veremos, en poder constituyente, lo que significó, al menos en primera instancia, el replanteo de las relaciones de poder entre el Estado central y los pueblos originarios, procurando relaciones horizontales, haciendo que se reconozca su autonomía y autodeterminación y sus formas propias de administración de justicia. Este reconocimiento ocasionó el abandono del método cultural propuesto por Häberle y propició el espacio necesario para debatir la posibilidad de construir métodos de interpretación intercultural de los sistemas jurídicos, así como de recuperar los métodos dialógicos y polifónicos de los pueblos originarios que reclaman una autodeterminación material ante el Estado central, el cual, por el contrario, pretende perennizar las relaciones de poder verticales y tutelares que facilitan la explotación sistemática de los indígenas.

Esta propuesta teórica, sin embargo, se quedó corta, pues al haber sido desarrollada desde el pensamiento hegemónico eurocentrista del derecho constitucional, chocó con el emergente constitucionalismo latinoamericano, que no se ha conformado sólo con desarrollar un catálogo amplio de derechos fundamentales, sino que más bien propició la reestructuración de los Estados latinoamericanos al reconocer la existencia de pluralidades y considerarlas sujetos de derecho.

Esta situación problemática se acentuó con el reconocimiento de Ecuador como un Estado plurinacional, intercultural y multiétnico. Será necesario cuestionar la capacidad del modelo constitucional intercultural para proteger y desarrollar, de manera amplia y suficiente, los derechos de las entidades étnico culturales en un Estado cuya sociedad está construida sobre una profunda y compleja diversidad cultural y étnica, sin desplazar a las pluralidades emergentes, cuyos derechos han sido reconocidos en este Estado plurinacional.

## MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación que se pone a consideración es descriptiva documental y no experimental, su diseño es bibliográfico, y su enfoque cuantitativo, esto porque se utilizó como técnica, la exploración de documentación jurídica, con el fin de fundamentar la construcción del sistema plural de administración de justicias, como consecuencias del reconocimiento de la dimensión intercultural del estado constitucional. El estudio de la información recopilada, en el trabajo que se pone a consideración, se hizo aplicando también el método sintético. Y como instrumento para levantar esta investigación, se aplicó la ficha de análisis documental, con el objeto de sintetizar las propuestas planteadas en las fuentes consultadas y poder contrastarlas. Se consultó también el sistema jurídico ecuatoriano y literatura científica especializada.

## ANÁLISIS Y RESULTADOS

### **Del constitucionalismo multicultural al constitucionalismo intercultural**

El reconocimiento de las minorías étnicas en el constitucionalismo latinoamericano supuso la necesidad de poner en cuestión la configuración unitaria, monocultural y antropocéntrica de la superestructura del Estado, lo que en

primera instancia significó admitir su dimensión multicultural. Dicho reconocimiento, refiere Habermas, se da en el contexto del Estado liberal, como un intento de alcanzar al menos una igualdad formal en el ejercicio de los derechos colectivos; el filósofo alemán se pregunta si el derecho pensado a partir de una lógica individualista puede proteger identidades colectivas, y acierta cuando dice que las minorías étnico culturales — categorías sobre las que gira este trabajo— pretenden resistir la opresión, la marginación y el desprecio (Habermas, 1999, pp. 189-298).

El constitucionalismo multicultural que teoriza Habermas gira alrededor de un sistema ético-político que posibilitaría la protección de las identidades culturales colectivas dentro del Estado liberal; aclara, sin embargo, que los fines colectivos no pueden disolver las estructuras y formas jurídicas, al punto que se lleguen a superar las diferencias entre derecho y política. Si bien aquí el derecho determina con precisión las normas de convivencia de las colectividades, es a través de las políticas del Estado de derecho que se garantiza la materialización de los rasgos particulares de las identidades culturales colectivas.

Con todo, el multiculturalismo de Habermas está construido sobre el Estado nación unitario, pues afirma que la delimitación del pueblo que hace parte de un Estado, deriva de circunstancias históricas externas al sistema de los derechos y a los principios del Estado de derecho (Habermas, 1999, p. 205). Entonces, entendida así la multiculturalidad, es lógico que los discursos éticos políticos de las identidades culturales propugnen sistemas de autonomías de gobierno o la creación de sistemas federales determinados por las relaciones intersubjetivas entre los individuos que conforman dichas autonomías; de esta manera, el reconocimiento de las identidades culturales significaría la creación de micro-estados dentro de una unidad territorial mayor; reconocimientos que en ocasiones se alcanzan a través de métodos beligerantes. Así, en este sistema aún no se logra vislumbrar la presencia de los sistemas dialógicos y polifónicos de diálogo intercultural, según veremos más adelante.

El filósofo político canadiense Will Kimlicka también esboza un modelo de reconocimiento multicultural en las democracias liberales. Señala que al considerar las pluralidades culturales se busca acomodar las diferencias al marco de una sola forma, estable y moralmente defendible. Identifica tres modelos de este acomodo, centrándose en la aceptación y protección de los derechos civiles y políticos, y niega que reconocer estos derechos individuales resulte ser instrumental a los fines del Estado liberal, pues estos son valiosos, dice, para la protección de las actividades sociales. Pone, en primer lugar, el reconocimiento de los derechos del autogobierno; en segundo, el reconocimiento de los derechos étnicos; y, tercero, el reconocimiento de los derechos de representación (Kymlicka, 1996, pp. 46-53). Kymlicka postula que los derechos culturales son compatibles con la libertad individual y la autonomía moral.

En todo caso, el sistema multicultural liberal (esbozado líneas atrás) mira el derecho con parámetros antropocentristas, convirtiéndolo en un instrumento de dominación, que permite el ejercicio vertical del poder. Así, el pluralismo político, el reconocimiento y la tolerancia de las identidades culturales, hacen las veces de agentes de control y unificadores del Estado liberal multicultural. Entonces, la crítica al modelo liberal consiste en cuestionar su visión monista del mundo, que pretende reducir la diversidad de valores morales y de proyectos de vida a tipos de sociedades homogéneas; esta perspectiva reduccionista termina convirtiendo al reconocimiento de las pluralidades en un instrumento funcional a sus intereses y fines (Chávez, 2016, pp. 17-18).

En una primera instancia, entonces, en el debate de las teorías culturalistas se planteó la necesidad de crear esferas jurídicas que garanticen la diferencia de las identidades étnico culturales, o, en su defecto, lograr que los derechos fundamentales (universales) sean tan efectivos que reduzcan a su mínima expresión las desigualdades que han sufrido las minorías étnicas. Así, el debate se extiende, dice el jurista

mexicano Miguel Carbonell, a la supremacía que tendrán los derechos comunitarios o colectivos sobre los individuales y viceversa, y recuerda la postura de incluir y garantizar derechos diferenciados en el sistema propuesto por Kymlicka (Carbonell, 2004, pp. 29-30)

Empieza Carbonell refiriéndose a la igualdad, afirmando que los derechos diferenciados no necesariamente crean desigualdad, sino más bien tienden a eliminarlas; este postulado parte de la idea de igualdad sustancial. Alude también al argumento de pactos o acuerdos históricos, cuyo sustento está en los pactos internacionales que reconocen el derecho de autodeterminación de los pueblos. Y, por último, considera el valor de la diversidad cultural, y aunque esta argumentación, dice Kymlicka, no justifica por sí sola los derechos de las minorías, sí sirve para tomar elementos de organizaciones que mejoren lo existente. (Carbonell, 2004)

El profesor Carbonell se refiere a la imposibilidad de reconocer los derechos diferenciados de todas las culturas, porque en la lógica liberal las prácticas culturales que no obedezcan a la lógica de la dignidad humana como parámetro constitucional mínimo de convivencia, no tendrían que ser reconocidas. En cambio, el reconocimiento cultural que se ha desarrollado en el constitucionalismo latinoamericano es de corte étnico. Este sistema propone el cambio de paradigma antropocéntrico por uno biocéntrico, desplazando del centro del constitucionalismo a la dignidad humana, instalando en su lugar, al menos en Ecuador, el Sumak Kawsay.

El proyecto multicultural liberal intenta adecuar la protección de los derechos colectivos a una sociedad homogénea, en la que el reconocimiento de las individualidades políticas y morales tienen primacía. Después de todo, el modelo liberal de ningún modo abandonará sus principios de igualdad y libertad. Una forma de lograr que los derechos colectivos no choquen con el sistema liberal, dice el profesor Carbonell, consistiría en distinguir las reivindicaciones de estas minorías étnicas, tomar una dentro de sus comunidades para aplicarla sobre

sus miembros, y una segunda que se tendría que proyectar hacia fuera de dichas comunidades (Carbonell, 2004, p. 43). Pero este sistema se terminaría convirtiendo en un modelo de mera representación funcional a los intereses del Estado liberal, corriendo el riesgo de convertirse en un instrumento de dominación.

Kymlicka valora estas dos formas de representación (hacia adentro y hacia afuera de las comunidades): de las primeras dice que tienen por objeto proteger a la comunidad del impacto que podría tener el disenso interno (las llama restricciones internas). Mientras que a las segundas las denomina protecciones externas y pretenderían proteger al grupo de las decisiones políticas y económicas de las mayorías liberales (Carbonell, 2004, p. 43).

Sobre el reconocimiento de derechos colectivos en el sistema liberal, el teórico político estadounidense Jacobo T. Levy propone un conjunto de derechos que son parte de la discusión teórica y política del multiculturalismo en las democracias liberales (Levy, 2003, p. 167). Reconoce: las exenciones de las leyes penales que criminalizan las prácticas culturales, las subvenciones para fomentar las expresiones culturales, el autogobierno, las restricciones normativas dirigidas a los no miembros de las comunidades y su cultura, normas internas claras para las unidades culturales, consideración de sus prácticas jurídicas, representación política de las minorías culturales en el legislativo, y el reconocimiento de sus simbologías.

Ahora, la construcción del Estado liberal con pretensiones universalistas y monoculturales significó en América Latina la sistemática precarización de las minorías étnicas, la destrucción de sus formas originarias de vida, convirtiéndose en una herramienta de explotación servil a los intereses del Estado central. Esta realidad significó una reforma en el constitucionalismo latinoamericano, que a pesar de ser una propuesta teórica aún en construcción, presenta una línea ideológica común entre los países de esta parte del mundo.

En criterio del profesor politólogo español Albert Noguera Fernández, la igualdad cultural en el constitucionalismo multicultural habría sido una ficción, pues el reconocimiento de esa igualdad en América Latina no se dio sobre un modelo político, jurídico, económico y social plural. El modelo de Estado propuesto desde la multiculturalidad se habría olvidado que el Estado está conformado por una pluralidad de prácticas que se interpelan, influyen y limitan, en las interacciones de los ciudadanos, así como en la superestructura del mismo Estado. Entendida así la multiculturalidad, ésta sería sólo un mecanismo de integración a la cultura hegemónica liberal de un sector de la población que no se identifica con ella, reconociéndosele apenas un conjunto de derechos a la diferencia (Noguera, 2010, p. 107).

La propuesta del profesor español consiste en que la igualdad se consigue a través de la diferencia, reconociendo derechos a las identidades culturales minoritarias, sin que esto signifique la modificación del funcionamiento del sistema del Estado y sociedad liberal. Esto se explica, dice Fernández, con el principio de inclusión del contrario; aquí, entonces, la jerarquía no desaparece, si no que más bien es absorbida por el mito de la igualdad. La lógica detrás de esto es que los valores y concepciones dominantes son el punto de referencia alrededor del cual se organiza el Estado y la misma sociedad. Por tanto, dice Fernández, las concepciones y valores ajenos son considerados inferiores. Entonces, cuando el ejercicio del derecho de los pueblos originarios se condiciona al respeto de la ley y de la Constitución, se perfecciona el modelo de inclusión del contrario. Este reconocimiento condicionado significa para Fernández el control y subordinación de la jurisdicción ordinaria por sobre la originaria.

Es natural que el multiculturalismo en América Latina haya girado en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, después de que en un primer instante, como vimos, la perspectiva liberal se haya esforzado en teorizar sobre el multiculturalismo político y sociológico; esto lógicamente provocó que el ámbito jurídico haya sido un receptor de todas

estas corrientes (Chávez, 2016, p. 18). Entonces, la forma de constitucionalización de estos derechos es lo que ha generado un interés particular en el derecho constitucional.

El paso del multiculturalismo liberal al constitucionalismo intercultural, que culminó con los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia, tiene como antecedente el impulso culturalista de los procesos constitucionales emprendidos por países de la región en las décadas 80 y 90 del siglo pasado. La doctora ecuatoriana en Ciencia Política Gina Chávez refiere que estos procesos se dieron al margen de las organizaciones políticas y gremiales. Las reformas constitucionales que hacían parte de este cambio paradigmático, hasta el 2000, no se limitaron, dice, a expandir su catálogo de derechos, sino que más bien significaron una verdadera transformación del Estado mismo (Chávez, 2016, p. 227).

Este proceso comprendió el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de los Estados y, en efecto, procuró la protección de sus lenguas y culturas; incluyó también su personería y capacidad como pueblos. En un primer instante, se estableció la plataforma para que se reconozcan tanto los derechos económicos, sociales y culturales, como los territorios ancestrales y la gestión y administración de los recursos naturales. En este periodo también se admite la facultad de resolución de conflictos dentro de estos territorios, poniendo como límite el respeto a los derechos humanos. Se acepta, además, el derecho de autonomía en asuntos internos, reconociéndoles también el derecho de designación de sus representantes (Chávez, 2016, p. 228).

En este contexto, fue la Corte Constitucional Colombiana que, en los años 90, a través de jurisprudencia interpretativa de la Constitución, hizo posible la eficacia de los derechos, cuando determinó que los intereses de los pueblos originarios son dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales. Para la Corte, estos derechos no se reducen a los predicables de sus miembros, individualmente considerados, sino que más bien radican en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia (Chávez, 2016, p.

230). Esta línea jurisprudencial sigue siendo una referencia de las Cortes Constitucionales de la región y significó un punto de quiebre de los modelos doctrinarios tradicionales, para empezar a construir teorías argumentativas a favor de la vigencia material de los derechos.

La transformación del derecho liberal en una dimensión multicultural es considerada por el profesor Albert Noguera Fernández como una propuesta de derecho nuevo. Este derecho, a su vez, tendría que ser un mecanismo horizontal de auto-organización ciudadana, abandonando el ejercicio vertical de poder. Fue el proyecto de Constitución boliviano, aprobado por la Asamblea Constituyente en Oruro el 9 de diciembre de 2007, el que tuvo primero la posibilidad de instaurar un sistema que se erige como una verdadera transformación que abandona el derecho liberal a cambio de una propuesta de derecho nuevo, pero la resistencia del ala conservadora y de su casta política fue la que ocasionó que la transición se ralentice. Esto porque en Bolivia los pueblos originarios tienen que articular sus relaciones con el Estado plurinacional en su dimensión política, y no desde su territorio nacional, sino desde el territorio departamental ajeno (Noguera, 2010, pp. 89-99).

Lo que hizo la versión final de la Constitución boliviana, según el profesor Noguera, fue poner en discusión no un derecho nuevo postliberal, sino más bien la consolidación de un modelo de constitucionalismo liberal. El desarrollo y progresión de derechos de esta Constitución no habría abandonado el multiculturalismo del primer ciclo explicado por la jurista peruana Raquel Yrigoyen, según veremos en las líneas que siguen. La representación tutelar de los pueblos originarios en el sistema que esboza Noguera queda en evidencia en el reconocimiento de la autonomía territorial exclusiva de los departamentos, a cuya administración la Constitución otorga el autogobierno y representación en la estructura general del Estado. Mientras que las autonomías restantes tendrían la competencia únicamente para autorregularse y no contarían tampoco con representación política en el Estado central.

Por su lado, la profesora Yrigoyen afirma que el constitucionalismo latinoamericano atravesó tres ciclos desde 1980 hasta 2010. Este proceso, dice, permitió vislumbrar el constitucionalismo pluralista, pues reconfiguró la relación entre el Estado central y los pueblos originarios.

Para la profesora peruana, las novedades del constitucionalismo pluralista rompieron los paradigmas del constitucionalismo liberal monista y del social integracionista, llegando a cuestionar el hecho colonial. Sin embargo, a pesar de que el constitucionalismo liberal se consolidó en los nuevos Estados, vino de todas formas con un proyecto neocolonial que puso en peligro de desaparición a los pueblos originarios (Yrigoyen, 2015, p. 139). Fue entonces que al final del siglo XX apareció el constitucionalismo plural, el cual terminó consolidando la superación del Estado liberal monocultural, a través de la propuesta de un proyecto descolonizador, en cuyo contexto se dieron los ciclos que refirió la doctora Yrigoyen. En una primera instancia, entre 1982 y 1988, aparece el constitucionalismo multicultural; en segundo lugar, entre 1989 y 2005, surge el constitucionalismo pluricultural; y, en un tercer momento, entre 2006 y 2009, irrumpe el constitucionalismo plurinacional.

En los 80, el constitucionalismo pluralista es marcado por el multiculturalismo y las nuevas demandas de los pueblos originarios; se introduce el concepto de diversidad cultural, se reconoce la configuración multicultural y multilingüe, así como el derecho a la identidad cultural, pero aquí no se alcanza a plantear siquiera alguna forma de pluralismo jurídico. La década de los 90 arranca con el segundo ciclo del constitucionalismo plural, desarrollando los conceptos de nación multiétnica y multicultural, y del Estado Plurinacional. Se redefine la naturaleza del Estado, el pluralismo y la diversidad cultural se convierten en derechos constitucionales, asumiendo protagonismo los derechos a la educación intercultural bilingüe y a la tierra. Los primeros modelos de pluralismo jurídico empiezan en este ciclo, rompiendo con el monismo jurídico o con la identidad Estado-derecho. A pesar

de la progresión en el reconocimiento de las diversidades y sus derechos, estas constituciones fueron permeadas por proyectos neoliberales internacionales, que terminaron condicionando su ejercicio, ante los intereses extractivistas de las compañías transnacionales (Yrigoyen, 2015, pp. 141-144).

Para la doctora Yrigoyen, el tercer ciclo del constitucionalismo pluralista comprende los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, cuyo contexto fue la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Las constituciones de Bolivia y Ecuador refundan el Estado, reconociendo la preexistencia de los pueblos originarios, que fueron ignorados en la primera fundación republicana. La propuesta de terminar con el colonialismo está presente entonces en el discurso creado alrededor de estas constituciones. Los pueblos originarios son reconocidos como nacionalidades capaces de autodeterminación.

La plurinacionalidad así reconocida, y entendida como un pacto entre pueblos, destaca Yrigoyen, no significa el reconocimiento de derechos de los pueblos originarios por parte de un Estado externo, sino más bien implica que estos pueblos se presentan como sujetos constituyentes, y como tales tienen el poder de definir el modelo de Estado y su relación con otros Estados. Aquí se busca superar la ausencia de poder constituyente de los pueblos originarios y acabar con la sujeción tutelar a la que el Estado los condenó históricamente (Yrigoyen, 2015, p. 149).

En estas constituciones se plasman, entonces, ideas de unidad nacional pluralista y se rompe con la noción de Estado nación unitario, lo que promueve que la idea de ciudadanía se construya sobre parámetros diferenciados y multiculturales. Esta propuesta constitucional empieza abandonando el ideal liberal de homogenización de las identidades, reconociendo su carácter pluriétnico y pluricultural. Estas reformas constitucionales, al ser inspiradas por movimientos sociales, históricamente oprimidos, como los pueblos originarios, terminaron provocando el reconocimiento de derechos

colectivos, cuyo ejercicio y protección, al menos en primera instancia, les competiría. Se impulsó también el fomento y conservación de sus formas propias de organización social (Uprimny, 2015, pp. 111-112).

La nueva parte dogmática de estas constituciones hace posible reconocer la multiculturalidad y la plurinacionalidad, las competencias de la justicia originaria, y, además, la apertura al sistema de los Derechos Humanos. Estas mutaciones han expandido el sistema de fuentes del derecho, lo que ha generado también la superación del Estado liberal, sustituyendo el imperio de la ley con un sistema más complejo, que regresa la mirada al sistema internacional de derechos humanos y su interpretación y traducción intercultural.

Para el jurista colombiano Rodrigo Uprimny, esta interculturalidad se manifiesta también en la igualdad material que propugna el constitucionalismo latinoamericano. En efecto, en sus textos se proscriben todo tipo de discriminación, generando medidas afirmativas para cerrar la brecha de desarrollo de las distintas identidades culturales; todo esto a través de un amplio reconocimiento de derechos y de la generación de garantías que permitan su aplicación directa. El extenso espectro de reconocimientos de derechos en el constitucionalismo latinoamericano significó un punto de inflexión en la definición del Estado, apartándose de la tradición europea y enfatizando en la búsqueda de fórmulas constitucionales propias.

Dichas fórmulas reconocen el pluralismo y la diversidad del Estado, lo que para Uprimny significa la construcción de un constitucionalismo de corte plurinacional, multicultural e indigenista (Uprimny, 2015, pp. 122-123). Pero para el jurista ecuatoriano Fausto Quizhpe Gualan, la construcción del Estado plural que sostenga la interculturalidad y la pluralidad de fuentes del derecho, no tendría que estar dirigida por criterios indigenistas; el primer paso para construir la interculturalidad es que las culturas hablen por sus propias bocas, en sus propias lenguas y basados en sus razones, emociones y sentimientos,

sostiene Quizhpe. Lo primero para edificar el pluralismo jurídico será que los indígenas presenten y ejerzan su derecho; para construir el Sumak Kawsay, añade el académico ecuatoriano, el primer paso es que este sea tratado o discutido desde quienes lo viven (Quizhpe, 2022, p. 15).

Esta postura cuestiona ciertas corrientes indigenistas cuando critica sus métodos, pues a decir de Quizhpe, éstas tienen una marcada impronta colonial. Aquí, entonces, la sistematización de la teoría y la praxis tendrán que construirse desde el mismo sujeto indígena, abandonando las teorías indigenistas que se proyectan como una forma de representación tutelar de las minorías étnicas. Así, la dimensión indigenista del constitucionalismo plural que sostiene Uprimny sería incorrecta, bajo el criterio esbozado por Quizhpe.

Para Quizhpe, el indigenista construye el indigenismo como un subproducto de lo indígena, lo que ocasiona que el sistema indigenista sea un tanto particular, y es que estas propuestas son construidas por individuos que sin haber sido catalogados como indígenas utilizan esta categoría; esto hace que el discurso que proponen termine siendo de corte indigenista, pues proyectan o amplifican categorías cuyo significado no ha sido aclarado (Quizhpe, 2022, p.36).

Esta postura plantea la complejidad del sistema de pluralidades étnicas. La visión indigenista de esto permitiría el ejercicio del poder desde arriba, al intentar proponer un sistema de pluralidades desde fuera de la realidad de los pueblos originarios. Este intento de construcción indigenista de las multiculturalidades, según Quizhpe, adolece de una limitación epistemológica: los discursos propuestos por quienes se autodeterminan indígenas toman el recaudo de limitarlo, restringirlo, pues sus planteamientos no tienen pretensiones de representación universal, de todas las personas indígenas. Se pregunta el autor ecuatoriano: ¿a nombre de quién o quiénes hablan los discursos indigenistas?

Quizhpe toca también las teorías culturalistas, y cuestiona que es imposible hablar de interculturalidad sin antes reparar el daño causado a los pueblos originarios; así, el culturalismo serviría para reafirmar el proceso de colonización, explotación y despojo de los pueblos originarios.

Finalmente, en relación al reconocimiento de la diversidad étnica en los modelos de constitucionalismo, Uprimny identifica tres que conviven en la región: el constitucionalismo del pluralismo liberal (Chile, Uruguay y Costa Rica), en el que no se reconocen derechos especiales de grupo a las comunidades étnicas; el constitucionalismo de corte multiétnico y multicultural, desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en sus líneas jurisprudenciales; y, a la vanguardia estarían las constituciones ecuatoriana y boliviana, que yendo más lejos proponen un Estado plurinacional e intercultural (Uprimny, 2015, p. 127).

Por su parte, Nadia Ameghino, profesora argentina de Ciencia Política, propone que el Estado nación en determinado momento empezó a ser insuficiente, pues dejó de construir y organizar la identidad nacional y su homogeneidad interna (que hacía las veces de principio estatal de correspondencia entre el Estado y la sociedad y un territorio concreto), debido a la apertura de los mercados y las fronteras nacionales, y a la emergencia de nuevas tecnologías comunicacionales. Añade que la agenda neoliberal desplazó al trabajo como un eje de organización social (como lo era en la sociedad industrial de Estado nacional), surgiendo, dice, una sociedad postindustrial globalizada. Así, para la profesora Ameghino, el Estado y el trabajo van perdiendo su rol central en la constitución de identidades, emergiendo y consolidándose en su lugar cuestiones culturales (Ameghino, 2011, pp. 83-108).

La estudiosa argentina concluye que, en concreto, la discusión por el reconocimiento del pluralismo gira alrededor del territorio y de la construcción de una identidad en el mismo. Sobre la interculturalidad, afirma que ésta acaba siendo un mecanismo utilizado por los sectores dominantes con el fin

de dar soluciones provisionarias a la conflictividad de fondo que nunca termina de resolverse. Ameghino alude al llamado multiculturalismo neoliberal (del cual partimos en este paper), señalando que si bien este multiculturalismo permite el diálogo, la negociación y la participación indígena, al mismo tiempo limita la posibilidad de cambios radicales de fondo, creando la ficción del indígena autorizado, con el fin de utilizar los derechos culturales para dividir y neutralizar a los movimientos indígenas.

Dicha ficción sería entonces un mecanismo para cooptar, incorporar y hacer tolerable la convivencia y la diversidad cultural. Para la autora, el peligro de este enfoque radica en que se minimiza el rol y la capacidad de los actores para hacer hincapié en las fisuras del sistema de dominación y lograr establecer mecanismos que posibiliten la interculturalidad construida “desde abajo”, es decir, como posibilidad y potencialidad emancipatoria.

La posición de Ameghino es que las políticas de reconocimiento y de redistribución en sus tipos afirmativos (entre las que estarían el multiculturalismo neoliberal y el transformativo), no sean tomadas como contrapuestas, sino que más bien sean entendidas como de diferentes etapas, que incluso pueden superponerse y ser contemporáneas. Para la autora, es necesario aplicar ambos tipos de políticas, a fin de propiciar una interculturalidad en términos de intercambios horizontales, simétricos y recíprocos, que impliquen revisar los acuerdos sociales de convivencia. Se necesita, dice, una interculturalidad que opere como utopía, que permita avanzar hacia la concreción de una reforma por la que el Estado en sus diferentes niveles entienda la gestión intercultural como emancipadora y transformadora de las condiciones objetivas y de las relaciones sociales. Ameghino no llega a tocar el modelo constitucional en que el reconocimiento de las diversidades y pluralismos se ha consolidado, como es el caso de Ecuador.

**Interculturalidad y pluralismo jurídico** Como hemos visto, el debate étnico (planteado primero en sus dimensiones sociológicas y políticas, acabó por contaminar el derecho) incidió en la configuración del Estado, al haberse convertido en poder constituyente. Con la misión de conseguir transformaciones jurídicas que complejizan el diseño del Estado en América Latina, al final del día, sin embargo, todo esto se convirtió en una herramienta para el ejercicio del poder desde arriba, pues su reconocimiento como poder constituyente, con pretensiones pluralistas e igualitarias, se tornó en una ficción al haber alcanzado cierto nivel de estabilidad y gobernabilidad.

En todo caso, los debates culturalistas aportaron a los procesos constituyentes en Ecuador y Bolivia un gran marco teórico que sustanció la transición del Estado intercultural y multiétnico al plurinacional e intercultural. Esta transición implicó al menos tres características: primero, se superó las visiones tutelares, integracionistas, parciales, sectoriales o puntuales, con las que el Estado abordó la cuestión de los pueblos originarios, por la aplicación de perspectivas estructurales e integrales respecto al tema; segundo, se diferenció constitucionalmente la naturaleza de las distintas exclusiones, que en el multiculturalismo se agrupaban en una sola, así como se exploró su tratamiento y superación; y, tercero, se asume la tesis de la insuficiencia de los derechos individuales, además de los económicos y sociales, para superar los problemas con los que el colonialismo y el neocolonialismo contaminaron al multiculturalismo liberal (Chávez, 2016, p. 205).

Se vio que los debates multiculturalistas con enfoque étnico terminaron provocando el debate intercultural que propone una interrelación entre fronteras culturales y subculturas dinámicas, por sobre una yuxtaposición de estas, como predicaba el multiculturalismo (Chávez, 2016, p. 206). Entendida así la interculturalidad, para la doctora Chávez ésta es un espacio de constante búsqueda de convergencia entre comunidades y grupos que identifican los vínculos de unión y no de distanciamiento. Aquí, por ejemplo, el sistema internacional

de derechos humanos tendrá que ser analizado desde una perspectiva de traducción e interpretación intercultural; estos vínculos de unidad se pueden expresar también en el dialogo entre culturas o en la consecución de los intereses sociales comunes.

La doctora boliviana en Derecho Constitucional María Elena Attard Bellido también se refiere a la evolución del constitucionalismo latinoamericano. Apunta que el constitucionalismo moderno que empieza en América del Norte y que se fundó con una impronta monocultural, significó condicionar la soberanía popular a la voluntad de los ciudadanos calificados. Así, para quienes fueron silenciados a través de este modelo de gobierno representativo, el iusnaturalismo racionalista no era aplicable (Attard, 2021)

Esta herencia antropocéntrica, eurocentrista y hegemónica perdura en el constitucionalismo latinoamericano, sosteniéndose hasta hoy con una impronta monocultural. La respuesta a ello será entonces la construcción de constituciones plurales, que dejen de ser meramente declarativas y que se sustenten en la pluralidad de las fuentes del derecho, abandonando de una vez el paradigma antropocéntrico. Para lograr esto, dice la doctora Attard, el constitucionalismo plural, comunitario e intercultural y pensado desde el biocentrismo, tendrá que materializarse a través de los métodos de interpretación, traducción, argumentación, y ponderación intercultural de derechos.

El desarrollo de este modelo polifónico de constitucionalismo, dice la académica boliviana, tendrá que apoyarse además en el nuevo bloque de constitucionalidad instaurado con la Constitución de 2009. Sin embargo, se vio que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, a través de autorestricciones jurisprudenciales, terminó apartándose tanto del diseño polifónico de la justicia constitucional boliviana, como del sistema intercultural que busca la convivencia de distintas identidades culturales a través del ejercicio del derecho que permita relaciones de poder más horizontales. El

TCP desestimó la protección de derechos transindividuales de los pueblos originarios en casos expuestos a su consideración mediante Acciones populares.

Pero hay que prevenir que la interculturalidad va más allá de la diversidad del reconocimiento o la inclusión. En efecto, tiene que rebelarse contra el sistema monista del Estado y de las fuentes epistemológicas del derecho, no solo en su dimensión cultural sino también contra el neocolonialismo. Estas categorías tienen que negociar y procurar una relación entre su particularidad y el universalismo pluralista y alternativo de la sociedad ecuatoriana; es esta interculturalidad, entonces, la que busca la unidad en la diversidad. La unidad que la interculturalidad construya tendrá que ser distinta de la que hoy existe: una unidad que tienda puentes comunicacionales que transformen la sociedad en todos sus estratos, y que aporten a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, que propicie la transformación del Estado y profundice y fortalezca la democracia (Walsh, 2002, p. 5).

Al abordar el estudio de la cultura, el ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría la concibe como una categoría de la estructura colonial del Estado. Citando a Aníbal Quijano, afirma que es un fenómeno complejo que en la práctica no puede reducirse a la forma privilegiada escogida por el colonialismo, el racionalismo, para transmitir valores y conocimiento. Esto llevó, dice, a que la ciencia sea la forma oficial de relacionarse con el mundo, pues esta desprendía un lenguaje creíble y objetivo; así, las otras maneras de transmitir la cultura fueron eliminadas o consideradas secundarias. Toda forma que no era susceptible de ser demostrable objetivamente, como el saber y la cultura de los pueblos originarios y no hispánica, simplemente no debía ser considerada con seriedad; en consecuencia, debían desaparecer (Ávila Santamaría, 2011, pp. 46-47). Fue, entonces, el positivismo monista que desde su construcción epistemológica terminó deslegitimando el sistema jurídico de los pueblos originarios en América Latina.

El error, apunta el profesor de la Universidad Andina, está en quedarnos sólo en el estudio de los pensamientos hegemónicos del norte y no nutrirnos de otras formas de conocimiento y de pensadores críticos de nuestra región. La consecuencia de esta realidad en el Estado y derecho colonial es que ha producido y promueve la exclusión, la marginación y la discriminación. Con todo, esta perspectiva, dice, debe sumarse al pensamiento crítico del “norte”, a fin de lograr una organización social más justa y equitativa.

Al analizar el salto del Estado monocultural al pluricultural, Ávila refiere que históricamente en Ecuador se impuso una sola cultura hegemónica, con pretensiones de universalidad, que invisibilizaba y destruía a las culturas con las que compartía tiempo y espacio (según el modelo de Häberle), a través de mecanismos que Foucault describió en su teoría del disciplinamiento. El peor rasgo del Estado monocultural, entonces, radica en su forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas a través de la discriminación, lo que termina convirtiéndose en racismo. Ante esto, es la resistencia de las culturas no hegemónicas lo que les ha permitido sobrevivir (Ávila, 2011, pp. 211-212).

El profesor ecuatoriano tiene razón cuando dice que la interculturalidad del Estado ecuatoriano implica dos ideas: por un lado, la constatación de una realidad, que en Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica y, por otro, la aspiración a que estas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y puedan compartir y aprender de otras culturas. Entonces, el llamado del Estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco ser simplemente multiculturales, sino que más bien implica entender el Sumak Kawsay y la dignidad humana como valores y formas de entender la vida, que pueden ser compartidos por cualquier persona o colectividad (Ávila Santamaría, 2011, pp. 214 – 215).

Pero la interculturalidad también ha sido analizada en relación al neoliberalismo que, como vimos, va de la mano con la plurinacionalidad en el tercer ciclo de desarrollo del constitucionalismo plural del que habla Yrigoyen. Aquí, el doctor ecuatoriano Intiraimi Cartuche asevera que las categorías plurinacionalidad e interculturalidad en efecto tienen una fuente multiculturalista, y dice que ésta incide en los arreglos jurídicos que los Estados plurinacionales tienen que hacer para incorporar a las minorías étnicas y culturales, las que reclaman ser reconocidas como nacionalidades étnicas dentro del Estado nación unitario, con cierto nivel de autonomía y el reconocimiento de derechos colectivos.

Cartuche refiere además que hay corrientes que miran la plurinacionalidad bajo los lentes de las teorías decoloniales. Dice que la problemática de los pueblos originarios se explica a través de la colonialidad del poder, pues las diferencias étnico culturales se habrían convertido en diferencias coloniales como problema estructural. En esta perspectiva, como producto de la colonialidad del poder, los Estados americanos tendrían una lógica monocultural, que no refleja la realidad social. Así, los pueblos originarios y afro descendientes sufrirían los efectos de la colonialidad en forma de racismo, exclusión e invisibilización ontológica (Cartuche, 2022), hecho que convertiría a la interculturalidad en un instrumento político de ejercicio de poder, cuyas pretensiones ulteriores girarían alrededor de la consecución de estabilidad política gobernabilidad y explotación de los pueblos originarios.

Sin embargo, desde una lógica andina el autor afirma que el proyecto de plurinacionalidad no se agota en posicionarse o contra el Estado o alineándose con él, sino que más bien se abre a pensar en el tercero incluido y en la lucha concreta, obedeciendo al contexto y momento histórico, procesos en que el Estado central o la autonomía y lo comunitario, como alternativa a la posición neoliberal y decolonial, no sean excluyentes, al menos en la práctica, aunque en el fondo sí terminen siéndolo. Pese a esto, el autor refiere que en Ecuador las luchas plurinacionales

se han reducido a su dimensión culturalista, pero que ha sido precisamente el carácter del multiculturalismo neoliberal el que ha asumido las luchas de los pueblos originarios.

El doctor Cartuche construye su propuesta sobre la plurinacionalidad, y la pone como una vía por la que el Estado tendrá que repensarse, para transformar las relaciones de dominación estado-céntricas. La plurinacionalidad y la interculturalidad, entonces, tendrán que desarrollarse a través de un modelo comunitario popular que democratice el Estado desde abajo.

Pese a que en la concepción teórica de Cartuche, la plurinacionalidad se desmarca de la interculturalidad en términos jurídicos, relegándola a meros reconocimientos étnicos, es necesario reconocer que la interculturalidad, al menos de manera formal, ha sido la propuesta que provocó el reconocimiento normativo que refiere el autor en su trabajo, y se ha convertido también en el mecanismo con el que el Estado ha empezado a transformarse. A través del principio de interculturalidad, el ejercicio del poder ha empezado a democratizarse, sin que esto signifique el abandono del modelo hegemónico que consolidó el multiculturalismo liberal.

Por su parte, al abordar el estudio de los límites del constitucionalismo multicultural liberal, el jurista español Marco Aparicio Wilhelmi señala que si bien los países latinoamericanos emprendieron el camino del constitucionalismo multicultural, este reconocimiento de la pluralidad no significó una reforma pluralista de la organización institucional ni de los modos de producción jurídica, quedando lejos la superación de la disociación entre las realidades formal y fáctica (entre un Estado nacional basado en una sociedad homogénea y una sociedad pluricultural y un pluralismo político y jurídico). Así, el constitucionalismo conocido y acreditado acaba respondiendo estructuralmente al monismo cultural de la antropología-ficción; por esto, es común que el reconocimiento de los pueblos o comunidades originarias no comporte el aseguramiento de una determinada posición jurídica y de derechos colectivos (Aparicio, 2011, p.14).

Hay el reconocimiento de la existencia de los pueblos originarios y de su peculiar identidad, pero la efectividad de sus derechos depende de una posterior creación normativa de instituciones estatales de orden monocultural; no existen, en consecuencia, auténticos derechos constitucionales colectivos. Todos los Estados, dice Aparicio, parten de algún tipo de declaración general de reconocimiento de la pluralidad cultural o étnica, pero empiezan a debilitarse en el mismo texto constitucional, pues aparecen diversos frenos a un efectivo reconocimiento de la pluralidad, subordinándola al desarrollo legislativo del conjunto de los derechos reconocidos. Asimismo, destaca la ausencia de correlación entre tales derechos y el resto del articulado constitucional, el cual permanece de espaldas a la pluralidad política y jurídica realmente existente; todos los textos optan también por un reconocimiento débil y subordinado del derecho propio de los pueblos originarios y del alcance de sus jurisdicciones y, por último, se incluye siempre una “cláusula de freno” al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios.

En todos los textos constitucionales se incorporan previsiones que delimitan el alcance de los derechos de los pueblos originarios, mediante el principio de la no contradicción con “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”, con “los derechos humanos” o, en algunos casos, en referencia a una genérica contraposición con “la Constitución y las Leyes”; todo esto pone en cuestión la constitucionalidad misma de los derechos de los pueblos originarios reconocidos. Con ello, remarca Aparicio, el desarrollo de la identidad de los pueblos originarios, que se traduce en los derechos colectivos, responde a los principios de la cultura dominante. El argumento jurídico en la Constitución y en los derechos individuales asume la función homogeneizadora que antes cumplían las ideas de desarrollo y cultura nacional (Aparicio, 2011, pp. 14-15).

Entonces, cuando Aparicio se refiere a la Constitución ecuatoriana, dice que en efecto es eminentemente garantista, por proteger a través de la llamada esfera de lo indecible

derechos que la democracia a través de sus mayorías no podrá tocar. Sin embargo, enfatiza que, pese a importantes avances, no estaríamos ante un cambio de paradigma, pues incluso allí donde hubo un mayor reconocimiento de derechos y de sujetos, como es el caso ecuatoriano, no parece que se apunte hacia un verdadero cuestionamiento del patrón monocultural de la institucionalidad y del ordenamiento jurídico. Partiendo de esta situación, los distintos sujetos colectivos deberían estar en condiciones para entablar un equilibrado diálogo intercultural desde el cual, paulatinamente, se avance en la conformación de parámetros axiológicos compartidos, abandonando así el sistema garantista (Aparicio, 2011, p. 17).

Para Aparicio, el Estado intercultural dialógico será el que permita la construcción de un horizonte común de sentidos, a partir de aproximaciones entre las distintas culturas existentes; un Estado que deberá procurar que los diferentes centros de poder se interrelacionen, a fin de que haya un recíproco equilibrio en la construcción del espacio común de convivencia. En efecto, la interculturalidad del Estado debe llevar a que los distintos poderes públicos estén obligados a garantizar condiciones equitativas de participación en el diálogo entre dichas culturas. Sin esta promoción, que apunta a la construcción de identidades inclusivas, se abona el terreno de la dominación de la cultura o culturas hegemónicas sobre las minoritarias, por mucho que estén reconocidas constitucionalmente.

Al respecto, el profesor Agustín Grijalva (Ecuador) dice que la diversidad cultural no sólo es un cuestionamiento externo al sistema de derechos contenidos en la Constitución, sino que se asienta fuertemente sobre varios de estos mismos derechos, pues, como vimos, los pueblos originarios y sus demandas de reivindicación se convirtieron en poder constituyente. Por eso, varios Estados latinoamericanos han constitucionalizado, bajo distintas fórmulas, el derecho a la diversidad cultural y a la identidad; todo esto debido a la presión de los pueblos originarios, en un esfuerzo de legitimación que problematiza la indudable impronta neocolonial del Estado nación; un

reconocimiento que incluye expresiones culturales claves de los pueblos indígenas como sus idiomas, territorios y sistemas de autoridad y normativos. El constitucionalismo plurinacional, apunta Grijalva, debe ser de nuevo tipo, basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional (Grijalva, 2008, p. 52).

El Estado plurinacional, para Grijalva, no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces sólo formal, por parte de un Estado instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino que más bien debe ser un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrático. La construcción de un Estado plurinacional e intercultural, entonces, no significa la sucesión del Estado federal o social, que en efecto nacieron como respuesta al Estado liberal, sino más bien su transformación estructural.

La interculturalidad y plurinacionalidad, según Grijalva, son una crítica y una renovación a las limitaciones del multiculturalismo. Afirma que a este constitucionalismo no puede sino ser dialógico, concretizante y garantista. Dialógico, porque requiere de comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro, del diferente; concretizante, porque debe buscar soluciones específicas y consistentes para situaciones individuales y complejas (soluciones que deben ser aplicables a casos similares); y, garantista, porque estas soluciones deben tener por marco la comprensión y vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en los derechos humanos. Estas tres características, dice el profesor ecuatoriano, aunque diferentes se complementan, se requieren recíprocamente. No hay diálogo intercultural en abstracto y sin los derechos que creen las condiciones de igualdad y respeto que todo diálogo, y más aún el intercultural, requiere (Grijalva, 2008).

Sobre este tema, el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos destaca que lo que distingue la lucha de los pueblos

originarios de las restantes luchas sociales en el continente americano, es el hecho de reivindicar una precedencia histórica y una autonomía cultural que desafían todo el edificio jurídico y político del Estado moderno colonial. Aludiendo al caso ecuatoriano, dice que al final de la última década, junto con Bolivia, pasó por transformaciones constitucionales profundas, impulsadas por los pueblos originarios. Así, no es de extrañar, señala, que las constituciones de ambos países contengan embriones de una transformación paradigmática de la superestructura misma del Estado. Con esto, por ejemplo, el reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia originaria adquiere un nuevo significado político; no sólo se trata de reconocer que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos en su interior, garantizando la paz social de la que el Estado no se ocupa. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia de los pueblos originarios como parte sustancial de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo (Santos, 2012, p. 14-15).

Finalmente, siguiendo este orden de ideas, es importante apuntar que la coexistencia de distintas culturas y el pluralismo jurídico como consecuencia de dicha convivencia, implican la tolerancia de los rituales que son un medio de resolución de conflictos, prácticas incensurables de la administración de justicia plural; esto, entre otras cosas, por la deficiente resolución de conflictos en el sistema ordinario. Se trata de respuestas a la incompetencia y a la indiferencia a que el Estado central ha condenado a los pueblos originarios, y a la imposición del sistema monista de administración de justicia, que no atiende sus necesidades sociales. Para la jurista ecuatoriana Andrea Galindo Lozano, dichos rituales son una censura directa al colonialismo y promueven un nuevo Estado, en el que se superponen y fusionan las diferentes culturas, dando origen al ethos barroco que describe Bolívar Echeverría. En estos escenarios, dice, la muerte toma una

inusitada normalidad (Galindo, 2022, p. 24). Podemos notar, entonces, que esta forma de entender la muerte, como parte esencial de la existencia, desplazaría a la dignidad humana como parámetro mínimo de convivencia; así parece al menos en el constitucionalismo ecuatoriano.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

Como vimos, el constitucionalismo latinoamericano ha transitado por posturas y construcciones por demás interesantes. En un primer momento, consolidó el Estado monista central, unitario, a través de un sistema liberal que produjo un modelo de derecho protector de las libertades individuales.

En este contexto, fue difícil construir un Estado constitucional plural e igualitario, que, en el marco del derecho pensado para proteger las individualidades y libertades ciudadanas, respete, proteja y desarrolle los derechos de la naturaleza desde una concepción andina, así como los de las comunidades, pueblos y nacionalidades constitucionalmente reconocidas por Ecuador. Así, para transformar materialmente la estructura del Estado monocultural, será necesario criticar el sistema axiomatizado de garantías, a la luz de las epistemologías del sur y desde los presupuestos axiológicos de los sistemas plurales reconocidos por la Constitución ecuatoriana; todo esto con el fin de desplazar el discurso hegemónico del positivismo ontológico, no con el fin de abandonarlo, sino más bien para procurar una convivencia en igualdad de condiciones formales y materiales con los sistemas axiológicos propuestos desde el sur.

La protección en términos igualitarios que exigen los pueblos originarios tendrá que ser generada desde todos los ámbitos del Estado, el político, sociológico, jurídico, comunitario, para garantizar una verdadera reivindicación de los derechos de los pueblos originarios, por la que se respeten sus propias formas de vida y de organización política y económica; de lo contrario, el respeto a estas entidades comunitarias seguirá siendo, como hasta ahora, apenas un buen pretexto

para perennizar la explotación y despojo de sus territorios ancestrales, de sus expresiones identitarias y de sus formas de vida, convirtiéndolas en un mero instrumento para seguir fortaleciendo el Estado monista vertical.

## REFERENCIAS

- Ameghino, N. (2011). ¿Interculturalidad hegemónica o emancipatoria?: Una aproximación a la gestión intercultural en Neuquén, Argentina. *Cultura y Representaciones Sociales*, 6(11), Article 11.
- Attard, M. E. (2021). *La acción popular boliviana a la luz del modelo polifónico de justicia constitucional* [Thesis]. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/29429>
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Editorial Abya - Yala.
- Bello, L. J. (Ed.). (2011). El Estado ante la Sociedad Multiétnica y Pluricultural. *julio de 2011*.
- Carbonell, M. (2004). Constitucionalismo y multiculturalismo. *Derecho y Cultura*, 1(13), Article 13. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-cultura/article/view/7430>
- Cartuche, J. I. (2022). *La plurinacionalidad en disputa. Luchas comunitario-populares en Ecuador (1970—2019)*. <https://hdl.handle.net/20.500.12371/16790>
- Castillo, C. (Ed.). (2015). El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. *Ciencia Jurídica*, 4(8), 187-194. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.157>
- Chávez, G. E. (2016). *El control constitucional de la justicia indígena en el Estado Plurinacional: El caso ecuatoriano*. <http://hdl.handle.net/10550/55274>
- Fernández, A. N. (2010). ¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo multicultural?
- Galindo, A. S. (2022). *Ritual y derecho en el tinku (“peleas rituales”)* [doctoralThesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/9136>

- Grijalva, A. (2008). *El Estado plurinacional e intercultural en la constitución ecuatoriana del 2008*. <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/4170>
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181590>
- Habermas, J., Arroyo, J. C. V., & Vilar, G. (1999). *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Paidós Ibérica. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=84703>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=15896>
- Levy, J. T. (2003). *El multiculturalismo del miedo*. Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=34287>
- Linzán, L. F. Á. (2016). Garantismo y estado constitucional en Estado de Ecuador para el siglo XXI. A propósito de Principia Juris. *Ciencia Jurídica*, 5(10), Article 10. <https://doi.org/10.15174/cj.v5i2.188>
- Quizhpe, F. C. (2022). *Filosofía indígena* [doctoralThesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8690>
- Santos, B. de S. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Abya Yala.
- Walsh McDonald, C. E. (2002). *Interculturalidad. Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/543>
- Yrigoyen, R. Z. (s. f.). ¿Qué derechos tienen los pueblos indígenas en las decisiones de asuntos que les afectan?

# LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

*The specialization of the constitutional jurisdiction from the perspective of the right to effective judicial protection.*

\* Norman José Pardo Torres

<https://orcid.org/0009-0005-8349-6420>

DOI: <https://doi.org/10.69633/g60xf52>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 06/04/24

Juzgado de Familia, Mujer y Adolescencia de Loja - Ecuador

## RESUMEN

El artículo que presento realiza un breve análisis de la jurisdicción constitucional en el Ecuador, en relación a la aplicación del principio de especialidad de los operadores de justicia y su incidencia en el derecho a la tutela constitucional efectiva de los ciudadanos. La jurisdicción constitucional actualmente es otorgada a jueces ordinarios que pertenecen a la Función Judicial, operadores de justicia en su gran mayoría sin especialización en el área del Derecho Constitucional. Este artículo destaca la inobservancia del principio de especialidad como causante de perjuicios al derecho a la tutela efectiva, en el sentido de que las sentencias de garantías jurisdiccionales dictadas por los jueces ordinarios, en gran porcentaje, son declaradas por nuestra Corte Constitucional como violatorias al derecho a la seguridad jurídica, motivación y debido proceso.

\*Abogado de la Universidad Nacional de Loja - Ecuador.  
Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja - Ecuador. Egresado de Maestría en Justicia Penal Juvenil en la Universidad Contemporánea de las Américas de México.

Se utilizarán como métodos investigativos el exegético, analítico y bibliográfico, con la intención de analizar y explicar el sistema de administración de justicia constitucional en el Ecuador desde la perspectiva de la especialización y la tutela constitucional efectiva. Los resultados permitirán determinar la existencia o no de una afectación negativa a los derechos de los ciudadanos.

**Palabras clave:** *justicia constitucional especializada, tutela efectiva, ecuador*

### ABSTRACT

The article carries out a brief analysis of constitutional jurisdiction in Ecuador, related to the application of the principle of specialization on justice operators and its impact on the right to effective constitutional protection to all citizens. Constitutional jurisdiction is currently granted to ordinary judges who belong to the Judicial Branch, justice operators mostly with no specialization in constitutional law. This article highlights the non-observance of the principle of specialization as a cause that affects the right to effective protection, in the sense that the sentences of jurisdictional guarantees passed by ordinary judges, by a large percentage, are declared by our Constitutional Court as in violation to the right to legal certainty, due process and motivation.

Exegetical, analytical and bibliographic methods will be used as investigative methods for analyzing and explaining constitutional jurisdiction in Ecuador from the perspective of specialization and effective judicial protection. The results will allow to determine whether the rights of citizens are somehow affected.

**Keywords:** *specialized constitutional justice, effective custody, Ecuador*

## INTRODUCCIÓN

Una de las facultades que en democracia tiene la sociedad es la de hacer uso del poder constituyente. Así, como resultado precisamente del ejercicio del poder constituyente, desde el 2008, la actual Constitución de la República del Ecuador ha implicado un nuevo contrato social en una transición de un estado de derecho a un estado constitucional de derechos y justicia.

Sobre este proceso Schmitt afirma: El principio democrático del poder constituyente, del pueblo, lleva a la necesidad, de que la constitución surja de un acto del pueblo políticamente capacitado. El pueblo tiene que existir y ser supuesto como unidad política si ha de ser sujeto de un poder constituyente. (Schmitt, 1996, pág. 80)

A partir de este proceso constituyente en el Ecuador, se pasó a utilizar la frase Estado Constitucional de Derechos, que denota un cambio trascendental, pues, a partir de su expedición, se constitucionalizaron una serie de derechos que antes no eran reconocidos. Sobre todo, se establecieron procedimientos autónomos y especiales que facilitaron la exigibilidad legal para la reparación de un daño. Estos procedimientos fueron denominados como *garantías jurisdiccionales*.

Estos procedimientos pertenecen al área de la administración de justicia constitucional, que también ha sido denominada como jurisdicción constitucional o incluso justicia constitucional. Ésta es una facultad otorgada a la Función Judicial a los jueces de justicia ordinaria en primera y segunda instancia y está a cargo de la Corte Constitucional del Ecuador, únicamente a través de la acción extraordinaria de protección y otras también de carácter extraordinario como las acciones de incumplimiento.

Es ahí donde se genera un grave problema, pues los jueces ordinarios deben adecuar sus decisiones conforme a las disposiciones constitucionales, sobre la base del principio de

jerarquía de la norma constitucional y el de aplicación directa de sus disposiciones. Esto, *per se*, no los convierte en jueces especializados en materia constitucional.

Por el contrario, son jueces especializados en distintas áreas de la justicia ordinaria, más no en justicia constitucional. Esto afecta a los derechos fundamentales de las personas, como es el de la tutela efectiva, que consiste en recibir resoluciones debidamente motivadas, que no afecten a la seguridad jurídica o al debido proceso, como en la actualidad ocurre en una gran cantidad de casos. Un preocupante porcentaje de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional han declarado a las sentencias dictados por los jueces ordinarios como violatorias de los mencionados derechos.

Pensamos que en el Ecuador debe cambiarse el modelo de administración de la justicia constitucional, ya que el control de la constitucionalidad de los actos realizados por las demás funciones del Estado no puede ser atribuida a operadores de justicia especializados en áreas diferentes al derecho constitucional y que estos, por simple disposición constitucional, se conviertan en jueces constitucionales y capacitados para ejercer la jurisdicción constitucional.

En este ensayo nos proponemos evidenciar que la especialización de los operadores de justicia es una de las soluciones para evitar seguir afectando al derecho a la tutela constitucional efectiva de los ciudadanos que presentan sus acciones de defensa o acciones jurisdiccionales como las denominamos en el Ecuador.

### **MATERIALES Y MÉTODOS**

Utilizaremos el método de investigación cualitativa para analizar el actual sistema de administración de justicia constitucional en el Ecuador. Será necesaria la recopilación de información documental, recurrir a los textos jurídicos para extraer las diferentes teorías que existan respecto a la temática de la especialización de los operadores de justicia en materia constitucional.

También recurriremos al análisis de la bibliografía y de los casos encontrados, mediante la utilización del método exegético para la comprensión del sentido de los textos a estudiarse.

## **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

La estructura que ofrece la Constitución de la República del Ecuador para la administración de justicia se divide en tres grandes áreas: 1. La Ordinaria; 2. La Indígena; y 3. La Constitucional.

Brevemente, la administración de justicia ordinaria corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, así lo determinan nuestra carta magna en el Art. 167: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Específicamente, en lo relacionado a la justicia ordinaria, el Art. 168 establece:

La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De igual forma, la administración de justicia indígena se encuentra reconocida en favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Art. 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 mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria., en base a sus costumbres ancestrales, como un sistema independiente de la justicia ordinaria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En cuanto a la administración de justicia en materia constitucional, en el Art. 429, nuestra Constitución establece que “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008) y que además tiene asignada la competencia de “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008) como órgano de cierre.

Es a esta área de la administración de justicia a las que nos referiremos con mayor profundidad en el presente ensayo, pues verifica la observancia del principio de especialidad y

sus consecuencias en cuanto a garantizar el derecho a la tutela constitucional efectiva.

El principio de especialidad tiene dos dimensiones: una en cuanto a la especialidad normativa y otra en cuanto a la especialización de los operadores de justicia.

En cuanto a la especialidad normativa, es decir, a la norma procesal que recoge los principios procesales y los procedimientos autónomos, no ha sido fácil consolidarla; así, conseguir la autonomía del Derecho Procesal Constitucional es todavía una tarea inconclusa.

En la búsqueda de un derecho procesal autónomo han sido necesarios los aportes doctrinarios de muchos tratadistas que han incidido en el criterio de los legisladores como *fuentes heterónomas*<sup>1</sup>, a través de la expedición de leyes; y por otro lado, también las *fuentes autónomas*; es decir, las normas creadas por los propios organismos custodios de la Constitución.

En la tarea de dejar de lado criterios anacrónicos que ubican al Derecho Procesal Constitucional como parte del Derecho Procesal Civil o el Administrativo, se afirma que esto aún no se ha logrado conseguir de forma total o plena y que, por tanto, aún no se ha logrado un Derecho Procesal Constitucional autónomo en Ecuador. Así nos lo relata Astudillo (2008 ):

El desarrollo del DPC, es una asignatura pendiente de afrontar con rigor y profundidad. Si bien se ha ido construyendo de forma paulatina desde el ámbito concreto y particular de la jurisprudencia constitucional, desde un punto de vista teórico – abstracto es posible advertir que el reconocimiento de sus particularidades ha chocado con obstáculos significativos, develando una debilidad importante, dentro del sistema de garantías constitucionales... se ha ajustado a una concepción apegadas a las ideas, principios y estructuras del proceso civil, aproximándose con el correr el tiempo a la líneas

---

1 Como fuentes heterónomas nos estamos refiriendo a la legislación creada por el órgano legislativo y en definitiva por un Estado.

fundamentales del proceso administrativo, y más recientemente a la noción de proceso y procedimiento jurisdiccional. Esta forma de actuar ha detenido cualquier intento, de avanzar en la reconstrucción de normas específicas para la realidad del proceso constitucional, pues como conjunto normativo de una especificidad manifiesta, por su intrínseca ambigüedad, cuenta con los elementos para conformar una categoría general de normas... (p.74)

En cuando a la especialización de los operadores de justicia, a pesar de las deficiencias y de la influencia de categorías del procedimiento civil, en el Ecuador ya se cuenta con una normativa especializada: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sin embargo, todavía no se cuenta con operadores de justicia especializados en materia constitucional para administrar justicia en primera y segunda instancia.

Parecería trivial dejar sentado que la Corte Constitucional, si bien administra justicia, es un organismo que no pertenece a la Función Judicial y que incluso es de mayor jerarquía al momento de administrar justicia en materia constitucional, siendo un organismo totalmente autónomo y distinto a la Función Judicial. Esta particularidad deja de ser trivial, cuando evidenciamos que la Función Judicial también administra justicia constitucional en cuanto a las garantías jurisdiccionales; es decir, tenemos en el Ecuador dos Funciones del Estado que administran justicia constitucional.

Por un lado, a la Función Judicial le corresponde la administración de justicia en materia de garantías jurisdiccionales, en primera y segunda instancia, mientras que a la Corte Constitucional del Ecuador le está reservada la última palabra, mediante la acción extraordinaria de protección cuando a ésta se la propone, no solamente en contra sentencias dictadas en garantías jurisdiccionales o de defensa, sino también en contra de sentencias dictadas en procesos de justicia ordinaria, mercantiles, laborales, penales, de familia y otros.

Lo expresado lo verificamos del contenido del Art. 86 de nuestra Constitución; disposición que establece la competencia en garantías jurisdiccionales a la juez o jueza del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos. Esto implica que, al no haber jueces especializados (unidades judiciales o juzgados especializados con competencia exclusiva en materia constitucional), el conocimiento de estas causas le corresponde a los administradores de justicia ordinaria, así lo hace notar Storini y Guerra:

En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, la Constitución indica expresamente que esa forma de tutela se ha de reclamar ante “los tribunales ordinarios de justicia” el dato excluye a priori la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones “ordinarias”. (Storini & Guerra 2029, p. 106)

Efectivamente aquello ocurre en nuestro país, la administración de justicia constitucional se encuentra otorgada a operadores de justicia ordinarios, pertenecientes a otra Función del Estado encargada de administrar justicia ordinaria.

## **DISCUSIÓN**

A partir de lo expuesto se genera en Ecuador una discusión entre los estudiosos del derecho constitucional, en distintos foros expresan opiniones antagónicas. Un sector se sustenta en la premisa de que en un Estado constitucional de derechos, todos los jueces son constitucionalistas por la obligación que tienen de conocer y resolver los litigios judiciales sobre la base de los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la constitución. La otra teoría sostiene que los jueces no se transforman en constitucionalistas por una simple disposición normativa, sino que se requiere de una verdadera especialización para que puedan desempeñar

con diligencia, conocimiento y responsabilidad un cargo de tanta importancia como es la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Esta dualidad de órganos en el ejercicio de la jurisdicción constitucional generada por nuestra Constitución obliga a los administradores de la justicia ordinaria, de primera y segunda instancia, especializados en sus distintas materias (penal, contencioso administrativo, violencia contra la familia; niñez, mercantiles, justicia penal juvenil, etc.) a que deban también administrar justicia constitucional.

Es curioso lo que sucede en el Ecuador pues se observa el principio de especialidad para la administración de justicia ordinaria para garantizar una adecuada administración de justicia que se traduzca en una tutela judicial efectiva; sin embargo, no se aplica dicho principio para la jurisdicción constitucional. Recordemos que la jurisdicción ordinaria en el Ecuador se encuentra asignada a operadores de justicia especializados, pues, tal como lo consigna el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 11, es una obligación el alcanzar la especialización de los administradores de justicia:

Principio de Especialidad.- La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código.

Este principio no se contrapone al principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 25.

Las decisiones definitivas de las juezas y jueces deberán ser ejecutadas en la instancia determinada por la ley. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2015, 22 de mayo, p. 6 )

Cabanellas (2003), de forma didáctica, nos explica a lo que nos referimos con el Principio de Especialidad, como

la “...intensificación del estudio o del ejercicio en alguna de las ramas concretas de la Enciclopedia Jurídica y de las actividades conectadas con ella (v. Especialista) Jurista con conocimientos calificados en alguna de las ciencias privativas, como el mercantilista, el civilista, el penalista o el laborista” (2004, p. 547).

Sin embargo, en el Ecuador, este Principio que rige para la justicia ordinaria, extrañamente no rige para la jurisdicción constitucional, aun cuando es evidente que la especialidad profesional incide en el conocimiento y en la calidad de la labor que realiza un operador de justicia. Así, a los operadores de justicia ordinaria, especializados en sus propias jurisdicciones (además de la jurisdicción constitucional), les es humanamente imposible ser doctos en todas las áreas del derecho. Además de esto, la carga procesal es abrumadora, especialmente en los despachos de los operadores de justicia de primer nivel. Esto, a su vez, les impide especializarse en la jurisdicción constitucional, lo que finalmente incide en la calidad de las decisiones adoptadas.

La administración de justicia constitucional, en primera y segunda instancia, deja insatisfechas a las partes procesales, lo que provoca el aumento de las acciones extraordinarias de protección y saturación de causas en la Corte Constitucional. Esto se ve en la gran cantidad de sentencias que expide la Corte Constitucional, declarando la vulneración de derechos por parte de los operadores de justicia ordinarios, especialmente en cuando a la motivación y a la seguridad jurídica. Así lo demuestran los datos consultados en la página de la Corte Constitucional que, en lo que va del año 2024, recién están resolviendo las causas correspondientes al año 2019, con algunas excepciones sobre la base de criterios de urgencia considerados por la Corte. (<https://www.corteconstitucional.gob.ec/boletines-jurisprudenciales/>)

Las acciones extraordinarias en la Corte Constitucional tienen como fundamento y pretensión que se declare la vulneración de derechos al debido proceso, a la motivación y a la seguridad

jurídica, ya que los litigantes no están conformes con la calidad de las sentencias emitidas por la justicia ordinaria. Esto ha provocado, como ya dijimos, una saturación de las acciones extraordinarias, por lo que la Corte busca mecanismos para su número. Así, recientemente ha elegido el camino de dictar precedentes jurisdiccionales obligatorios para restringir la presentación de acciones de protección.

Por ejemplo, en la sentencia 2006-18-EP/24, la Corte emitió un nuevo precedente que estableció como regla general que la violación de los derechos constitucionales por la terminación de relaciones laborales en el sector público deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa. Solamente, por excepción, amerita la activación de la justicia constitucional cuando se involucren asuntos que afecten de manera notoria o grave a la dignidad o autonomía del servidor público en situaciones de discriminación evidente, por ejemplo, o en circunstancias que requieran una respuesta inmediata. Con este nuevo precedente, la terminación de un nombramiento provisional o de un contrato ocasional en el servicio público; a pesar que resulte violatorio al derecho de defensa, al derecho de la motivación o al derecho de trabajo, la persona afectada no podría ejercer acciones de defensa en la jurisdicción constitucional, sino en la justicia contenciosa administrativa. Esta medida, en nuestra opinión, en el trasfondo busca descongestionar el número de causas, mediante la restricción del ejercicio de las acciones jurisdiccionales.

La solución a la saturación de acciones extraordinarias de protección no pasa por la aplicación de medidas restrictivas, ya que éstas terminan afectando la tutela constitucional efectiva. Convendría, más bien, emprender un proceso de implementación de una jurisdicción constitucional especializada desde las primeras y segundas instancias. Así, los operadores de justicia emitirían sentencias debidamente motivadas y garantizaran la seguridad jurídica, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, con lo cual disminuirían las acciones extraordinarias de protección.

Storini y Guerra (2019) profundizan en los problemas ocasionados por la escasa especialización en materia constitucional:

La imposibilidad de asegurar una competencia “constitucional” que sea lo suficientemente profunda como para dar cobertura satisfactoria a cada derecho y lograr una especialización del juez en todos los ámbitos en los que las acciones en garantía de derechos, así como configurada por el constituyente, le impone establecer si existe o no violación de un derecho ha generado que, en muchos casos la escasa competencia material del juez provoque un rechazo injustificado o una incorrecta resolución del caso (p.107)

Compartimos los criterios autorizados de Storini y Guerra, pues pensamos que en nada aporta a una mejor tutela judicial efectiva que los actuales operadores de justicia sean presionados por el Consejo de la Judicatura, para resolver 40 o 50 causas mensuales de distintas materias y que posteriormente, debido a sus equivocaciones, van a ser revocadas por las distintas Cortes Provinciales, la Corte Nacional o inclusive por la Corte Constitucional.

Nuestra afirmación de que un gran porcentaje de sentencias dictadas por jueces ordinarios; afectan a los derechos de seguridad jurídica y debido proceso de los litigantes, se sustenta en la gran cantidad de sentencias dictadas por la Corte Constitucional, que así las declaran. Las personas que intentan sus acciones de defensa de derechos constitucionales, se ven expuestas a un doble acto de vulneración; un primer momento por las entidades públicas y un segundo momento por los operadores de justicia ordinarios ante quienes recurren.

Utilizando la técnica de muestreo, ofrecemos algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, evidenciando que los operadores de justicia, los llamados a ejercer el control constitucional de las demás funciones del Estado, terminan siendo los responsables de las vulneraciones de los derechos:

1.- Acción extraordinaria de protección, Sentencia No. 001-10-PJOCC, declara la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del accionante por parte de los jueces de primer y segundo nivel de la justicia ordinaria, quienes resolvieron que una acción de protección constituía cosa juzgada, sin analizar los elementos constitutivos de cosa juzgada.

2.- Acción extraordinaria de protección, No. 698-15-EP/21, declara la vulneración del derecho a la seguridad jurídica porque se estableció en favor del accionante el derecho a acceder al beneficio de reestructuración crediticia; es decir, se estableció un derecho que desnaturalizó la acción de protección.

3.- En acción extraordinaria de protección No. 2622-17-EP-21, declara que las sentencias de los jueces ordinarios, negaron un *habeas corpus*, presentado en contra del Ministerio de Justicia y otros; así, vulneraron los derechos del accionante –persona privada de la libertad– a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a recibir decisiones motivadas.

4.- En acción extraordinaria de protección, sentencia No. 2951-17-EP-21, declara que las sentencias de los jueces ordinarios de primer y segundo nivel impugnadas, vulneraron la garantía de motivación, al no dar respuesta a los cargos formulados por los accionantes y no exteriorizar su razonamiento.

5.- En acción extraordinaria de protección sentencia No. 1292-19-EP-21, se declara que las sentencias dictadas por los jueces ordinarios en acción de protección, vulneraron el derecho de la accionante a la seguridad jurídica, así como la garantía de motivación, por exigir el requisito de la inmediatez en la presentación de la acción de protección, sin que tal requisito esté contemplado en la LOGJCC ni en la jurisprudencia de la CCE.

6.- En acción extraordinaria de protección, sentencia No. 357-18-EP/22, declara la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación cuando las y los juzgadores ordinarios resuelven negar una acción de protección, sin verificar la vulneración de los derechos constitucionales alegados por el accionante.

7.- En acción extraordinaria de protección, sentencia No. 752-20-EP-21 declaró que las sentencias de los jueces ordinarios, al negar un *habeas corpus*, vulneraron el derecho del accionante – persona privada de la libertad – al debido proceso en la garantía de motivación.

8.- Acción extraordinaria de protección, sentencia No. 201-16-SEP-CC, establece que el Juez Quinto de la Niñez y Adolescencia del Cantón Manabí, al declarar con lugar dicha acción de protección en primera instancia, desnaturalizó la mencionada garantía, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

9.- Acción extraordinaria de protección, sentencia No. 1325-15-EP/22, establece que los jueces ordinarios vulneraron en su sentencia de A.P el derecho a la motivación, debido al vicio de incongruencia frente a las partes e insuficiencia motivacional.

10.- Acción extraordinaria de protección, sentencia No. No. 2645-17-EP/22, establece que las sentencias dictadas por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda y por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, vulneraron el derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

11.- Acción extraordinaria de protección, sentencia No. 2864-17-EP22, establece que la sentencia de segunda instancia de la justicia ordinaria, incurrió en afectación al derecho al debido proceso, por motivación insuficiente. Como dato curioso, la Corte Constitucional afirma que la sentencia de primer nivel se encuentra mejor estructurada y motivada.

Como se puede advertir la Corte Constitucional determinó en todos los casos de la pequeña muestra analizada que los operadores de justicia ordinaria violentaron los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la motivación; lo cual finalmente afectó al derecho de tutela constitucional efectiva que asiste a las personas.

La tutela judicial efectiva en materia constitucional es un derecho humano fundamental que abarca una serie de elementos que no se agotan en simplemente garantizar el acceso a los órganos de justicia. Por el contrario, nuestra Corte Constitucional ha instruido en lo siguiente al respecto:

41. Es primordial resaltar que, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se fundamenta en la observancia de tres elementos fundamentales: primero, el derecho de acción que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales; el segundo elemento dividido en dos presupuestos i) la diligencia en la tramitación de la causa; y ii) la obtención de una respuesta fundada en derecho a las pretensiones formuladas; y tercero, el rol de los operadores de justicia una vez dictada la resolución tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos. (Sentencia No. 935-13-EP/19, 2019, p. 10)

A estas características, podemos añadir lo expresado por El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia:

Este derecho fundamental, de acuerdo con la doctrina consiste básicamente en el derecho de acceso libre a la jurisdicción, lo que comprende el derecho de toda persona a ser parte de un proceso y poder promover en el marco de la actividad jurisdiccional, cualquier recurso ordinario o extraordinario, que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos, que desemboque en una decisión judicial sobre la pretensiones deducidas por el litigante, por lo tanto se puede deducir que lo anteriormente desarrollado implica en síntesis en el derecho de todo actor o demandante a obtener una resolución o sentencia **j u r í d i c a m e n t e** fundamentada sobre el fondo de lo peticionado. (Sentencia Constitucional 1768/2011-R de 7, 2011)

También, refiriéndose a la tutela judicial efectiva, Zavala Egas explica:

La protección se presta a través de las garantías jurisdiccionales, esto es, por el ejercicio del derecho a recibir la tutela judicial efectiva de los jueces, a través de las acciones que tienen por objeto amparar o tutelar la inviolabilidad de los derechos constitucionales, y que, de haber sido efectivamente vulnerados, lograr que se disponga judicialmente la reparación integral. (Zavala Egas, 2020, p.68)

Zavala Egas (2010), además, explica que la construcción de una tutela judicial efectiva implica una gran responsabilidad, pues, siendo las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales “ vinculantes a todos los poderes públicos y habitantes del Ecuador, de aplicación directa e inmediata, además de limitantes de la actividad del juzgador y de la actividad de las leyes, obliga a una reeducación de los jueces y de los operadores jurídicos en general (Zavala Egas, 2010, p.367).

Por los criterios expuestos podemos afirmar que cuando los justiciables acceden al órgano judicial, no se encuentra garantizado plenamente su derecho a la tutela constitucional efectiva, ya que se debe asegurar que sus causas se tramiten con celeridad hasta recibir una sentencia y que ésta, sobre todo, sea correctamente motivada. Así lo enfatiza la Corte Constitucional:

21. En este contexto, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se fundamenta en la observancia de tres momentos fundamentales: en primer lugar, el libre acceso a la justicia entendida ésta a través de los mecanismos propuestos por el Estado para la resolución de las controversias. En segundo lugar, la debida diligencia y el respeto a lo largo del proceso judicial de las condiciones mínimas para que las partes puedan asegurar una adecuada defensa de sus derechos e intereses. Y, en tercer lugar, que la sentencia dictada se cumpla esto es,

la ejecutoriedad del fallo, que se traduce en el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de manera motivada. (Sentencia No. 328-19-EP/20,2020)

Debemos mencionar que, por pura coincidencia, la tesis que defendemos en este artículo recientemente fue parte de una consulta popular y un referéndum impulsando 'por el actual gobierno del Ecuador en el mes de abril del 2024. El decreto No. 163 de la convocatoria a referéndum consultaba a la ciudadanía lo siguiente:

¿Está usted de acuerdo con el establecimiento de juzgados especializados en materia constitucional, tanto en primera como en segunda instancia, para el conocimiento de las garantías jurisdiccionales que les corresponda, enmendando la Constitución y reformando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de acuerdo con el Anexo 2? (Noboa Azin, 2024) <sup>2</sup>

El anexo 2 contiene el proyecto de reformas que, en lo que interesa al presente trabajo investigativo, propone la creación de Juzgados Constitucionales de Primera Instancia y Salas Constitucionales de Segunda instancia, y concede competencia al Presidente de la Corte Nacional de Justicia y a la Corte Nacional para ciertas acciones de defensa. La dependencia administrativa y financiera seguiría a cargo de la Función Judicial. Es decir, seguiríamos bajo la actual mixtura, la jurisdicción constitucional ejercida por jueces ordinarios y también por la Corte Constitucional. Habrá que esperar los resultados de este proceso consultivo.

Es importante también, dirigir nuestra mirada al derecho comparado. Así, vemos la experiencia boliviana y cómo este país ya emprendió en un proceso de implementación de la jurisdicción constitucional especializada. A través de la Ley

2

Decreto No. 163. Noboa Azin Daniel. Presidente de la República del Ecuador.

027 del 06 de julio del 2010, que tiene por objeto regular la estructura, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional y, posteriormente, a través de la Ley 254 del 05 de julio del 2012 o Código Procesal Constitucional, el que tiene como objeto regular los procesos constitucionales, ante el Tribunal Constitucional y las acciones de defensa ante Juezas, Jueces y Tribunales competentes.

Más adelante, se expide la Ley del 27 de septiembre del 2018, que tiene como objeto crear las Salas Constitucionales, que funcionalmente dependen del Tribunal Constitucional Plurinacional. Sin embargo, financiera y administrativamente, dependen de la Función Judicial, donde también encontramos la misma problemática que en Ecuador: la jurisdicción constitucional ejercida tanto por la función judicial como por el Tribunal Plurinacional Constitucional.

Otra situación particular que encontramos en Bolivia es que estas Salas Constitucionales, que pertenecen a la estructura de los Tribunales Departamentales de Justicia ordinaria, tienen asignada una competencia territorial a no más de veinte kilómetros de distancia. Para los municipios que se ubican fuera de esta circunscripción, la jurisdicción constitucional puede ser ejercida tanto por la Sala como por cualquier Juzgado Público.

De lo expuesto, advertimos que en Bolivia se ha avanzado al nivel de conformación de Salas Constitucionales especializadas en jurisdicción constitucional, y que funcionan en cada uno de los Departamentos que conforman el Estado Plurinacional. Sin embargo; no se ha logrado consolidar íntegramente una jurisdicción constitucional separada de la Función Judicial. Por otro lado, la administración de justicia en esta materia sigue asignada a los Juzgados Públicos o Juzgados Mixtos para los lugares más alejados.

## CONCLUSIONES

En el Ecuador no se observa el principio de especialidad en la administración de justicia constitucional debido a que la jurisdicción es otorgada a la justicia ordinaria en primera y segunda instancia.

Los administradores de justicia ordinaria, en su gran mayoría, no son especializados en materia constitucional, lo que incide en la expedición de fallos inmotivados en los procesos de garantías jurisdiccionales.

La deficiente motivación de los fallos de primera y segunda instancia incide en la saturación de acciones extraordinarias de protección en la Corte Constitucional.

Gran porcentaje de las sentencias dictadas en garantías jurisdiccionales, por la justicia ordinaria, son declaradas en la Corte Constitucional del Ecuador vulneratorias de los derechos a la seguridad jurídica y a la motivación de los justiciables.

El actual sistema de jurisdicción constitucional en el Ecuador debe abandonar la teoría de que todos los jueces, por simple disposición normativa, son constitucionales; así, se debe optar por un modelo de administradores especializados en jurisdicción constitucional como mecanismos para disminuir la afectación al derecho de tutela judicial efectiva de los justiciables.

### **Recomendaciones**

Se debe implementar un sistema de administración de justicia constitucional en el Ecuador, garantizando la especialización de los operadores de justicia para tutelar con mayor efectividad los derechos de las personas, que interponen garantías jurisdiccionales.

La jurisdicción constitucional debe ser ejercida por Jueces de Primera Instancia, Salas de Segunda Instancia que pertenezcan funcional, financiera y administrativamente a la Corte Constitucional, para erradicar la actual mixtura con la jurisdicción ordinaria.

Se debe profundizar en la investigación para verificar en otros países de la Comunidad Andina, si existen estudios en los que se evidencie el mejoramiento de la prestación del servicio de administración de justicia constitucional; por la implementación de operadores especializados.

## REFERENCIAS

- Acción Extraordinaria de Protección, No. 1433-13-EP/19 (Corte Constitucional del Ecuador 2019).
- Astudillo, C. (2008). *La ciencia del derecho procesal constitucional/ doce tesis en torno al derecho procesal constitucional* (Primera ed., Vol. I). México. Universidad Autónoma de México.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (28va. ed., Vol. III). Madrid, España: Editorial Heliasta.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2015, 22 de mayo). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Lexis. Obtenido de [https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo\\_organico\\_fj.pdf](https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador. (28 de septiembre de 2008). *Constitución*. Quito, Ecuador.
- Noboa, D. (2 de Febrero de 2024). *Página de la presidencia de la república del ecuador*. obtenido de [https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios\\_externos.jsf](https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios_externos.jsf): [https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios\\_externos.jsf](https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios_externos.jsf)
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Sentencia Constitucional 1768/2011-R de 7, SC 1768 (Tribunal Constitucional Plurinacional 2011).
- Sentencia No. 328-19-EP/20, No. 328-19-EP/20. Quito (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Junio de 2020).
- Sentencia No. 935-13-EP/19, 935-13-EP/19 (Corte Constitucional de Ecuador 2019).

- Storini, C., & GUERRA, M. (09 de Octubre de 2019). *La justicia constitucional en el Ecuador y su desarrollo desde la vigencia de la constitución de Montecristi*. obtenido de <https://vlex.ec/vid/justicia-constitucional-ecuador-desarrollo-764103201>
- Zavala Egas, J. (2010). *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Quito: Edilex S.A. Editores.
- Zavala Egas, J., Zavala Luque, J., & Acosta Zavala, J. F. (2012). *Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales*. Perú: Edilex S.A

# EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL MARCO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN ECUADOR: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES.

*Execution of sentences within the framework of effective judicial protection in Ecuador: challenges and opportunities.*

\*Luis Ernesto Quinde Quizhpi

<https://orcid.org/0000-0001-8348-3068>

DOI: <https://doi.org/10.69633/1ha56a86>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 15/04/24

Universidad Católica de Cuenca UCACUE (Ecuador)

## RESUMEN

La Constitución ecuatoriana de 2008 califica al país como un Estado constitucional de derechos y justicia con énfasis en las garantías constitucionales para sus habitantes. Sin embargo, existen deficiencias en el sistema legal, particularmente en la ejecución de las garantías judiciales. Por ejemplo, estándares inconsistentes, impunidad, corrupción y falta de independencia judicial. El presente análisis tiene como objetivo proporcionar una visión detallada del sistema judicial de Ecuador, con un enfoque en el análisis de los desafíos y oportunidades de aplicación de la normativa en las garantías judiciales y la protección de los derechos básicos de los que goza la población.

Durante esta investigación se ha identificado fallas en el sistema judicial de Ecuador, entre otras, la falta de coherencia en los criterios judiciales, la politización y la burocracia. Esta investigación demuestra que en Ecuador hay una necesidad de reformas para mejorar la ejecución de sentencias y garantizar una supervisión judicial eficaz; paralelamente, es preciso fortalecer la independencia judicial y la proporcionalidad en las medidas de ejecución. Se destaca la necesidad de incorporar principios como respeto a la autoridad judicial, proporcionalidad, oportunidad, eficiencia, no discriminación y cooperación para el cumplimiento efectivo de las sentencias. Además, este trabajo demuestra que existe la necesidad de poner en vigencia un sistema legal eficiente y transparente para garantizar

\*Abogado de los tribunales de justicia. Master en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Constitucional. Fue nombrado Juez del Consejo de la Judicatura. Docente de la Universidad Católica de Cuenca.

resultados justos y una obediencia efectiva de las decisiones judiciales. En conclusión, existe una brecha significativa entre la teoría y la práctica de la aplicación judicial efectiva en Ecuador. Es necesario optimizar los mecanismos de sentencia y abordar cuestiones como la interpretación inconsistente de las garantías judiciales, la corrupción y los procesos burocráticos ineficaces. Las mejoras en estas áreas son fundamentales para proteger los derechos básicos y fortalecer la confianza en el sistema legal.

**Palabras clave:** *derechos fundamentales, ejecución de sentencias, garantías constitucionales, reformas judiciales, sistema judicial ecuatoriano, tutela judicial efectiva.*

## ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution of 2008 establishes the country as a constitutional state of law and justice, emphasizing constitutional guarantees. However, there are deficiencies in the legal system, particularly in the execution of judicial guarantees, such as inconsistent standards, impunity, corruption and lack of judicial independence. The analysis aims to provide a detailed view of Ecuador's judicial system, with a focus on the challenges and opportunities in the implementation of judicial guarantees and the protection of basic rights. Flaws have been identified in Ecuador's judicial system, including a lack of consistency in judicial criteria and challenges such as politicization and media bureaucracy. It emphasizes the need for reforms to improve the execution of sentences and ensure effective judicial oversight. It also emphasizes the need for judicial independence and proportionality in enforcement measures. The need for principles such as respect for judicial authority, proportionality, timeliness, efficiency, non-discrimination and cooperation for the effective compliance of sentences is emphasized. Furthermore, it is argued that an efficient and transparent legal system is required to ensure fair outcomes and effective implementation of judicial decisions. In conclusion, there is a significant gap between the theory and practice of effective judicial supervision in Ecuador. Sentencing mechanisms need to be optimized and issues such as inconsistent interpretation of judicial guarantees, corruption and ineffective bureaucratic processes must be addressed. Improvements in these areas are essential to protect basic rights and strengthen confidence in the legal system.

**Keywords:** *fundamental rights, execution of sentences, constitutional guarantees, judicial reforms, ecuadorian judicial system, effective judicial protection.*

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008, establece que el control judicial efectivo es una prioridad para Ecuador. La norma califica al país como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. Esta transformación ha colocado a las garantías constitucionales en el centro del sistema jurídico ecuatoriano. Las garantías están incorporadas en normas, políticas públicas y, en particular, garantías judiciales (Núñez, 2016). Esta inclusión es esencial para proteger los derechos reconocidos en la carta magna del Ecuador y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, vigentes en el país. En este escenario, los jueces ordinarios asumen el rol de jueces constitucionales, cuando conocen casos de garantías judiciales, enfocan su labor en la restauración de los derechos a poblaciones vulnerables y aseguran la plena ejecución de las sentencias constitucionales.

A pesar del reconocimiento normativo y la jurisprudencia, el sistema jurídico ecuatoriano todavía persiste en importantes deficiencias, particularmente en la ejecución de las garantías judiciales. Estas deficiencias incluyen la falta de coherencia en los estándares judiciales, la prevalencia de la impunidad y la corrupción y la falta de independencia judicial (Zambrano, 2016). Para superar estas debilidades, el sistema judicial enfrenta varios desafíos: la politización de los trámites, la burocracia en los procesos legales, los procedimientos ineficientes y las dificultades para notificar y citar a los testigos, así como la capacitación y formación del personal judicial.

Esta situación pone en riesgo la efectividad del sistema legal ecuatoriano. Particularmente, en términos de ejecución de sentencias. Según Valmaña y Aldana & Isea (2018), es vital que el derecho a la protección jurídica efectiva trascienda la concepción teórica y se convierta en una realidad práctica y accesible para todos los ciudadanos. Este análisis tiene como objetivo proporcionar una visión detallada del sistema judicial de Ecuador, dirige el foco hacia los desafíos y oportunidades que se presenta en la etapa de ejecución de las garantías

judiciales y enfatiza la importancia de un enfoque consistente en la protección de los derechos fundamentales, tanto en el nivel nacional como el internacional.

En el desafiante panorama del sistema judicial de Ecuador resalta la urgente necesidad de reducir las brechas entre la teoría y la práctica en una supervisión judicial efectiva. Para Mitidiero (2016), la ejecución de sentencias no debe verse como una mera formalidad procesal, sino como los pasos críticos que sirven para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos en un marco legal justo y equitativo. La situación actual, marcada por retrasos en la ejecución de sentencias y prácticas judiciales ineficaces, no sólo socava la confianza en el sistema legal, también, pone en riesgo la ejecución efectiva de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales en Ecuador. La reflexión y el análisis sobre estos temas son esenciales para proponer reformas doctrinarias o judiciales.

A pesar de los avances legislativos y constitucionales en Ecuador, la brecha entre la legislación y su aplicación práctica sigue siendo una preocupación importante, particularmente en los casos relacionados con las garantías judiciales. Esta disparidad genera preocupación sobre la eficacia del sistema legal para brindar protección judicial efectiva, un derecho reconocido tanto a nivel nacional como internacional. Los problemas identificados, como retrasos en la ejecución de sentencias, falta de coherencia en los criterios judiciales y desafíos en la administración de justicia, resaltan la complejidad del panorama legal de Ecuador y cuestionan la capacidad del sistema para cumplir con las obligaciones constitucionales y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Este entorno requiere una investigación exhaustiva de las causas subyacentes en estas deficiencias y la búsqueda de soluciones viables. Las preguntas esenciales que guían la presente investigación son:

¿Cómo pueden optimizarse los mecanismos de ejecución de sentencias en el sistema judicial ecuatoriano para asegurar una tutela judicial efectiva, especialmente en casos de garantías jurisdiccionales?

¿Cuáles son los principales obstáculos que enfrenta el sistema judicial ecuatoriano en la ejecución efectiva y oportuna de las sentencias de garantías jurisdiccionales, y qué medidas concretas pueden adoptarse para superar estos desafíos?

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

La presente investigación se desarrollará bajo un enfoque cualitativo y cuantitativo, empleando un diseño mixto de investigación descriptiva para obtener una comprensión integral de los desafíos y oportunidades en la ejecución de sentencias en Ecuador. Este enfoque permitirá una evaluación profunda tanto de los aspectos normativos como de las experiencias, prácticas y percepciones de los actores involucrados en el marco de la tutela judicial efectiva en procesos constitucionales.

Se analizan las sentencias más recientes de Acción de Incumplimiento, dictadas por la Corte Constitucional de Ecuador, con lo que se fundamenta la hipótesis de la investigación. Se efectuará una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre tutela judicial efectiva y ejecución de sentencias, tanto en el contexto ecuatoriano como en lo internacional, para establecer un marco teórico sólido y así contextualizar los hallazgos mediante la revisión documental de las resoluciones judiciales.

En un estudio dogmático-jurídico que se labora de modo directo con el ordenamiento jurídico, sin interesar su aplicación o sus sustratos valorativos. Se trabaja con el derecho objetivo “puro” (no aplicado), por lo que su estudio es meramente teórico y se hace con base de abstracciones. Un estudio normativo o dogmático describe, analiza, interpreta y aplica normas

jurídicas; para ello, conoce y estudia dichas normas, conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico, que ayuda a la producción y creación de otras nuevas normas, las interpreta y aplica, contribuyendo a regular con ellas comportamientos humanos y a resolver conflictos de efectividad (Díaz 1998, 158-159).

El enfoque de esta investigación, complementado con un riguroso diseño metodológico, permite la evaluación exhaustiva de los desafíos y oportunidades en la ejecución de sentencias de Garantías Jurisdiccionales en Ecuador, proporcionando una base sólida para propuestas de mejora en el marco de la Tutela Judicial Efectiva.

## **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

A pesar de los avances en la legislación y el constitucionalismo, el sistema judicial de Ecuador tiene deficiencias críticas que obstaculizan su capacidad para brindar justicia efectiva y equitativa. Una de las inquietudes que más preocupa a los expertos es la falta de coherencia en los criterios judiciales, lo que da lugar a una aplicación desigual de la ley y a variaciones significativas de las decisiones judiciales de un caso a otro. Esta inconsistencia no solo socava la confianza en el sistema legal, también contribuye, también, a un aumento de la impunidad y la corrupción. Las lagunas en el sistema legal pueden utilizarse para evadir la justicia, exacerbando la impunidad. (Zambrano 2016),

La ejecución de sentencias en Ecuador se ve obstaculizada por otros desafíos, incluida la politización mediática de los casos judiciales. Esta politización puede afectar el proceso judicial y la percepción pública de la justicia, y compromete la imparcialidad y objetividad que se espera de un sistema legal equitativo. Otro impedimento importante para la eficiencia del sistema judicial es la burocracia que profundiza la ineficiencia de los procesos.

Estos desafíos resaltan la urgente necesidad de reformas en el sistema judicial de Ecuador. No solo es necesario abordar y corregir la falta de uniformidad en la aplicación de la ley o la lucha contra la impunidad y la corrupción, además, es urgente simplificar los procedimientos y reducir la burocracia para que el sistema sea más accesible y eficiente. La ejecución de sentencias, un componente crítico para una tutela judicial efectiva requiere centrarse en la velocidad, la coherencia y la transparencia que garanticen el acceso a los derechos y protecciones garantizados por la ley, y su aplicación efectiva, en la práctica.

El marco legal y constitucional ecuatoriano proporciona una base sólida para una supervisión judicial y una sentencia efectiva, pero la ejecución práctica plantea desafíos importantes. Para Valmaña (2018), el Estado juega un papel importante porque brinda asistencia jurídica gratuita a quienes carecen de recursos para litigar y, así, asegura que el derecho a una tutela judicial efectiva no sea solo un concepto teórico, sino una realidad accesible para todos. Esta disposición es fundamental para garantizar que el acceso a la justicia sea realmente universal y no esté limitada por barreras económicas.

Aldana & Isea (2018) enfatizan la importancia de conciliar la noción de dignidad humana en diversos contextos culturales y socioeconómicos, para proteger eficazmente los derechos humanos. Esta perspectiva global es vital para fortalecer la supervisión judicial efectiva, ya que demuestra la necesidad de un marco legal sensible con las realidades socioculturales y promotor de los derechos humanos, de manera universal y consistente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador también juega un papel importante en la definición y uso de una tutela judicial efectiva. La Corte ha destacado la necesidad de una justicia imparcial y expedita. En los últimos años identificó tres momentos críticos en el proceso judicial: acceso

a la justicia, desarrollo razonable del proceso y ejecución de la sentencia. Como se detalla en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2014), estos elementos –acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia– son necesarios para garantizar una supervisión judicial efectiva.

Este enfoque resalta que el acceso a los tribunales y el desarrollo de procesos judiciales justos y oportunos son solo el comienzo. La eficacia de la tutela judicial efectiva se mide en la fase de ejecución de la sentencia. Es en este momento que el sistema judicial ecuatoriano debe demostrar su capacidad para tomar decisiones que respeten plenamente los derechos humanos y constitucionales de la población. La ejecución eficiente y oportuna de las sentencias es un indicador clave del respeto y protección de los derechos humanos en la práctica jurídica diaria.

### **Principios fundamentales en la ejecución de sentencias**

La ejecución de sentencias en Ecuador se rige por un conjunto de principios básicos y fundamentales para garantizar la eficacia, equidad e integridad de las decisiones judiciales. Según Mayorga y Moyolema (2023), estos principios no solo sirven como base para una administración fuerte y respetuosa de los derechos fundamentales, son guías normativas para el “buen” comportamiento de las autoridades y de las personas involucradas en los procesos y sus ejecuciones.

Uno de sus principios más importantes es el respeto a la autoridad judicial y la autonomía procesal. Tibiricá y Ferreira (2020) enfatizan que la independencia de la autoridad judicial es fundamental para garantizar que las sentencias se ejecuten sin interferencias indebidas de otras autoridades. Este principio es fundamental para mantener la integridad y eficacia de las decisiones judiciales, asegurando un proceso de ejecución independiente y autónomo.

Otra consideración importante es la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas de ejecución. Según Guzmán (2019), las acciones tomadas para cumplir las sentencias deben ser proporcionales con los objetivos perseguidos y no deben imponer cargas excesivas a las partes involucradas. Este enfoque garantiza un equilibrio adecuado entre los diversos intereses y respeta los derechos de todos los participantes en el proceso.

Sánchez (2019) destaca cuál es la importancia de un proceso que tenga una ejecución oportuna y eficiente: actuar con rapidez y eficiencia es esencial para evitar demoras que puedan socavar la eficacia de la supervisión judicial. Una ejecución eficiente pasa también por el uso adecuado de los recursos y evita sobrecargas al sistema jurídico.

Además, es fundamental garantizar que las sentencias se ejecuten sin discriminación. Ochoa et al. (2021) subraya la necesidad de brindar igualdad de oportunidades, para cumplir con las órdenes legales, a todos los destinatarios de una sentencia, siendo especialmente crucial para los grupos desfavorecidos. Esta garantía fundamental, asegura que sus derechos estén efectivamente protegidos y que no existan obstáculos innecesarios en su ejecución.

La cooperación entre las partes y las autoridades es otro pilar en la ejecución efectiva de las sentencias. Según Figueroa (2021), la colaboración activa y respetuosa promueve el cumplimiento de las obligaciones y asegura que las sentencias se ejecuten sin demoras innecesarias. Finalmente, Bazylińska (2021) indica que existe la necesidad de supervisión y presentación de informes financieros. Estos mecanismos brindan transparencia en el proceso de ejecución y permiten apelar ante autoridades de nivel superior en caso de incumplimiento.

Estos principios fundamentales, en la sentencia, respaldan la legitimidad y eficacia del sistema judicial de Ecuador, aseguran

que las decisiones judiciales se traduzcan en acciones concretas que protejan los derechos fundamentales y fortalezcan la confianza en el Estado de derecho. La observancia de estos principios es vital para superar los desafíos actuales y mejorar la ejecución de sentencias en Ecuador.

El trabajo de investigación hizo un análisis de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Ecuador entre 2016 y 2022 en materia de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, fundamentalmente, las sentencias relacionadas con la aplicación objetiva de la tutela judicial efectiva en aplicación del Derecho Constitucional vigente, de allí su importancia. De esta manera, es posible conocer la fecha en la que el juez *a quo* conoce y resuelve la violación de una garantía constitucional, siendo esta, recurrida ante el Superior, tardándose su conocimiento y dictamen, según consta en cada sentencia o resolución definitiva. Tenemos muestras de sentencias que demuestran la demora la solución de Acción de incumplimiento, realidad que fundamenta la hipótesis de la investigación. Por ejemplo:

- a) Se resolvió la Acción de Incumplimiento propuesta ante la Corte Constitucional en el año 2012 (siete años después). Proceso de origen habeas data. **Decisión:** Desestimar la acción de incumplimiento. (07 de mayo de 2019) (Sentencia No. 48-12-IS/19).
- b) En la Corte Constitucional resolvió la Acción de Incumplimiento propuesta en el 2010 (11 años después). Proceso de Origen Acción de Protección. **Decisión:** Aceptar la acción de incumplimiento. (17 de noviembre de 2021) (Sentencia No. 12-16-IS/21).
- c) En la (Sentencia No. 32-17-IS/21) de 24 de noviembre de 2021, la Corte Constitucional resolvió la Acción de Incumplimiento presentada en el año 2017 (4 años

después). Proceso de Origen Acción de Protección.  
**Decisión:** Desestimar por falta de objeto a la acción de incumplimiento No. 32-17-IS.

- d) En la (Sentencia No. 86-11-IS/19), la Corte Constitucional resolvió la Acción de Incumplimiento propuesta en el año 2011 (8 años después). Proceso de Origen Acción de Protección.  
**Decisión:** Desestimar la acción de incumplimiento.
- e) En la (Sentencia No. 20-12-IS/19) (IS derivado de hechos sobrevinientes a la sentencia constitucional), resolvió la Corte Constitucional la Acción de Incumplimiento presentada en 2012 (7 años después). Proceso de Origen Amparo Constitucional.  
**Decisión:** Desestimar por falta de objeto a la acción de incumplimiento Nro. 32-17-IS.
- f) En la (Sentencia No. 32-20-IS/20) de 12 de mayo de 2020, la Corte Constitucional resolvió la Acción de Incumplimiento presentada el 01 de abril del propio año (poco más de un mes). Proceso de Origen Acción de incumplimiento de la Sentencia Nro. 29-20-IS/20.  
**Decisión:** Desestimar la acción de incumplimiento presentada.

Con base en el principio de respeto a la autoridad judicial y a la autonomía procesal, la Corte Constitucional conoce y resuelve las acciones de incumplimiento, de sentencias o resoluciones emitidas por jueces inferiores que resuelven garantías constitucionales. Este alto organismo de justicia constitucional, en su fallo, se limita a ordenar la ejecución de lo decidido por el juez o jueza de primer nivel, salvo excepciones, dicta algunas medidas de reparación adicional o desistimiento. Por ejemplo, la Sentencia Nro. 57-18-IS/21,

dispone el cumplimiento de medidas implícitas; se aprecia las cargas que imponen al accionante, beneficiario de la acción de incumplimiento, luego, de diez años de haber dictado sentencia de Acción de protección el juez inferior.

### **Contenido de la tutela judicial efectiva**

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se puede resumir en los siguientes términos: las personas tienen derecho a acceder al sistema judicial y presentar peticiones de protección. Estas peticiones deben obtener una respuesta legal, incluso si esta es denegada. Cuando los órganos judiciales dictan una decisión sobre la base de una reclamación, no es necesario que sea favorable a la reclamación del demandante. Sin embargo, debe estar motivada por un mandato explícito para actuar o no actuar. (Ochoa et al. 2021).

Un aspecto importante de la tutela, ya discutido en la doctrina y la jurisprudencia, es la definición del derecho. Por razones lingüísticas, es necesario tener una comprensión básica del contenido, alcance y propósito del derecho antes de formular una definición. Se trata, ante todo, de un derecho fundamental reconocido internacionalmente y por el constitucionalismo ecuatoriano. Una definición inicial señala: el derecho es el mecanismo que asegura el respeto del orden jurídico en todos los órdenes y la suma de los derechos de los individuos y los órganos.

En segundo lugar, es un derecho fundamental que reconoce a todas las personas sin discriminación, lo que abre el alcance de los titulares de este derecho procesal. Sin embargo, hay que establecer ciertas infracciones para evitar actos de malversación o abuso de derecho, mediante la activación de acciones constitucionales que no proceden en el marco jurídico del país. Teóricamente, el derecho a la tutela constitucional efectiva se define como el derecho de todo individuo a presentar su reclamo ante los órganos judiciales competentes.

## **Derecho a la tutela judicial efectiva**

El ejercicio del derecho a la tutela constitucional efectiva incluye la posibilidad de apelar a una decisión adversa, de un proceso. El derecho está basado en un proceso judicial que se apega a principios procesales claves; como la igualdad procesal. Una vez que una decisión judicial es sólida, se vuelve intangible e irreversible, y su ejecución está garantizada en caso de incumplimiento. Este enfoque enfatiza la necesidad de brindar a las partes acceso a los tribunales, obtener sentencias motivadas, la capacidad de intervenir con recursos legales y garantizar la ejecución efectiva de las sentencias. (Vargas, 2021).

El Estado tiene el compromiso de brindar asistencia jurídica gratuita a quienes no pueden costear un proceso, por sus limitaciones financieras. Este compromiso es crucial para hacer que la protección legal sea práctica y accesible para todos. Esta visión enfatiza en que el acceso universal a la justicia es un pilar básico para preservar la dignidad humana y construir una sociedad armoniosa. (Valmaña, 2018).

La protección efectiva de los derechos humanos requiere la inclusión de la idea de dignidad humana en todos los contextos culturales y sociales. Esto pone de relieve la importancia de un enfoque mundial y coherente para proteger los derechos fundamentales, reconocer las diferencias culturales y buscar puntos en común. (Aldana & Isea, 2018).

La tutela judicial efectiva se centra en la protección de valores fundamentales; como la vida y la libertad. La falta de eficiencia en el sistema legal puede tener un impacto negativo, tanto en los individuos como en la sociedad en su conjunto. Zambrano (2016) explica cuáles son los cambios significativos en el sistema de justicia de Ecuador: la ampliación de competencias y jurisdicciones, un mejor acceso a servicios legales gratuitos y el uso de procedimientos orales en los procesos judiciales.

En esta línea González (1984). menciona que el derecho al control judicial es un componente esencial del Estado de derecho en todas sus formas, esto genera un cambio histórico hacia un orden jurídico en el que un sujeto imparcial (el Estado) administra justicia en lugar del autocontrol individual de defensa.

De la Oliva Santos (1980) distingue entre tutela judicial efectiva y tutela jurisdiccional, argumenta que la primera solo puede entenderse desde su relación con la existencia de jurisdicción en general; es decir, como un conjunto de mecanismos para garantizar derechos en disputas jurídicas. La tutela judicial efectiva implica no solo el acceso a la justicia y la recepción de una sentencia, considera, además, el derecho a que esa sentencia se ejecute efectivamente. Esto refleja la prioridad del individuo por encima del Estado y la necesidad de proteger los derechos de las personas. (Castilla, 2012).

La tutela judicial efectiva no termina con el acceso a la justicia y la presentación de denuncias, incluye la ejecución efectiva de las sentencias y la protección de los derechos básicos en un proceso legal justo y equitativo. Esto implica la necesidad de un sistema judicial eficiente y transparente que garantice resultados justos y la implementación efectiva de las decisiones judiciales.

Para Marcheco (2020), la tutela judicial efectiva es un componente crucial que protege los derechos y garantías de las personas en el sistema judicial. Abarca algo más que el simple acceso a los tribunales y la presentación de denuncias. Esta ley tiene varias dimensiones interconectadas que trabajan juntas para brindar justicia justa, oportuna y efectiva.

En primer lugar, el **acceso a la justicia y la garantía de una justicia oportuna y eficaz** son dimensiones críticas. Esto implica que todas las personas deben acudir a los tribunales para defender sus derechos y solicitar la restitución de estos,

en caso de violación. Además, Oteoza y Mosmann (2021) subrayan la necesidad que tienen las personas de gozar de procedimientos judiciales con celeridad y con la ejecución de decisiones oportunas.

**El derecho a un proceso justo e imparcial.** Esta dimensión garantiza que todas las personas involucradas en un proceso judicial tengan derecho a que sus cuestiones sean escuchadas y resueltas por un tribunal imparcial e independiente que evalúe las pruebas y los argumentos con objetividad.

**La ejecución de las sentencias y la implementación de las decisiones judiciales.** No basta con dictar sentencias favorables; su ejecución, también, debería ser eficaz. Todas las partes involucradas deben trabajar juntas para garantizar que las órdenes judiciales se ejecuten completa y oportunamente, si esto no sucede, esta falencia puede socavar la efectividad y la confianza en el sistema legal. (Ugartemendía, 2020).

**La disponibilidad de recursos y remedios efectivos** significa que las personas deben tener acceso a una variedad de métodos y recursos legales para poder ejercer sus derechos y obtener la restitución en caso de violación a sus derechos. No deben existir barreras procesales ni económicas que impidan el acceso a la justicia y a las soluciones adecuadas y satisfactorias para las personas. (Martín, 2019).

**Las acciones de los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos básicos.** Estos tribunales deben evaluar la constitucionalidad de las leyes y las políticas públicas para que sean proporcionales y equitativas, de tal manera que las decisiones judiciales se alineen con la democracia y los valores sociales fundamentales. (Castillo et al., 2020).

Optimizar los mecanismos de sentencia en el sistema legal ecuatoriano es crucial para una protección judicial efectiva, particularmente en relación con las garantías judiciales. Como se analizó anteriormente, Ecuador enfrenta desafíos importantes en su

sistema legal, incluida la falta de uniformidad, una mayor impunidad y corrupción. Estas deficiencias tienen un impacto directo en la ejecución de las sentencias y, en última instancia, en la capacidad del sistema legal para proteger los derechos básicos de los ciudadanos.

Para abordar este problema, es fundamental centrarse en mejorar la eficiencia y la velocidad de ejecución de las sentencias. Es fundamental establecer plazos razonables y simplificar los procesos burocráticos que, frecuentemente, retrasan la implementación de las decisiones judiciales. Además, hay que promover la transparencia y la rendición de cuentas en la fase de ejecución, para que las órdenes judiciales sean obedecidas efectivamente y no pasen desapercibidas.

La igualdad de acceso a la ejecución de las sentencias también es un factor crítico: garantizar que todas las partes involucradas tengan igualdad de oportunidades para acceder y participar en el proceso de ejecución sin discriminación es fundamental para una supervisión judicial eficaz. La capacitación y la educación jurídica son componentes críticos que no deben pasarse por alto. Invertir en la educación de jueces y funcionarios judiciales es fundamental para garantizar una comprensión sólida de los principios de las sentencias y su aplicación coherente. Además, se debe garantizar el acceso a recursos y recursos efectivos para aquellos cuyos derechos han sido violentados, sin barreras procesales o económicas que impidan el acceso a la justicia.

La falta de consistencia y coherencia en la interpretación y aplicación de las garantías judiciales es un desafío importante en el sistema jurídico ecuatoriano. Con frecuencia se encuentran problemas de coherencia durante la ejecución de decisiones judiciales, lo que puede generar confusión y retrasos en el proceso. Para superar este desafío, es menester establecer pautas claras y explícitas para la ejecución de estas sentencias, promoviendo la coherencia en todo el sistema judicial.

La corrupción y la politización de los operadores encargados de ejecutar decisiones judiciales plantean obstáculos importantes a la ejecución imparcial de las sentencias. La influencia inadecuada en el sistema judicial puede llevar al incumplimiento de las decisiones judiciales, socavando la confianza en el sistema. Para abordar este problema, se requiere una supervisión efectiva, así como la puesta en vigencia de estrictas medidas anticorrupción dentro del sistema legal.

La burocracia y los procesos ineficientes podrían obstaculizar la ejecución oportuna de las decisiones judiciales. Los procedimientos lentos y complicados serían capaces de retrasar la vigencia de las decisiones judiciales, lo que tiene un impacto negativo en los beneficiarios de estas sentencias. Para superar este desafío, es necesario simplificar y acelerar los procesos de ejecución, con acciones que ayuden a eliminar los obstáculos innecesarios.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

En el sistema jurídico ecuatoriano, la tutela judicial efectiva es crucial para proteger los derechos y garantías de las personas. La tutela, como un derecho, demuestra su importancia en la ejecución de sentencias de garantías jurisdiccionales, pero, actualmente, estas garantías están frente a desafíos significativos. Entre otros, la falta de coherencia en la interpretación y la aplicación de las sentencias; la corrupción y la politización de los medios de comunicación, la burocracia y los procesos corruptos son algunos de los impedimentos para la toma de decisiones judiciales eficaces.

La legitimidad y eficacia del sistema judicial de Ecuador se basan en los principios fundamentales de la ejecución de penas. Estos principios incluyen el respeto a la autoridad judicial, la garantía de la autonomía procesal y la igualdad de acceso a la ejecución. La cooperación entre las partes y las autoridades, así como la supervisión y la rendición de cuentas, son cruciales para garantizar la ejecución adecuada de sentencias.

Desde una perspectiva legal y constitucional, es vital estudiar las opiniones de expertos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador para reconocer cuál es la mejor ruta para abordar la tutela judicial efectiva con el marco legal del país. Además, el análisis de casos locales frente a otros internacionales, podría proporcionar información que ayudará a mejorar las prácticas y los desafíos judiciales que tiene Ecuador.

Para brindar una protección judicial efectiva, particularmente en casos de garantías judiciales, es crucial cualificar los mecanismos de ejecución de sentencias en el sistema jurídico ecuatoriano. Esto incluye abordar los obstáculos antes mencionados y tomar medidas concretas para superarlos. Para ello, es necesario promover la coherencia interpretativa, eliminar la corrupción y la politización, simplificar los procesos burocráticos y fomentar la cooperación entre intervinientes y autoridades.

Finalmente, el sistema judicial ecuatoriano tiene el desafío de asegurar la implementación efectiva y oportuna de las garantías judiciales. Esto requiere un enfoque integrado que aborde los problemas existentes y promueva la confianza en el sistema legal.

## REFERENCIAS

- Castilla Juárez, K. (2012). *Acceso efectivo a la justicia*. México DF: Editorial Porrúa.
- Castillo, E., Mendiza, J., & Sugranyé, C. (2020). *Perfeccionamiento de las vías procesales para la tutela judicial efectiva del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado en Ciba*. *Revista de la facultad de derecho y ciencia política*, 14(26). <https://doi.org/http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/2185>
- Constitución de la República del Ecuador*: (20 de octubre de 2008). Registro Oficial 449 . Ecuador: Lexis-Finder. <https://www.ambiente.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf>

- De la Oliva Santos, A. (1980). *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial.
- Figuerola, B. (2021). *El principio de favorabilidad frente a nuevos procedimientos del Código Orgánico Integral Penal*. *Sociedad & Amp*, 4(1), 240–255. <https://doi.org/https://doi.org/10.51247/st.v4iS1.133>
- Guzmán, M. (2019). *El principio constitucional de la tutela judicial efectiva vulnerado por la acción de nulidad de sentencias*. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 4(7), 135-145. <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7049450>
- Marcheco, B. (2020). *La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana*. *Estudios constitucionales*, 18(1). <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100091>
- Martin, F. (2019). *El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva*. *Revista De Derecho Político*, 1(105), 13–42. <https://doi.org/https://doi.org/10.5944/rdp.106.2019.26146>
- Mayorga, L., & Moyolema, Ó. (2023). *Regímenes de rehabilitación social en el delito de obstrucción a la justicia y la tutela judicial efectiva*. *Repositorio UNIADES*, 1(1). <https://doi.org/https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/16146>
- Mitidiero, D. (2016). *La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional*. En D. Mitidiero, *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico* (págs. 187-224). Lima.: Palestra Editores.
- Núñez, J. (2016). *El principio de estabilidad laboral en la Constitución del 2008*. [Tesis de maestría. Universidad Autónoma de los Andes]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5126/1/T2045-MDE-Nu%c3%b1ez-EI%20principio.pdf>
- Ochoa, C., Guamán, K., Hernández, E., Ortega, A., & Castillo, J. (2021). *La aplicación del principio de interculturalidad en las sentencias por el delito de peculado. ¿Discriminación inversa? Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3). <https://doi.org/https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2692>
- Otezo, E., & Mosmann, M. (2021). *Tutela judicial efectiva*. *Civil Procedure Review*, 12(2). <https://doi.org/https://cpr.emnuvens.com.br/revista/article/view/235>.(Consultada el 25 de agosto de 2023).

- Sánchez, A. (2019). *Convergencia de caminos entre TEDH y el RJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la eurorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019. Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65(167), 167-187. <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.05>
- Tibiricá, S., & Ferreria, A. (2020). *Sistematización del código de procedimiento constitucional brasileño la consolidación de los derechos fundamentales en la ejecución de juicios internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Brasil. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(24), 230-249. <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7630969>
- Ugartemendía, J. (2020). *Tutela judicial efectiva y Estado de derecho en la Unión Europea y su incidencia en Administración de Justicia de los Estados miembros. Teoría y realidad constitucional*(40), 309-341. <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7715742>
- Valmaña, S. (2018). *La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la protección jurisdiccional. Tortosa*, 1-25. [https://www2.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca\\_Digital/Biblio/Valmana/La%20Tutela.pdf](https://www2.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca_Digital/Biblio/Valmana/La%20Tutela.pdf)
- Zambrano, S. (2016). *El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la srguridad ciudadana del Ecuador. NUEVA EPOCA*, 9(39), 59-78. <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n39/1870-6916-tla-9-39-00058.pdf>.
- Sentencia No. 12-16-IS/21, 12-16-IS (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Noviembre de 2021).
- Sentencia No. 20-12-IS/19, 20-12-IS (Corte Constitucional del Ecuador 4 de Junio de 2019).
- Sentencia No. 32-17-IS/21, 32-17-IS (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Noviembre de 2021).
- Sentencia No. 32-20-IS/20, 32-20-IS (Corte Constitucional 12 de Mayo de 2020).
- Sentencia No. 48-12-IS/19, 48-12-IS (Corte Constitucional del Ecuador 7 de Mayo de 2019).
- Sentencia No. 57-18-IS/21, 57-18-IS (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Agosto de 2021).
- Sentencia No. 86-11-IS/19, 86-11-IS (Corte Constitucional del Ecuador 16 de Julio de 2019).

# EL ROL DE LA INTERCULTURALIDAD Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY PENAL.

*The role of interculturality and legal pluralism in the constitutional interpretation of criminal law.*

\*Victor Hugo Jaya Duchi

<https://orcid.org/0009-0001-5615-2535>

DOI: <https://doi.org/10.69633/yc4va861>

Recibido: 30/01/24 Aceptado: 25/04/24

Centro de Mediación y Soluciones Legales Intercultural la Paz (Ecuador)

## RESUMEN

El presente estudio explica la relación que existe, en Ecuador, entre la interculturalidad y el pluralismo jurídico, con base en la interpretación constitucional del derecho penal y de las diversas visiones étnicas y culturales que conviven en el país. El documento analiza, además, los retos y las oportunidades que presenta la coexistencia de los sistemas jurídicos: indígena y occidental.

Para lograr una interpretación constitucional que respete las diversas cosmovisiones de Ecuador, los especialistas del área se inclinan porque los procesos judiciales respeten los principios interculturales y jurídicos occidentales en los casos penales que deben juzgar los tribunales. De tal manera que estos procesos, sean adaptados a las visiones culturales, en coordinación con las autoridades estatales y las representaciones de las comunidades indígenas.

Este estudio se realizó con una revisión bibliográfica, análisis de jurisprudencia y estudio de casos, enfoques que permitieron explorar patrones y divergencias en la aplicación de estos principios. Tras la revisión, el documento comparte cuáles son los desafíos para la autonomía jurídica de las comunidades indígenas.

\*Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República por la Universidad Nacional de Chimborazo. Especialista y Magister en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Director del Centro de Mediación y Soluciones Legales Intercultural La Paz. Abogado litigante. Es doctorando del programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la UASB (Sede Central).

En conclusión, la Corte Constitucional desempeña un papel crucial en la consolidación de los principios encaminados a proteger la diversidad cultural, y de garantizar una aplicación del derecho penal con equidad.

### ABSTRACT

This study deals with the role of interculturality and legal pluralism in the constitutional interpretation of criminal law from the Ecuadorian context as a country rich in ethnic and cultural diversity, where challenges and opportunities arising from the coexistence of various legal systems, especially those of Indigenous communities deeply rooted in ancestral traditions, are examined. In this regard, cultural adaptation in judicial proceedings is considered necessary to an equitable constitutional interpretation that respects the diverse cultural worldview, to ensure the coordinated application of intercultural and legal principles in criminal cases, where the key aspect is effective coordination between state authorities and indigenous communities.

In fact, this study contains a bibliographic review, analysis of jurisprudence and case study, aspects that allow to explore patterns and divergences in the application of these principles. In addition to highlighting the challenges, the importance of respecting the legal autonomy of Indigenous communities is stressed, in which the jurisprudence of the Ecuadorian Constitutional Court plays a crucial role in consolidating the principles aimed at protecting cultural diversity and ensuring the equitable application of criminal law.

**Palabras clave.** *Derecho constitucional, interpretación constitucional, delitos culturales, interculturalismo, pluralismo jurídico, justicia indígena, justicia ordinaria.*

**Keywords.** *Constitutional law, constitutional interpretation, cultural crimes, interculturalism, legal pluralism, indigenous justice, ordinary justice.*

## INTRODUCCIÓN

Tras la promulgación de la Constitución, en 2008, la República del Ecuador emprendió un camino de gran importancia: la redefinición de su identidad estatal, jurídica y cultural, como un punto destacado, no solo en su propia historia, sino para toda Latinoamérica. Esta carta magna, caracterizada como una de las más progresistas de la región, en términos de derechos y reconocimiento de la diversidad cultural, a través de la norma nacional, Ecuador se comprometió en la construcción de un Estado intercultural y plurinacional. Con este nuevo paradigma, el interculturalismo y el pluralismo jurídico parecen meras bases teóricas. Sin embargo, corresponden a dinámicas que tienen el propósito de adecuar el derecho y la administración de justicia en un país diverso y complejo.

Ecuador, desde su amplia diversidad cultural, asume el desafío para lograr esta pluralidad en el funcionamiento del Estado, en general, y en su sistema jurídico, en particular. El concepto del pluralismo jurídico acepta y reconoce la coexistencia de múltiples sistemas jurídicos en un territorio. La interculturalidad busca el reconocimiento, el diálogo, y el respeto entre las diversas culturas, esta visión es un eje central para la realización de esta modificación de la visión jurídica. Desde este punto de vista, más allá de los significados teóricos, en la realidad, los sistemas normativos divergentes coexisten con sus propias concepciones de justicia, legalidad, y resolución de conflictos.

En este contexto, esta investigación se plantea una pregunta fundamental: ¿Cómo se relacionan la interculturalidad y el pluralismo jurídico, en la interpretación y aplicación del derecho penal, en un marco constitucional intercultural y plurinacional? Esta pregunta es relevante porque busca explicar de qué manera un Estado, dedicado a proteger la diversidad y fomentar la justicia, enfrenta los retos que surgen cuando impulsa las medidas para que los encargados de esta tarea,

logren integrar los sistemas jurídicos indígenas y ordinario, especialmente en el ámbito penal. Estos retos son diversos y complejos. Por ejemplo, es necesario conseguir la armonía entre diferentes sistemas jurídicos, garantizar los principios universales de justicia y derechos humanos, y respetar las particularidades culturales y legales de los pueblos indígenas. En Ecuador, la tensión entre la realidad social y jurídica, y las aspiraciones constitucionales del reconocimiento de la interculturalidad y el pluralismo jurídico se han hecho más evidentes con la promulgación de la Constitución de 2008. La aplicación práctica de estos principios, en el ámbito del derecho penal, ha dado pie a un escenario en el que las diferencias entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho penal estatal han mostrado preguntas, prácticamente invisibles antes, sobre la justicia, la equidad y la cohesión social, en los casos en los que surge el desacuerdo normativo, las diferencias en las concepciones de justicia y legalidad, y las discrepancias en las prácticas de resolución de conflictos. Estas características demuestran lo difícil que es integrar, eficazmente, la interculturalidad y el pluralismo jurídico en el sistema penal que debería ser capaz de adaptarse y reaccionar positivamente ante esta diversidad cultural.

Dado este contexto, la investigación es relevante y está justificada porque, en primer lugar, la consolidación del Estado de derecho en Ecuador, como un Estado plurinacional y multicultural, depende de la capacidad del sistema jurídico de incluir y respetar los sistemas normativos y las diversas concepciones de justicia. La eficacia y la legitimidad del derecho penal están estrechamente vinculadas con su capacidad de incluir, con equidad y respeto, las prácticas jurídicas indígenas. Por ello, este análisis contribuye al discurso sobre los derechos humanos, proporciona perspectivas enriquecedoras para comprender cómo la diversidad jurídica podría fomentar una justicia social más amplia y profunda.

En segundo lugar, el estudio pretende contribuir al diálogo académico y político del desarrollo de políticas públicas y reformas jurídicas que reflejen y respeten los principios de la interculturalidad y el pluralismo jurídico. Estas contribuciones son esenciales para promover un sistema de justicia penal que, no solo sea representativo de la diversidad del Ecuador, sino que, también, sea capaz de proporcionar respuestas adaptadas a la realidad social y cultural del país. Por último, este trabajo pretende servir como un recurso valioso para académicos, legisladores, funcionarios de justicia y comunidades indígenas, ya que pretende proporcionar un análisis detallado y reflexivo de los espacios y puntos de intersección de la interculturalidad, el pluralismo jurídico y la interpretación constitucional del derecho penal en Ecuador.

Este estudio busca conocer cuáles son/serán las implicaciones prácticas de la interculturalidad y la diversidad jurídica en el sistema de justicia penal ecuatoriano. La investigación se realiza con las herramientas de la metodología cualitativa. Esta incluye el análisis de los casos judiciales, la legislación constitucional y penal vigentes, y la determinación teórica, para contribuir significativamente al desarrollo del marco jurídico que refleje, verdaderamente, la diversidad cultural del Ecuador, y promueva un sistema de justicia más inclusivo, equitativo y respetuoso con todos sus ciudadanos.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

### **Enfoque de la investigación**

El desarrollo de este estudio se basa en un enfoque cualitativo que permite investigar profundamente el papel de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional del derecho penal, a través del cual se hace posible captar información teórica, y la complejidad de las experiencias y perspectivas de los agentes implicados en la aplicación del derecho penal en contextos multiculturales.

**Revisión bibliográfica:** Se realizó una revisión exhaustiva de la literatura jurídica relacionada con la interculturalidad, el pluralismo jurídico y la interpretación constitucional, esto proporcionó un sólido marco teórico y contextualizó la investigación dentro del panorama jurídico actual.

**Análisis de la jurisprudencia:** Se examinaron varias disposiciones relevantes de la Constitución del Ecuador, este análisis jurisprudencial permitió la identificación de mecanismos en la aplicación de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en situaciones penales, sirviendo de base empírica para la investigación.

**Estudio de casos:** Se seleccionaron los casos representativos de delitos con motivaciones culturales resuelta por la Corte Constitucional ecuatoriana, el análisis detallado de estos casos permitió identificar los desafíos en la aplicación de la interculturalidad y el pluralismo jurídico.

### **Procesamiento y análisis de datos**

**Análisis de contenido.** Los datos cualitativos de la literatura y los casos analizados fueron sometidos a un análisis de contenido, esto permitió identificar patrones, temáticas y divergencias relacionadas con la aplicación de la interculturalidad y el pluralismo jurídico, en la interpretación constitucional del derecho penal.

**Informe de los resultados.** Los hallazgos se desarrollaron en el estado de la cuestión donde se detallaron los contenidos según el enfoque de la investigación, en la cual se utilizaron citas directas de la información bibliográfica y extractos de jurisprudencia para apoyar y mejorar los resultados obtenidos.

Este diseño metodológico permitió abordar la complejidad del tema mediante la combinación de elementos teóricos, empíricos y prácticos para proporcionar una comprensión holística del papel de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional del derecho penal en Ecuador.

## ANÁLISIS Y RESULTADOS

### **1. Fundamentos teóricos de la interculturalidad y el pluralismo jurídico**

La interculturalidad y el pluralismo jurídico han sido los factores cruciales para redefinir las dinámicas sociales, culturales y legales en Latinoamérica, particularmente en Ecuador, un país caracterizado por su diversidad cultural que no deja a un lado sus experiencias históricas de colonización y descolonización. Estas determinaciones van más allá del reconocimiento de la existencia de la diversidad de culturas y sus sistemas jurídicos y tienen, por objeto, promover un diálogo y un reconocimiento legítimo entre ambos enfoques, con el fin de consolidar la formación de sociedades justas y equitativas. La interculturalidad implica un proceso activo de interacción y aprendizaje mutuo entre las diferentes culturas, esta visión desafía las jerarquías coloniales que han marginado a las culturas indígenas y propone un modelo que valoriza la pluralidad cultural y promueve la coexistencia armoniosa entre los pueblos; de este modo, el nuevo enfoque desafía el paradigma monocultural del Estado-nación y se propone la consolidación de un Estado que respeta y reconoce, en igualdad, a todas las culturas.

Al respecto, el pluralismo jurídico reconoce la coexistencia de varios sistemas jurídicos, incluido el derecho estatal y los sistemas normativos indígenas basados en las prácticas ancestrales. Este reconocimiento, además de aceptar la coexistencia cultural, también da pie a la interacción y el respeto mutuo entre los sistemas jurídicos, cuestiona la supremacía del derecho estatal y allana el recorrido hacia la justicia intercultural. La descolonización jurídica es crucial en este proceso, ya que cuestiona las estructuras jurídicas que perpetúan las relaciones de poder colonial, con el objetivo de que suceda un profundo cambio de actitudes y prácticas que busquen la convivencia en igualdad. Esto incluye la reestructuración de las instituciones

estatales y la revisión de las leyes para respetar los derechos y las prácticas de todos los grupos culturales con la meta de que otros Estados Plurinacionales reconozcan la autonomía y la igualdad de todas las culturas y sistemas jurídicos que subsisten en sus territorios.

La autonomía de los pueblos indígenas es crucial, en este contexto, ya que esta permite a las comunidades que gobiernen sus asuntos internos, de acuerdo con sus propias normas y sin interferencia ajena. Sin embargo, la eficacia de estos principios depende de la inclusión de mecanismos, de diálogo y coordinación entre los sistemas jurídicos, que garanticen el respeto de los derechos fundamentales. La aplicación del pluralismo jurídico plantea retos como la resistencia institucional y los prejuicios culturales, aunque también ofrece oportunidades significativas para la consolidación de sociedades más inclusivas y democráticas. El reconocimiento del pluralismo jurídico permite una mejor y más efectiva resolución de controversias y fortalece la cohesión social, contribuye al desarrollo del sentido de la justicia, que va más allá de las limitaciones del derecho estatal, y abarca plenamente la riqueza cultural.

La teoría del diálogo intercultural. Esta teoría hace hincapié en la importancia del intercambio de ideas y perspectivas de las culturas, para fomentar la comprensión mutua y la coexistencia pacífica. Al respecto, el filósofo y educador Paulo Freire (2006, p. 48), famoso por su trabajo sobre la pedagogía crítica, abogó por un enfoque educativo que promueva el diálogo entre muchos grupos culturales, a través del reconocimiento de la igualdad de voces y la diversidad de experiencias. Paralelamente, Miguel Martínez (2020, p. 89) ha contribuido al desarrollo de esta teoría. Este autor describe cómo el diálogo puede servir de herramienta para superar las barreras culturales y construir sociedades más inclusivas. Consecuentemente, en el contexto de la interculturalidad y el pluralismo jurídico, la teoría del diálogo intercultural sugiere que la comunicación

abierta y respetuosa entre los sistemas jurídicos y el de las comunidades indígenas es esencial, para construir un marco jurídico que refleje la diversidad y asegure la justicia para todas y todos.

La teoría del pluralismo jurídico. Esta teoría aboga por la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de una sociedad. Entre los defensores de esta visión destacan: Brian Tamanaha y Boaventura de Sousa Santos. El primero, considera que el reconocimiento y el respeto de la diversidad de los sistemas jurídicos contribuye a una administración de justicia más equitativa; De Sousa, desde una perspectiva más amplia, examina cómo las formas de conocimiento de normas culturales indígenas pueden coexistir con las tradiciones jurídicas legales. (Martínez, 2023, p. 116). Desde el punto de vista de la teoría de Sousa, se sostiene que el sistema jurídico no debería limitarse a un único conjunto de reglas, sino que debería reconocer y adaptarse a las muchas tradiciones culturales y sistemas jurídicos existentes en una sociedad. Por tanto, el pluralismo, en el ámbito del derecho, aboga por una mayor flexibilidad y apertura en la interpretación y la aplicación de la ley.

La teoría de la interlegalidad. Esta afirma que los diferentes sistemas jurídicos deben interactuar cooperativamente para lograr justicia y equidad. Sobre esto, los investigadores Sally Engle Merry (1998, p. 889.) y Yves Dezalay (2003, p. 210.) indican cómo, los sistemas jurídicos, podrían coexistir y colaborar entre sí de manera eficaz. Merry, se ha centrado en la interlegalidad en un contexto global. Para ello, examinó de qué manera las normas jurídicas podrían entrelazarse en diversas comunidades. Dezalay ha abordado la investigación de la interacción de los sistemas jurídicos en la esfera transnacional, desde el análisis sobre cómo las tradiciones jurídicas podrían colaborar para alcanzar objetivos comunes. (Cruz Rodríguez, 2014, p. 87). Este tipo de contribución de experiencias, profundiza la comprensión de cómo se podría

utilizar la interlegalidad como una herramienta para promover sistemas jurídicos más inclusivos y justos.

## **2. Definición de la interculturalidad y el pluralismo jurídico**

En el ámbito del derecho constitucional de Ecuador, la interculturalidad y el pluralismo jurídico son principios esenciales que representan la diversidad cultural y normativa del país. Estos principios, a su vez, desempeñan un papel importante en la interpretación de la ley penal. Esta comprensión demuestra que es necesario tomar en cuenta las perspectivas culturales y las cosmovisiones propias de las comunidades indígenas y/o pueblos nativos. Estos conceptos reconocen la existencia de diversos sistemas de valores y creencias en las sociedades que incorporan las perspectivas y tradiciones de las comunidades indígenas, pueblos nativos y mestizos, y promueven la inclusión en el ámbito jurídico. (Restrepo Medina, 2020, p. 9). Por tanto, la interculturalidad se entiende, como la aceptación y apreciación de la diversidad cultural, que interactúan entre sí, respetando las visiones únicas de los contextos de cada comunidad, evitando imponer normas universales que no tengan en cuenta esta diversidad.

El pluralismo jurídico hace referencia a la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo territorio. Este pluralismo incluye el derecho ordinario y los sistemas autónomos de las comunidades indígenas. La coexistencia de sistemas normativos presenta un desafío significativo en el ámbito penal, ya que las diferentes comunidades pueden tener percepciones diferentes sobre el delito y las sanciones correspondientes. (Tusseau, 2020, p. 56). La inclusión de la pluralidad jurídica, en la interpretación constitucional, demuestra cuán importante es la inclusión de estas múltiples perspectivas en la normativa. Este proceso evitaría la imposición de una única opinión jurídica y respetaría la diversidad de enfoques para alcanzar la justicia y la resolución de controversias.

Por consiguiente, las reformas constitucionales en Ecuador, si bien representan un avance significativo hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, plantean preguntas sobre si estas modificaciones van más allá de la mera conceptualización del multiculturalismo, y abren ruta hacia una verdadera interculturalidad que modifique las relaciones de poder preexistentes. La preocupación es si la normalización de las prácticas culturales indígenas dentro del sistema jurídico ordinario, simplifica la diversidad y perpetúa las estructuras de poder dominantes, en lugar de promover un diálogo genuino entre los diferentes sistemas normativos.

En consecuencia, el reto que enfrenta Ecuador de reconocer la interculturalidad y aplicar el pluralismo jurídico, de manera que estos principios conduzcan a una transformación profunda y positiva de la sociedad y del Estado, va más allá de su reconocimiento nominal en la legislación. Esta visión diferente trae consigo la aplicación de un proceso continuo y proactivo de diálogo y cooperación entre todas las facciones de la sociedad. Este proceso debe asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas, en la administración de justicia y en la creación de un marco jurídico propio, que refleje verdaderamente su identidad y riqueza cultural.

Por tanto, el reconocimiento de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en Ecuador, constituyen pasos significativos hacia la construcción de una sociedad que valora y respeta la riqueza de su diversidad cultural. Sin embargo, la aplicación efectiva de estos principios depende de un compromiso activo y continuo que va más allá de las reformas constitucionales, se trata de impulsar la transformación de las estructuras sociales, políticas e institucionales. Este reconocimiento garantiza no sólo más justicia y equidad, también, una mayor cohesión social de una sociedad caracterizada por su diversidad.

### **3. Relación entre interculturalidad, pluralismo jurídico y derecho constitucional**

La interacción entre la interculturalidad, el pluralismo jurídico y el derecho constitucional en Ecuador muestra una dinámica compleja y multifacética que explica de qué manera la diversidad cultural y la coexistencia de varios sistemas jurídicos son reconocidos y gestionados dentro del marco constitucional. La interculturalidad, definida como la aceptación y apreciación de la diversidad cultural, requiere una reorientación de las políticas y prácticas estatales para promover el diálogo y la comprensión mutua entre diferentes culturas. Para alcanzar esta meta, es necesario adaptar el sistema jurídico, para que este, respete y refleje las visiones del mundo de las comunidades indígenas y otros grupos sociales, con el fin de reconocer la pluralidad de identidades y la coexistencia de los sistemas normativos en el país.

El pluralismo jurídico se hace evidente en que la Constitución reconoce la existencia de sistemas normativos indígenas autónomos que funcionan, en paralelo del sistema jurídico convencional. Con esta visión, Ecuador reconoce y legitima las prácticas jurídicas indígenas en la resolución de conflictos internos y en la reglamentación de la vida comunitaria, lo que constituye un paso importante hacia la inclusión de la diversidad normativa en el marco jurídico del país.

Al respecto, la interculturalidad y el pluralismo jurídico representa una gran relevancia de progreso dentro de una sociedad caracterizada por la inclusión, equidad y respeto hacia la diversidad cultural. Desde este punto de vista, las reformas constitucionales en Ecuador tienen por objeto institucionalizar los principios citados en estas líneas. A la par, estos otorgan derechos colectivos a las nacionalidades y pueblos indígenas, donde a través de estas reformas pretenden reformar la estructura estatal y jurídica, con el fin de abordar la diversidad étnica y cultural del país, para construir un Estado y una sociedad inclusiva de las culturas.

Este interculturalismo y pluralismo jurídico en el sistema jurídico ecuatoriano desempeñan un papel crucial para evitar la homogeneización de la aplicación jurídica. Las sociedades caracterizadas por la diversidad cultural, en las que coexisten diversos sistemas normativos y visiones del mundo, basados en sus tradiciones culturales, podrían derivar en la marginalización y discriminación, de algunos grupos humanos, si se impone un enfoque jurídico excluyente. El ejercicio de la autonomía y de las prácticas jurídicas indígenas debe respetar los principios constitucionales y los derechos humanos, en consonancia con la diversidad cultural. Esta interpretación de la ley penal se caracteriza por ser inclusiva y favorable a los derechos. ( Fernández, et al., 2020, p. 161).

Además, la interculturalidad y el pluralismo jurídico contribuyen al fortalecimiento de la participación ciudadana y al empoderamiento de las comunidades locales. La participación activa de estas comunidades, en la administración de la justicia, fortalece el entramado social y fomenta el compromiso de responsabilidad compartida en la creación de un marco jurídico que refleje, de manera auténtica, la diversidad de la nación. Este proceso participativo no solo contribuye al fortalecimiento de la confianza en el sistema jurídico, promueve, también, un sentimiento de pertenencia y cohesión social, genera una sociedad en la que todos los individuos se sienten reconocidos y valorados, sin que sus identidades culturales sean un factor en contra.

Por tanto, la aplicación efectiva de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional del derecho penal enriquece el marco jurídico de Ecuador, y, también, establece un importante precedente para que otras naciones afronten retos similares, en términos de diversidad cultural y social. Cuando las sociedades reconocen las discrepancias culturales y normativas, facilitan el desarrollo del diálogo intercultural constante y beneficioso. Este puede servir de ejemplo e incentivar a otras comunidades a valorar

la diversidad como un recurso de gran importancia. En última instancia, estos principios constitucionales no solo contribuyen a la construcción de un sistema jurídico más equitativo, sino que también influyen en la configuración de una sociedad que aprecia y reconoce la diversidad como un activo valioso, promoviendo así un camino hacia un futuro más inclusivo y armonioso. (Walsh, 2012, p. 4).

#### **4. Fundamentos constitucionales de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en Ecuador**

La Constitución de Ecuador reconoce los principios de interculturalidad y pluralismo jurídico. Este marco jurídico refleja la abundancia y variedad cultural de la nación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la carta magna, Ecuador se define como un Estado que se rige por una Constitución que garantiza los derechos y la justicia, la normativa destaca el carácter social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural y plurinacional del país. (Constitución: 2008, p. 8). Cada uno de estos términos son de gran relevancia para la interpretación de la legislación penal en el país, en el marco de la ley principal del país

La denominación de Estado intercultural y plurinacional llama la atención sobre la existencia de diversas identidades y tradiciones en su territorio. El país reconoce la diversidad cultural como un elemento importante y esencial para la construcción de la identidad nacional. En el artículo 57 de la Ley se lee que este reconocimiento no solo implica un progreso en términos de inclusión, sino que también funciona como un símbolo de igualdad cultural y respeto hacia las diferencias, el Estado promueve la tolerancia y la comprensión entre las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades del país. (Constitución, 2008, p. 28).

Un aspecto fundamental, abordado en el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana, es la afirmación del derecho

de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de los límites de sus territorios. (Constitución, 2008, p. 94). Este artículo reconoce las prácticas y sistemas normativos de estas comunidades, la Constitución autoriza la administración de justicia de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Este enfoque garantiza la salvaguarda de las tradiciones culturales y la autonomía jurídica de las comunidades indígenas, una determinación que contribuye a la preservación del patrimonio cultural y de la identidad distintiva de las comunidades indígenas de Ecuador.

La ley nacional también tiene un enfoque inclusivo porque reconoce la importancia de la participación de la mujer en las funciones y decisiones en la jurisdicción indígena. Este reconocimiento promueve el empoderamiento de las mujeres en sus comunidades, fomenta la equidad en la toma de decisiones y fortalece el entramado social. La participación activa de las mujeres, en los procesos de adopción de decisiones, es esencial para construir sociedades justas y equitativas, y el reconocimiento constitucional de estos derechos, es un paso importante hacia la igualdad de género en las esferas jurídica y social.

Constitucionalmente, esta interculturalidad y pluralismo jurídico adquieren, en un marco jurídico fundamentado en la diversidad y el respeto hacia las tradiciones, en un compromiso sólido con la inclusión, la equidad de género y la salvaguarda de la identidad cultural de las comunidades indígenas. Estos principios constitucionales construyen los cimientos de una sociedad ecuatoriana que busca la justicia, la inclusión y el respeto hacia la diversidad que reconoce, valora y protege todas las identidades que comparten el territorio del país, siempre en el marco jurídico nacional.

## **5. Jurisprudencia e interpretación constitucionales de la ley penal.**

El proceso constitucional en Ecuador ha sufrido una evolución hacia el paradigma intercultural y plurinacional, desde la promulgación de la Constitución de 2008. El país enumera, en su historia, la promulgación de 20 constituciones, aunque desde la norma de 2008, el país cambia su visión radicalmente y decide reconocer para sí, el modelo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, paradigma que surge como respuesta a las demandas populares y de los movimientos sociales. Este fenómeno también se dio Bolivia y Venezuela, está conceptualizado como un constitucionalismo andino sui generis, adaptado a la complejidad y la realidad de la región, sus visiones están influenciadas por partida doble; la colonización y el sincretismo indígena. Además, se considera que la incorporación de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana representa un firme mandato a favor de la equidad social y la protección del medio ambiente, lo que la distingue como la primera constitución de carácter ecológico a nivel mundial. (Velázquez, 2014, p. 224)

La incorporación de los derechos de la Naturaleza, los principios del Buen Vivir y la Madre Tierra, en la Constitución del Ecuador constituye un avance significativo en la interpretación de la legislación penal, particularmente en situaciones que se refieren a la comisión de delitos con motivaciones culturales. Este logro constitucional no sólo reconoce la estrecha relación existente entre la naturaleza y la cultura, además, establece un marco conceptual que permite abordar de manera adecuada los aspectos culturales en la puesta en marcha de la legislación penal. La interpretación constitucional adquiere mayor complejidad, ya que considera a la diversidad cultural, como un factor fundamental para la solución de controversias jurídicas. (Ruiz, 2014, p. 123). En este sentido, al reconocer la interrelación inherente entre la naturaleza y la cultura, cuando ésta es reconocida, se establece un marco conceptual que

trasciende la mera obediencia de las leyes formales, además, aborda, de manera integral, las complejidades de los delitos motivados por la cultura, esto involucra no solo la evaluación de la legalidad de los actos en cuestión, incluye la comprensión de ese contexto cultural y las dinámicas subyacentes que puedan estar presentes en estos acontecimientos.

La interpretación constitucional en este contexto tiene como objetivo no sólo la aplicación rigurosa de la ley, sino también la salvaguarda de la justicia en términos culturalmente sensibles y respetuosos de los derechos humanos. La convergencia entre el ámbito del derecho penal y la diversidad cultural adquiere una relevancia fundamental en aras de garantizar que las resoluciones judiciales no sólo se basen en la legalidad, sino también en la equidad y en la comprensión de las intrincadas manifestaciones culturales que pueden estar implicadas en casos de delitos con motivos culturales.

Dentro del ámbito de la interpretación constitucional de la legislación penal en casos de delitos motivados culturalmente, destaca la relevancia del principio de interpretación conforme en la jurisprudencia constitucional del Ecuador, donde se establece que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Constitución, 2008, art. 427).

Este enfoque tiene como objetivo principal asegurar la conformidad de las normas con la Constitución, pero también adquiere una importancia significativa cuando se tiene en cuenta la diversidad cultural y sus consecuencias en la implementación del derecho penal. La doctrina de la interpretación conforme, al evitar la declaración de inconstitucionalidad siempre que sea posible, se

convierte en un importante mecanismo para alinear las normas con los principios constitucionales sin excluir completamente las disposiciones del sistema jurídico. De este modo, el mencionado principio se presenta como una herramienta esencial para reforzar la coherencia normativa en el ámbito del derecho penal, posibilitando una interpretación justa y equitativa de las leyes, tomando en cuenta las particularidades culturales de las comunidades implicadas en casos de delitos con motivación cultural.

La Corte Constitucional de Ecuador, en su función crucial para el Estado constitucional de derechos y justicia social, desempeña un papel fundamental en la interpretación constitucional del derecho penal. La competencia de la institución en cuestión se extiende a la revisión de la constitucionalidad de todas las normas del sistema jurídico, tanto de forma directa como indirecta mediante el ejercicio de acciones de garantías jurisdiccionales. Dentro de este contexto, la interpretación conforme emerge como una herramienta adaptable que faculta a la Corte para adoptar decisiones en el ámbito del control concreto o abstracto de constitucionalidad, lo cual contribuye a un sistema jurídico que salvaguarda las diversas manifestaciones culturales y asegura que las leyes penales sean interpretadas de forma sensible a la identidad y valores de todas las comunidades presentes en el país.

Al respecto, la historia del control de constitucionalidad en Ecuador contabiliza tres momentos: primero, la época parlamentaria, Congreso; segundo, el establecimiento y consolidación del Tribunal Constitucional, 1945; y, tercero, la etapa presente: de los desafíos para la institucionalización del Estado, desde 1996 hasta el presente. Las atribuciones de la Corte Constitucional fueron preparadas y otorgadas en la tercera etapa. La Constitución de 1998 dio, a los jueces, la potestad de realizar declaraciones de inconstitucionalidad, ante diferentes consultas, esta capacidad consolida la preeminencia de la Corte Constitucional, como la máxima intérprete del ordenamiento jurídico ecuatoriano, de acuerdo con los lineamientos de la Constitución en vigencia. (Grijalva, 2011, p. 172).

## **6. Principios de la Constitución e interpretación pluralista de la Ley penal**

En consonancia con los principios constitucionales, la adopción de un enfoque intercultural y pluralista, en la interpretación de la Ley penal de Ecuador, significa un progreso notable en el reconocimiento y respeto de la diversidad jurídica y cultural en el país. Este enfoque representa un compromiso con la inclusión social y la justicia que permite la coexistencia de sistemas normativos enriquecedores del tejido social y jurídico nacional, frente al desafío que traen consigo las concepciones tradicionales de la soberanía jurídica convencional. (Díaz Ocampo, 2018, p. 374). La inclusión de la pluralidad jurídica en la Constitución de 2008, es la demostración clara del cambio de paradigma; del monismo jurídico al pluralismo jurídico; este viraje garantiza los mismos derechos y oportunidades para la diversidad cultural nacional.

En el contexto del enfoque pluralista e intercultural que caracteriza a Ecuador, el principio de igualdad ante la ley subraya la importancia que tiene el hecho de garantizar que todos los individuos tengan acceso equitativo a la justicia; independientemente de su origen cultural. Esto significa que todas las partes implicadas en un proceso penal podrán acceder a las mismas oportunidades para vigilar sus derechos y presentar argumentos de manera efectiva. Para alcanzar este ideal es necesario que traductores y peritos antropólogos conozcan las comunidades y sean vehículos de confianza para fortalecer la comprensión recíproca y la correcta administración de justicia. (Constitución, 2008, art. 76, numeral 7, literal f). Los profesionales tienen la misión de promover la comunicación entre las partes y el sistema judicial, para que los ambos sectores tomen decisiones judiciales basadas en la completa comprensión de las circunstancias culturales y con los valores contextuales de cada caso.

Al respecto, el principio de *non bis in idem*, (Constitución, 2008, arts. 76, numeral 7, literal I), en el marco del reconocimiento de la pluralidad jurídica, sirve como una salvaguarda vital para los individuos, ya que los protege del sometimiento a varios juicios por un mismo delito.. Esta afirmación trae consigo un reconocimiento explícito de la validez y el propósito de las decisiones dictadas por las jurisdicciones indígenas, lo que fortalece la autonomía de estas comunidades para la administración de su propia justicia. La prohibición del análisis, de parte del sistema jurídico convencional, de los fallos de la jurisdicción indígena, se salvaguarda la integridad y la autoridad de las decisiones tomadas por esas comunidades, se fortalece el funcionamiento de estos sistemas y se evita la injerencia externa que podría socavar la autonomía y legitimidad de este sector. Este principio no sólo tiene por objeto asegurar la coexistencia pacífica entre los diferentes sistemas jurídicos, a la par, promueve el respeto mutuo y la preservación de la diversidad cultural, reconoce la validez y la autoridad de las tradiciones y prácticas jurídicas de las comunidades indígenas, en el ejercicio de su soberanía jurídica en sus territorios.

Además, el principio a favor de la jurisdicción indígena (Constitución, art. 171), respalda la autonomía de las comunidades indígenas y su capacidad para ejercer su derecho consuetudinario, mediante el establecimiento y la aplicación de la justicia indígena en casos que despierten duda sobre su competencia. Esta determinación, refuerza, la legalidad y legitimidad de las normas y procedimientos específicos de estas comunidades, en la resolución de controversias, refuerza las identidades culturales y su autoridad interna, garantiza que las decisiones judiciales sean adoptadas en el marco de la jurisdicción indígena, cuando se presenten situaciones ambiguas, se preserva la integridad de las prácticas jurídicas ancestrales y se promueve la conservación de la diversidad cultural en el sistema jurídico del país. Con este principio, hay un respeto y salvaguarda de la autonomía de las comunidades indígenas, en cuanto se refiere a la aplicación de sus propias

leyes y tradiciones. Además, refleja un compromiso con la justicia intercultural y la preservación de la identidad cultural de las comunidades indígenas, al tiempo que promueve la igualdad y el acceso a la justicia para todos los ciudadanos, independientemente de su origen étnico o cultural.

En este sentido, el principio de la interpretación intercultural se base en el criterio de que los agentes de justicia deben tener en cuenta las normas y costumbres indígenas, en los contextos culturales específicos para evitar interpretaciones prejuiciosas, desde una perspectiva etnocéntrica que podría distorsionar el verdadero significado y el propósito de estas prácticas. (Ocampo, Antúnez; 2017, p. 20). Este enfoque tiene por objeto promover una comprensión más profunda y respetuosa de la diversidad de los sistemas normativos existentes en Ecuador, busca reconocer la riqueza en la administración de justicia de las comunidades indígenas, permite una integración más eficaz de estos sistemas denle el marco jurídico convencional, y permiten la coexistencia armónica de estos sistemas.

### **7. Experiencias de la interpretación constitucional intercultural y pluralista**

Caso La Cocha. Este caso ocurrió en la comunidad *kichwa*, Panzaleo, ubicada en la provincia de Cotopaxi. El 9 de mayo de 2010 fue asesinado Antonio Olivo Palio. Las autoridades indígenas de La Cocha y Guantopolo juzgaron el crimen. Concluyeron que cinco jóvenes fueron culpables y aplicaron sanciones, de acuerdo con el sistema de justicia tradicional. Los culpables recibieron baños con agua helada y azotes con ortiga, como símbolos de purificación. Uno de los acusados, Orlando Quishpe, fue expulsado de Zumbahua durante cinco años. La interacción entre la justicia indígena y la ordinaria fue compleja. Las autoridades estatales intervinieron este acto de justicia indígena, esta acción provocó tensiones y derivó en la detención temporal de los líderes comunitarios.

A nombre de la víctima asesinada, su hermano Víctor Manuel Olivo Palio criticó el proceso, con el argumento de que el hecho atravesó por un doble juicio. Además de la justicia indígena, fue sometido a la jurisdicción ordinaria. La situación puso en tela de juicio la validez de las determinaciones nativas y la autonomía de la jurisdicción indígena, en el marco de la normativa ordinaria.

La Corte Constitucional de Ecuador examinó el caso a la luz de dos cuestionamientos: ¿las autoridades indígenas actuaron, en su jurisdicción, con respecto a los derechos humanos? y, en segundo lugar, ¿las autoridades estatales respetaron, debidamente, las decisiones de la justicia indígena? La Corte reconoció el carácter multicultural y plurinacional del Estado, la competencia de la Asamblea General de las comunidades de La Cocha y Guantopolo para gestionar los conflictos internos, hizo una distinción entre los bienes jurídicos que corresponden a la justicia indígena y al nivel ordinario. Al final, los representantes estatales concluyeron que la justicia indígena tiene el propósito de restablecer la armonía comunitaria ante los conflictos, sin centrar su vista, únicamente, en la vida humana como bien jurídico.

La importancia de esta sentencia reside en que fue el primer caso que sentó un precedente para la Corte Constitucional. La institución abordó el concepto de pluralismo jurídico para Ecuador. Desde este caso, se consideran los criterios esenciales de interpretación, en el marco del pluralismo jurídico y la interculturalidad, estos criterios incluyen la valoración crítica de la cultura local, el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena, en relación con la cultura mestiza mayoritaria, la influencia de las comunidades en la estructura social y comunal, entre otras consideraciones sociales y culturales. Un punto esencial que destaca la sentencia ordinaria es que la interpretación la Ley no puede plantear un límite en el reconocimiento de las costumbres y usos de los pueblos indígenas.

El citado fallo reconoce la existencia de un ámbito intangible en esta materia, relacionado con el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, contexto que no puede ser regulado por la ley occidental, debido a que esto podría comprometer su preservación y debilitar la valiosa herencia cultural. Por esto, dicho fallo sugiere que el marco jurídico ecuatoriano debe encontrar un equilibrio entre los sistemas de aplicación de justicia, a favor de la diversidad y el pluralismo de visiones.

La citada conclusión enfatiza, además, que el derecho penal, en los casos de aplicación de la justicia indígena debe ser intercultural. La justicia indígena está regida por un conjunto de normas y principios propios diferentes del sistema judicial convencional. La interpretación de las visiones indígenas debe ser respetada por la justicia del Estado ecuatoriano y, a la vez, debe estar enmarcada en las normas nacionales y los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el país.

En su fallo, la Corte Constitucional determinó que no hubo una violación de los derechos constitucionales, reconoció la autoridad y competencia de la Asamblea general comunitaria, como instancia de justicia indígena debidamente habilitada. Además, destacó el enfoque particular adoptado por dicha Asamblea, cuando abordó el asesinato, con énfasis en las percepciones sociales y culturales de la comunidad. También es importante destacar que la Corte Constitucional ha establecido que este caso no produjo el principio del *non bis in ídem* o doble juzgamiento porque la Asamblea no ha basó sus resoluciones en un mecanismo de protección de bienes jurídicos<sup>1</sup>. Al contrario, la justicia ordinaria, con sus atribuciones constitucionales y legales, protegió estos bienes jurídicos.

La sentencia emitió criterios de cumplimiento obligatorio porque la jurisdicción y competencia para casos que involucren violaciones a la vida están reservadas, exclusivamente, para

1

Los bienes jurídicos son, entre otros: la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad y la salud.

el sistema de derecho penal ordinario, incluso en situaciones relacionadas con miembros de las comunidades indígenas. Sin embargo, la justicia ordinaria reconoció que la administración de justicia indígena no perdió su jurisdicción sobre los conflictos internos, de las comunidades, en su ámbito geográfico. El fallo exhortó a las autoridades del sistema de justicia penal convencional a que apliquen las disposiciones estipuladas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que ampara a las personas indígenas. (Sentencia 113, 2014, p. 15).

**Caso Waorani.** La Sentencia No. 112-14/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, examina los hechos que ocurrieron en marzo de 2013 en la comunidad de Yarentaro, en la provincia de Orellana. Donde dos ancianos de la nacionalidad waorani, de nombres Ompore Omehuai y Buganei Caiga, fueron asesinados con lanzas por miembros de las comunidades indígenas tagaeri taromenane. En respuesta, los parientes de los dos ancianos asesinados, entraron en el territorio de estos pueblos Tagaeri Taromenane, y ocasionaron la muerte de varias personas de esta comunidad.

El 27 de noviembre de 2013 comenzó el proceso judicial, por el crimen de genocidio, contra varios miembros de la comunidad waorani y se ordenó la prisión preventiva de Quimontari Orengo Tocari Coba, Omeway Tega Boya Guinegua, Kaguime Fernando Omeway Dabe, Tague Caiga Baihua, Wilson Enrique Baihua Caiga, Cahuiya Ricardo Napahue Coba y Velone Emou Tañi Paa. En consecuencia, el 4 de diciembre, unos días después del inicio de dicho proceso, los detenidos presentaron una solicitud de habeas corpus ante la Corte Provincial de Justicia de Orellana, alegando que la privación de libertad provocaba deterioro en su salud física y mental, esto puso en peligro sus vidas, como hombres libres nacidos en la selva, que estaban separados de su hábitat natural, ya que vivían de la caza y la pesca para su sustento. Además, señalaron que las condiciones del centro de rehabilitación eran perjudiciales

para su bienestar físico y psicológico, debido a su incapacidad para adaptarse a un entorno que no se alineaba con su cultura y costumbres. Esta solicitud de habeas corpus fue negada con el argumento de que estas personas habían cometido un delito.

El contexto y marco constitucional del fallo se centra en las visiones de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana. Concretamente, la nacionalidad waorani, contactada recientemente, y, los tagaeri taromenane, quienes se mantienen en aislamiento. La realidad cultural de estas comunidades está vinculada con los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. Por ello, tienen derecho a un tratamiento jurídico específico, según lo establecido en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este enfoque diferenciado aborda las complejidades propias de las situaciones en las que se produce un contacto forzado o un aislamiento voluntario.

En efecto, la Corte Constitucional, al examinar el habeas corpus negado por la Corte Provincial de Justicia de Orellana, estableció criterios importantes sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular los pueblos recientemente contactados y los de aislamiento voluntario. La Corte subrayó la necesidad de respetar la libre determinación y las especificidades culturales de estas comunidades, incluido su derecho a no tener contacto y su integración con el medio ambiente. Cualquier interacción no iniciada por ellos mismos podría violar sus derechos, incluyendo el derecho a la vida, la libertad personal y la integridad física y cultural.

La Corte destacó, además, cuáles son las presiones a las que se enfrentan estas comunidades, por las actividades extractivas y la expansión de la frontera agrícola y petrolera, en sus territorios. En consecuencia, la entidad judicial concluyó que era necesario interpretar y aplicar las garantías y procesos judiciales, desde una perspectiva intercultural, respetando las estructuras y leyes específicas de los pueblos indígenas, en armonía con los derechos humanos.

En este sentido, la Corte Constitucional determinó, como parámetros para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, en aislamiento o contacto reciente: fortalecer el enfoque intercultural en los órganos jurisdiccionales, en conjunto con las autoridades indígenas, y garantizar que las políticas públicas en los centros de privación de libertad para personas indígenas de reciente contacto sean culturalmente adaptables, a través de un diálogo con las autoridades indígenas. La Corte enfatizó en la necesidad de llevar a cabo una interpretación intercultural de los procesos judiciales penales que involucran a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus costumbres, tradiciones y derechos culturales. Igualmente, propone la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación que respeten la visión del mundo de los pueblos voluntariamente aislados y recientemente contactados, a fin de evitar que se separen de su entorno social y colectivo. En última instancia, también plantea la elaboración de parámetros destinados a prevenir esos actos de violencia y aplicar medidas estructurales para una coordinación efectiva entre las autoridades estatales e indígenas, respetando al mismo tiempo los principios de interculturalidad y plurinacionalidad. (Sentencia No. 112-14-JH/21, 21 de julio de 2021, p. 42).

**Caso Tambopamba.** La Sentencia No. 1-12-EI/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana emite su resolución sobre los hechos ocurridos el 18 de mayo de 2012 en la comunidad indígena de Tambopamba, cantón Saraguro, provincia de Loja. En esa fecha, fue descubierto un desvío de fondos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Economía del Sur (Ecosur). Jorge Daquilema Contento Paqui, gerente encargado de Ecosur, había desviado 23.437,89 dólares de la Cooperativa hacia sus cuentas personales, aunque este directivo alegó que había sido estafado porque, supuestamente, invirtió dichos recursos en una empresa que resultó ser fraudulenta. Tras conocer la situación, los habitantes de Tambopamba convocaron a una Asamblea General, para el 11 de mayo de 2012.

En esa ocasión, Daquilema, pidió una prórroga para liquidar la deuda, la Asamblea general de la comunidad acordó que la devolución del dinero se realizaría en cuotas mensuales de 300 dólares, deducidas del sueldo de la madre del acusado, Mariana de Jesús Paqui González, quien es profesora. La reunión indígena acordó, también la suspensión del proceso de investigación que realizaba la Fiscalía de Asuntos Indígenas del cantón Saraguro. Sin embargo, el 24 de julio de ese año, los indígenas conocieron que la Fiscalía no había hecho caso a esta decisión. Ante esto, los indígenas convocaron a una nueva asamblea que se realizó el 8 de septiembre. Esa reunión terminó con la determinación de que la madre firmaría, como garantía de pago, una letra de cambio.

La Asamblea General de la comunidad, como un espacio de resolución de conflicto, se lleva a cabo en varias etapas: *willachina* (notificación de los conflictos); *tapuykuna* (investigación y recojo de pruebas); *chimbapurana* (confrontación y audiencia pública); *killpichirina*; (deliberación y decisión de sanción); y *paktachina* (control del cumplimiento de las sanciones). Estos procedimientos se basan en los enfoques restaurativo y consensuado que tienen el propósito de conservar la armonía y el bienestar colectivo. Paralelamente, este modelo se ajusta a las estructuras legales y culturales específicas de la comunidad.

No obstante, tras la asamblea de mayo, la señora Paqui ya había rechazado la determinación de la asamblea que afectaba sus ingresos personales. Por ello, el mismo 11 de mayo presentó una acción extraordinaria ante el sistema jurídico ordinario con el argumento de que la determinación de la Asamblea violentaba sus derechos constitucionales esenciales; como el debido proceso y la seguridad jurídica. El documento presentado por la madre del acusado señalaba que: ni ella ni su hijo fueron juzgados por un juez competente, por lo que se violó el principio de legalidad y la competencia jurisdiccional. Además, continúa el texto, ella y él fueron presionados y coaccionados durante el proceso indígena, argumento que sembró la duda sobre la validez del consentimiento que, supuestamente, había dado ella para resolver el problema.

Al respecto, el señor Luis Antonio Sarango Tene, excoordinador de la Justicia comunitaria y actual presidente del Cabildo de la comunidad de Tambopamba, y el señor Ángel Benigno Guamán González, expresidente del Cabildo de Tambopamba, aseguran que el proceso fue válido, acorde con las tradiciones y el derecho consuetudinario de la comunidad. Guamán aseguró que las autoridades indígenas actuaron de manera legítima y competente, añadió que Paqui participó voluntariamente de la citada reunión y aceptó las resoluciones indígenas, como prueba de que los mecanismos de resolución de controversias, de la justicia comunitaria, se enmarcan en las normas que protegen los derechos humanos.

En efecto, la Corte Constitucional de Ecuador evaluó como válidos los procedimientos aplicados por el sistema de justicia indígena de Tambopamba, destacando su alineación con las tradiciones de la comunidad y el derecho consuetudinario, al tiempo que ha garantizado el respeto de los derechos constitucionales y el debido proceso. La Corte reconoce la legitimidad de estas prácticas, por estar bajo los parámetros de la Constitución que garantiza a las comunidades indígenas el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales basadas en sus tradiciones ancestrales, además, tomando como positivo el enfoque restaurativo y colectivo de la justicia indígena, que prioriza la reconciliación y el restablecimiento de la armonía social sobre los severos castigos.

Igualmente, la Corte confirmó la competencia de la Asamblea de la Comunidad de Tambopamba para juzgar el caso, reconociendo que la asamblea actuó dentro de su jurisdicción y de conformidad con sus tradiciones y derecho consuetudinario, lo que refleja la autonomía de la jurisdicción indígena reconocido en un Estado plurinacional como en el caso de Ecuador. Adicionalmente, la Corte subrayó la necesidad de equilibrar las prácticas tradicionales con los derechos constitucionales, asegurando que no se violarán principios esenciales como el debido proceso y la seguridad

jurídica. En este caso se destaca la importancia de respetar la autonomía cultural y el diálogo intercultural, permitiendo a las comunidades indígenas gestionar sus asuntos internos, al tiempo que se garantiza la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. (Sentencia No. 2-16-EI/21, 8 de diciembre de 2021, p. 36)

**Caso Totoras.** La Sentencia No. 2-16-EI/21, dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana, corresponde a los hechos suscitados el 14 de noviembre de 2014 en la comunidad indígena de Totoras, del cantón Alausi, provincia de Chimborazo, donde una persona, cuya identidad se mantiene en reserva, ya que se trata de una víctima que, en ese entonces, tenía solo 14 años.

Esta persona fue víctima de abusos sexuales, aparentemente, por su primo Julio César Ortega Ortega, quien tenía 27 años. Cuando conocieron estos hechos, los padres de la víctima, informaron del incidente a los líderes comunitarios, pidieron una investigación y un castigo adecuado. La Asamblea de la comunidad, el 20 de octubre de 2015, presidida por Medardo Quijosaca Cajilema, asumió la responsabilidad de resolver el caso. Al finalizar el encuentro, la comunidad reconoció que Ortega había cometido el delito e impuso la pena de que este debía trabajar, un día a la semana, en la limpieza de la plaza principal de la comunidad Totoras, el mercado y dos centros educativos. También se le ordenó que pagara los gastos médicos de la víctima, y recibió castigos físicos: latigazos con ortiga y baños de agua fría, como formas de purificación y reflexión.

En paralelo, el 7 de septiembre de 2015, Bacilio Segundo Pomaina Pilamunga, representante de Visión Mundial de Ecuador, presentó una denuncia por el delito de violación ante la Fiscalía del cantón Alausi. El 24 de noviembre Medardo Quijosaca Cajilema solicitó a la Fiscalía la declinación de la competencia indígena, en este caso específico, petición que fue puesta en conocimiento de la Unidad Judicial del cantón Alausi, pero que fue rechazada.

El 15 de enero del siguiente año, el presunto violador, Julio César Ortega Ortega, presentó a la Unidad Judicial del cantón Alausí una nueva petición de declinación de competencia de la justicia indígena, solicitud que, también, fue rechazada, con el argumento de que solo las autoridades indígenas podían pedir esta declinación. Así, el 2 de febrero, José Pedro Quijosaca Tipán, presidente indígena de Totoras, reclamó, una vez más, la declinación de competencia por el hecho ya mencionado. Esta vez, la solicitud fue aceptada.

La Defensoría del Pueblo presentó, al respecto, una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, con la que impugnó la resolución de la justicia indígena y la competencia en este hecho específico. Para la Defensoría, la Asamblea general había violado múltiples derechos constitucionales de la víctima de agresión sexual. Por ejemplo: derecho a la educación, la salud, la atención prioritaria, el desarrollo integral, la integridad física y psíquica, la identidad, la tutela judicial efectiva, la protección especial y la reparación integral. La oficina estatal pidió que quedara sin efecto la resolución de la justicia indígena y del órgano jurisdiccional, pidió la aplicación de medidas de protección, acordes a la identidad cultural de la persona adolescentes y pidió el traslado del caso a la justicia ordinaria.

Los encargados de la Corte Constitucional realizaron un análisis de caso, desde el punto de vista de la autonomía de la justicia indígena, el pluralismo jurídico, y el interés superior de la víctima adolescente y respondió que la jurisdicción indígena gozaba de independencia para administrar justicia sobre hechos originados en su comunidad, siempre que no estuvieran en contra de los derechos fundamentales, garantizados por la Constitución. Sobre el pluralismo jurídico, la Corte señaló que, en el marco de la normativa ecuatoriana estaban garantizadas las jurisdicciones indígena y ordinaria. En relación con el principio del interés superior de la víctima, la Corte respondió que no quedó clara la vulneración de los derechos de esta persona, ya que la misma

víctima, en su comparecencia, ante esta Corte informó que la Asamblea de la comunidad, además de las sanciones, había dispuesto que el agresor ofreciera disculpas a la víctima, a los familiares y a la comunidad en general, y este acto, desde la cosmovisión indígena, simboliza el arrepentimiento y la reconciliación con la víctima y su entorno, como un espacio en el que se pone fin al conflicto. Bajo estas consideraciones, la Corte Constitucional desestimó la acción extraordinaria de protección, presentado por la Defensoría Pública y concluyó que la decisión de la justicia indígena, a pesar de que fue distinta a la de la justicia ordinaria, no había violado los derechos constitucionales del adolescente y, por lo tanto, no era necesario que la justicia ordinaria interviniera en este caso. (Sentencia No. 1-12-EI/21, 17 de noviembre de 2021, p. 28)

El enfoque de la Corte Constitucional de Ecuador a favor de la interculturalidad y el pluralismo jurídico se evidencia en las resoluciones de los casos: La Cocha, Waorani, Tambopamba y Totoras. La Corte intentó armonizar la aplicación del Código Penal con la cosmovisión indígena.

Este enfoque, además del reconocimiento a la jurisdicción indígena, propone reflexiones y desafíos importantes para observar los casos que involucran delitos graves; como asesinato o agresión sexual, ya que la entidad estatal debe lograr un equilibrio entre la protección de la autonomía indígena y la garantía de los derechos fundamentales, particularmente los de las víctimas.

## **8. Obstáculos y desafíos en la interpretación constitucional intercultural y pluralista en la Ley penal**

La implementación de una interpretación constitucional intercultural y pluralista en el Derecho Penal enfrenta varios obstáculos derivados de la complejidad de los contextos jurídicos, culturales y sociales de cada país. Uno de los desafíos primordiales reside en la diversidad cultural y legal, en la cual la coexistencia de diversos sistemas normativos como el

derecho consuetudinario indígena, puede dar lugar a conflictos con las leyes estatales, lo cual exige un equilibrio preciso para evitar contradicciones y asegurar la normatividad. (Reston, 2017, p. 752).

El desafío importante radica en la formación jurídica y cultural de los profesionales del derecho, en el que la falta de una formación adecuada en comprensión de la interpretación intercultural podría dar lugar a decisiones judiciales que reflejen de forma inexacta las realidades culturales de las comunidades indígenas. Para superar este desafío, es necesario realizar un esfuerzo sustancial en la capacitación continua de jueces y abogados, con el fin de que puedan abordar de manera sensible las complejidades interculturales.

El respeto a los derechos humanos emerge como un elemento fundamental de convergencia entre las prácticas culturales y los estándares internacionales, donde la interpretación pluralista debe lograr un equilibrio que asegure la integridad de los derechos humanos básicos, sin comprometerlos en el proceso de incorporación de perspectivas interculturales a la legislación penal.

La inclusión activa de las comunidades indígenas, en el proceso de elaboración y modificación de legislación penal, plantea una dificultad adicional. Al respecto, la ausencia de mecanismos inclusivos puede derivar en una carencia de representación y en la imposición de normas que no reflejan de manera adecuada los intereses y valores de dichas comunidades. ( Martínez, 2023, p. 20). La consulta y participación activa son elementos esenciales para lograr una implementación exitosa.

Por último, es importante resaltar la imperante necesidad de abordar las transformaciones en la mentalidad jurídica que se encuentra arraigada en los sistemas legales previamente establecidos. La introducción de este cambio de paradigma puede generar oposición, especialmente si se interpreta como

una amenaza potencial a la coherencia del sistema legal. El establecimiento de un compromiso constante por parte de los actores judiciales, legisladores y la sociedad en su conjunto resulta fundamental para la creación de vínculos entre sistemas legales y culturas diversas, este compromiso tiene como objetivo promover una interpretación constitucional intercultural y pluralista, que a su vez fomenta la justicia y el respeto a la diversidad.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

Interpretación constitucional y principios directivos. La revisión de la literatura y el análisis jurisprudencial subrayan que la interculturalidad y el pluralismo jurídico son considerados principios directores en la interpretación constitucional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional apoya constantemente la necesidad de respetar la diversidad cultural y los sistemas jurídicos propios de las comunidades indígenas.

Coordinación entre autoridades. La coordinación entre las autoridades estatales y las comunidades indígenas, como parte esencial de la interpretación intercultural, ha dado resultados variados. Si bien hay casos de colaboración eficaz, también hay casos en que la comunicación y la coordinación son insuficientes, lo que conduce a tensiones y desconfianza.

Aplicación en casos específicos. El estudio de casos proporciona una visión detallada de la aplicación de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en situaciones penales específicas. Se observa una adaptación desigual de los principios en diferentes contextos, y algunos casos demuestran la necesidad de una mayor sensibilidad cultural en la interpretación del derecho penal.

Reconocimiento de la autonomía jurídica de los indígenas. Se pone de relieve que, a pesar de los desafíos, se está reconociendo de forma progresiva la autonomía legal de las comunidades indígenas, en la cual, la jurisprudencia refleja casos en los que

se respeta la aplicación de normas y procedimientos jurídicos específicos de determinadas comunidades, siempre que sean compatibles con la Constitución y los derechos humanos.

Necesidades de capacitación y concienciación. Una constatación recurrente es la necesidad de formación y sensibilización, tanto para los agentes judiciales como para los representantes de las comunidades indígenas. Esto sugiere que una comprensión amplia de la interculturalidad y la diversidad jurídica requiere esfuerzos adicionales en la capacitación y la concienciación de todos los que participan en el sistema jurídico.

## **Discusión**

La mejora de la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional del Derecho Penal es crucial para el establecimiento de un sistema jurídico que refleje la diversidad cultural y garantice una justicia equitativa. Una de las propuestas esenciales consiste en fomentar un diálogo constante y realizar consultas activas con representantes de las comunidades indígenas durante el desarrollo y la revisión de legislaciones penales. Esto garantiza una participación directa, promoviendo la inclusión y la representatividad dentro del contexto legal.

La adopción de programas de formación intercultural de carácter obligatorio dirigidos a profesionales del ámbito legal, jueces, abogados y funcionarios del sistema judicial, representa una medida adicional de gran importancia. Este enfoque tiene como objetivo mejorar la comprensión de las realidades culturales, lo cual a su vez permite interpretaciones más informadas y sensibles en el ámbito legal.

El reconocimiento oficial de la pluralidad normativa que abarca la inclusión de los sistemas legales consuetudinarios indígenas es un aspecto fundamental, esto implica la implementación de mecanismos destinados a resolver posibles conflictos normativos, con el objetivo de dar prioridad a la coexistencia

pacífica de diversos sistemas legales. (Salgado, 2002, p. 24). La estrategia de difundir derechos y procedimientos legales a través de campañas educativas dirigidas a comunidades indígenas y a la sociedad en general es de vital importancia. Este enfoque no solo fortalece a las comunidades al permitirles adquirir conocimiento sobre los derechos, sino que también promueve su involucramiento activo en procedimientos legales.

La promoción de la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la justicia restaurativa, en conjunto con las prácticas tradicionales indígenas, constituye un avance significativo hacia enfoques más orientados hacia la reparación y la reconciliación.

La implementación exitosa de estas propuestas requiere un compromiso sostenido de las muchas partes interesadas involucradas, reconociendo la importancia de la diversidad cultural y el respeto por las cosmovisiones de las comunidades indígenas dentro del marco legal. Este enfoque integral y colaborativo es esencial para construir un sistema judicial más inclusivo y equitativo que responda adecuadamente a las necesidades y realidades de todas las comunidades.

## **12.2. Recomendaciones para futuras investigaciones**

La investigación acerca de la coordinación y colaboración entre el sistema de justicia penal estatal y los sistemas de justicia indígena y comunitaria revisten una importancia fundamental. La exploración de cómo estos sistemas podrían articularse y complementarse entre sí conducirá a una comprensión más profunda de cómo garantizar una justicia efectiva y respetuosa con los derechos de todos los involucrados. Es necesario identificar mecanismos que salvaguarden la autonomía de los sistemas jurídicos preexistentes y fomenten la cooperación en aras del bienestar colectivo de la sociedad.

El análisis de la utilización de la consulta previa en el ámbito penal es una esfera crucial de investigación, donde la consulta previa es un derecho básico de los pueblos indígenas, y comprender cómo se ha aplicado en contextos penales puede ayudar a identificar retos y oportunidades concretas para su uso efectivo. Este análisis debería tener en cuenta la pertinencia de la consulta previa en los casos que afectan a los derechos y territorios de estas comunidades. (Galvis Patiño & Ramírez Rincón, 2013, p. 139).

Es crucial examinar el impacto de los principios interculturales y pluralistas en la determinación de las penas y las medidas alternativas a la prisión. Investigar la incorporación de valores y enfoques culturales en la imposición de sanciones penales, al tiempo que se promueve la justicia restaurativa y se evita la discriminación, contribuiría a un sistema jurídico más equitativo y culturalmente sensible. Este enfoque puede contribuir a mitigar los problemas y asegurar que las sanciones sean congruentes con los valores de las comunidades implicadas.

## **Conclusiones**

La relevancia de la adopción de un enfoque integrador que reconozca y respete la diversidad cultural del país se evidencia en la interculturalidad y el pluralismo jurídico en la interpretación constitucional de la ley penal. La coexistencia de múltiples sistemas normativos que abarcan desde los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas hasta el marco jurídico estatal, exige una interpretación jurídica que logre una armonización cuidadosa entre ellos. La construcción de puentes entre los distintos sistemas es de vital importancia para lograr una justicia que refleje las realidades culturales y asegure derechos equitativos para todos los individuos.

Existe una imperante necesidad de promover la interculturalización de todas las instancias de justicia, iniciando

por el ámbito constitucional, la falta de comprensión de los agentes de justicia sobre el significado de la interpretación intercultural dentro del contexto de la plurinacionalidad puede generar conflictos entre la justicia ordinaria e indígenas y comprometer la legitimidad de las sentencias. En consecuencia, resulta imperativo fomentar una comprensión exhaustiva de los principios interculturales y pluralistas dentro del ámbito del sistema de justicia penal.

La Constitución del Ecuador define al país como un estado constitucional de derechos y justicia social (Constitución, 2008, art. 1), por lo que reconoce y aprecia la presencia de pluriculturalismo e interculturalidad en la sociedad. Esto implica que la interpretación constitucional de la Ley penal debe tener en cuenta y mostrar respeto hacia los valores, prácticas y cosmovisiones de los pueblos indígenas y otras comunidades culturales.

Resulta de suma importancia promover la coordinación y colaboración existentes entre el sistema de justicia penal estatal y los sistemas de justicia indígena y comunitaria. Esto implica la necesidad de encontrar mecanismos para articular y complementar dichos sistemas, con el fin de asegurar la aplicación de una justicia eficaz y respetuosa de los derechos de todas las partes involucradas. La adecuada coordinación entre los sistemas jurídicos es necesaria para evitar conflictos y fomentar la justicia inclusiva al aplicar una interpretación intercultural y pluralista en la Ley penal.

## REFERENCIAS

- Alavez, A. (2014). Interculturalidad: Conceptos, alcances y derecho. Cámara de Diputados.
- Constitución, de Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador [Registro Oficial 449].
- Cruz, E. (2014). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad. Criterio Jurídico.

- Díaz, E. D. (2018). El pluralismo jurídico en América Latina. Principales posiciones teórico-prácticas. Reconocimiento legislativo. Revista de la Facultad de Derecho de México: 68(271), 363-394.
- Díaz, E. D. Antúnez Sánchez, A. A. (2017). El derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano. Lex-Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas.
- Freire, P. (2006). Pedagogía de la tolerancia. México: Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y en el Caribe. CREFAL.
- Galvis, M. C. Ramírez Rincón, Á. M. (2013). Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Fundación para el Debido Proceso.
- Grijalva, A. (2011). Constitucionalismo en Ecuador. RisperGraf C.A.
- Llasag, R., Tello Toral, K. Zapata Carpio, A. (2020). Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador. Cahiers des Amériques latines, 94, Article 94.
- Martínez, J. C. (2020). Pluralismo jurídico manual para la práctica de la justicia intercultural (M. C. Fuchs, Ed.; Segunda edición). Konrad Adenauer Stiftung.
- Martínez, J. T. (2023). Tres décadas de la constitución de los derechos: Entre promesas y realidades. Universidad Externado.
- Merry, S. E. (1988), Legal Pluralism, en Law and Society Review, vol. 22, núm. 5, pp. 889-922
- Reston, M. I. (2017). Delito y diversidad cultural Una propuesta de solución para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa [Universitat Abat Oliba CEU]. file:///C:/Users/HP/Downloads/Tmir.pdf
- Restrepo, M. A. (Ed.). (2020). Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz. Universidad del Rosario.
- Salgado, J. (2002). Justicia indígena: Aportes para un debate. Abya Yala.
- Sentencia No. 1-12-EI/21. (2021, noviembre 17). Corte Constitucional del Ecuador [Caso No. 1-12-EI].
- Sentencia No. 2-16-EI/21. (2021, diciembre 8). Corte Constitucional del Ecuador [Caso No. 2-16-EI].
- Sentencia No. 112-14-JH/21. (2021, julio 21). Corte Constitucional del Ecuador [Caso No. 112-14-JH].
- Sentencia No.- 113-14-SEP-CC. (2014, julio 30). Corte Constitucional del Ecuador [Caso No.- 0731-10-EP].

- Tusseau, G. (Ed.). (2020). Comprendiendo la interculturalidad desde la perspectiva jurídica. Universidad del Rosario.
- Velázquez, J. M. V. (2014). Constitucionalismo verde en Ecuador: Derechos de la Madre Tierra y Buen Vivir. *Entramado*, 10(1), Article 1.
- Walsh, C. (2012). Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Yves. D. (2003.) La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados Latinoamericanos, ILSA/Universidad Bolivariana, Santiago.

**CONVOCATORIA**  
**Presentación de Artículos a las**  
**Revistas Científicas de la UASB (Sede Central)**

**1. Presentación y características de los artículos**

Las revistas científicas de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central), son publicaciones académicas de carácter arbitrado que aplican el sistema de evaluación externa por expertos (peer-review), bajo el método de pares ciegos (doble-blind review), basado en el sistema OJS (Open Journal Systems). Estos procedimientos garantizan la revisión objetiva e imparcial de los artículos, como parte de los estándares internacionales para la producción y difusión de publicaciones científicas.

Los artículos son considerados en dos etapas: Recepción (verificación de requisitos formales (formato, extensión, integridad y otros) y Evaluación (valoración de aportes y rigor académico).

**Categorías de las publicaciones:**

Investigaciones en Ciencias Pedagógicas  
Investigaciones en Ciencias Jurídicas  
Investigaciones en Ciencias Economías y Empresariales

**2. Plazo para la presentación y envío de los artículos**

El plazo para la recepción de los artículos de esta convocatoria, es el 30 de enero de 2024.

**3. De la postulación de artículos**

Se encuentran habilitados para postular artículos los doctorandos, maestrantes, posgraduantes, docentes y directores.

En el caso de artículos presentados por los doctorandos de la UASB, para ser acreditados dentro de los requisitos de cada programa, deben tener carácter individual y derivar de la Tesis de Grado que están desarrollando. Cada artículo que alcance la “aprobación de publicación”, recibirá una certificación equivalente a 5.5 créditos académicos, de conformidad al: parágrafo segundo del inciso c) de las: “Pautas sobre acreditación académica en programas de doctorado no escolarizados de la UASB”.

#### **4. Estructura, presentación, extensión y normas**

La redacción de los artículos debe ser clara y con correcta aplicación del lenguaje, siguiendo la estructura IMRD (Introducción, Método, Resultados y Discusión).

A continuación, se detallan las partes de la estructura que debe contener los artículos:

- Título (en español) / Title (traducción en inglés): Conciso pero informativo, en castellano (en primera línea) y en inglés (en segunda línea). Se aceptan como máximo 15 palabras en ambos casos.
- Autor: Para la aplicación del procedimiento de evaluación de pares ciegos (doble-blind review) no detallar autor. Cada artículo será codificado por la UASB
- Resumen (español) / Abstract (inglés): Extensión máxima de 300 palabras en cada idioma. Primero en español y después en inglés.
- Debe ser un texto breve y claro que sintetice el artículo, permitiendo a los autores comprender el contenido y alcance del artículo, tomando en cuenta que otros investigadores recurrirán a esta parte para las búsquedas que se realizan en bases de datos.
- Descriptores (español) / Keywords (inglés): Se deben exponer entre 5 y 10 descriptores relacionados directamente

con el tema y objeto de estudio del artículo. Se sugiere revisar el uso de palabras clave que corresponden al Thesaurus de la UNESCO.

**Introducción y estado de la cuestión:** Debe contener el planteamiento del problema, una aproximación al contexto de la problemática y la justificación del estudio. Asimismo, debe presentar un balance del estado de la cuestión, recurriendo a citas bibliográficas de la literatura más significativa, actual y pertinente sobre el tema y el objeto estudio, sin dejar de lado los criterios fundamentados que pueda proponer el autor del artículo.

**Material y métodos:** Debe ser redactado de forma que el lector comprenda el desarrollo del proceso de la investigación, describiendo la metodología, el enfoque, los métodos y técnicas aplicadas, la recolección de datos y la forma en que fueron procesados durante el estudio.

**Análisis y resultados:** Debe resaltar las observaciones, hallazgos y resultados más importantes. No debe incurrir en juicios de valor, debe ceñirse a presentar los resultados que alcanza el estudio.

Según el caso, se puede incluir las tablas y figuras que resulten imprescindibles, presentadas en forma secuencial al texto, evitando la duplicidad de datos.

**Discusión y conclusiones:** Resumirá los hallazgos más importantes, relacionando las propias observaciones del autor con otros estudios de interés, señalando aportaciones y limitaciones, sin redundar datos ya comentados en otros apartados. Asimismo, debe incluir las deducciones y recomendaciones para futuras investigaciones que deseen profundizar la investigación de este tema.

**Referencias:** Las citas bibliográficas aplicadas en el texto, deben ser adecuadamente referenciadas al final del artículo,

siguiendo el formato APA 7ª Edición. No deben incluirse referencias a fuentes no citadas en el texto. Su número debe ser suficiente para contextualizar el marco teórico que ha sido aplicado para desarrollar el artículo, bajo criterios de actualidad y relevancia. Se presentarán alfabéticamente por el primer apellido del autor.

### **Presentación y Extensión de los artículos:**

**Formato del archivo:** Microsoft Word (.doc o .docx)

**Tamaño página y márgenes:** Hoja A4, márgenes de 2,54 cm en los cuatro lados.

**Tipo de letra:** Times New Roman, tamaño 12

**Interlineado:** Simple (1), justificado completo, con espaciado después de párrafo de 12 pt., sin tabuladores.

**Extensión total del documento:** Entre 8.000 y 10.000 palabras, incluyendo las referencias bibliográficas (bibliografía).

**Autoría:** La autoría del artículo es estrictamente individual, pero el archivo presentado no debe llevar el nombre del autor, ni siquiera en las “Propiedades de Archivo”. Una vez que los artículos han sido evaluados por los expertos, se podrá conocer el nombre del autor.

**Normas de citación y referenciación:** Las citas bibliográficas en el texto del artículo, las referencias bibliográficas y otras fuentes que requieran ser explicitadas, deben ser realizadas bajo el formato APA (7.ª Edición).

**Notas al pie de página:** De ser indispensable la inclusión de ciertas notas al pie de página, se deben realizar en superíndice. No se permiten notas que recojan citas bibliográficas sin comentarios o aportes al texto, dado que serían consideradas referencias bibliográficas que deben ir al final del artículo.

**Revisión de originalidad e integralidad:** Todos los artículos serán revisados mediante el software Turnitin. En caso de detectarse porcentajes significativos de similitud, los artículos podrán ser descalificados y presentados ante el Comité respectivo.

## **5. Proceso de admisión, derechos de autor, revisión y evaluación**

Junto al artículo se debe incluir una Carta de postulación suscrita por el autor, donde señale el correo electrónico que utilizará el proponente como contacto para recibir consultas y el resultado de la evaluación. En el caso de doctorandos de los programas de la UASB, la Carta de postulación debe señalar el título de la tesis de grado que está desarrollando.

Al enviar los artículos, el autor confirma que el documento se trata de una aportación propia y autoriza los derechos de publicación a la UASB. No implica la exclusividad de publicación, pero tampoco se aceptarán trabajos que en su integridad hayan sido divulgados en otras revistas o medios.

Una vez concluido el plazo de recepción (que ha sido ampliado hasta el 30 de enero de 2024), se verificará que los artículos cumplan con las formalidades y condiciones señaladas. Aquellos que así lo hagan, pasarán a la etapa de evaluación que puede llevar hasta 8 semanas. En el transcurso de este tiempo se podrá solicitar aclaraciones, ajustes y complementaciones sobre el manuscrito, al finalizar este período se notificará el resultado. La publicación de la revista podrá ser posterior a estos plazos, pero se emitirá previamente el “Certificado de aprobación de publicación” a los artículos que así corresponda.

Hacer “click” aquí para enviar su artículo y carta de postulación.  
(Recuerde que el documento debe seguir todos los parámetros y requisitos señalados) <https://www.uasb.edu.bo/formatos-revistas/>

Nota: En caso de requerir alguna aclaración, escribir un correo electrónico al siguiente correo electrónico: [consultaspublicaciones@uasb.edu.bo](mailto:consultaspublicaciones@uasb.edu.bo) (Sólo consultas, no se reciben artículos en este correo electrónico)

## **CRITERIOS Y PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS CIENTÍFICOS POSTULADOS**

- **Originalidad:** Evalúa si el trabajo presenta nuevos hallazgos, enfoques, ideas o métodos que contribuyan al conocimiento existente en el campo.
- **Rigor metodológico:** Examina la validez y fiabilidad de los métodos utilizados en la investigación, así como la solidez del diseño experimental o del enfoque teórico.
- **Relevancia y significancia:** Considera la importancia del trabajo en relación con el campo de estudio, su contribución al avance del conocimiento y su impacto potencial en la comunidad científica o en la sociedad.
- **Claridad y coherencia:** Evalúa la claridad y la organización del artículo, así como la calidad de la presentación de los resultados y argumentos.
- **Evidencia y apoyo:** Analiza la robustez de los datos presentados y la solidez de las conclusiones en relación con la evidencia proporcionada.

El dictámen puede contemplar las siguientes opciones:

**Aceptación sin cambios:** Se recomienda la publicación del artículo tal como está presentado.

**Aceptación con revisiones menores:** Se recomienda la publicación del artículo con cambios menores para mejorar la claridad o precisión.

**Aceptación con revisiones mayores:** Se recomienda la publicación del artículo, pero se requieren cambios significativos en la metodología, el análisis de datos o la interpretación de resultados.

**Revisión adicional (revise y reenvíe):** Se solicita una revisión adicional del artículo después de realizar cambios sustanciales. El autor debe reenviar el manuscrito revisado dentro de un plazo máximo de [especificar plazo] días hábiles.

**Rechazo:** No se recomienda la publicación del artículo debido a problemas graves con la originalidad, metodología, relevancia, claridad, o evidencia presentada.



**UASB**  
Universidad Andina Simón Bolívar  
ORGANISMO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

