

año 6, núm. 11 | julio-diciembre 2022

# CAP JURÍDICA CENTRAL

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA  
Y DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



# **CAP JURÍDICA CENTRAL**

---

año 6, núm. 11 (julio-diciembre 2022)

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA Y DE LA  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD  
CENTRAL DEL ECUADOR

CAP JURÍDICA CENTRAL difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

#### CONSEJO EDITORIAL

Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante-España)  
Antonio García Amado (Universidad de León-España)  
Ramiro J. García Falconí (Universidad Central del Ecuador)  
Agustín Grijalva Jiménez (Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador)  
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn-Alemania)  
Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante-España)  
Agustín J. Pérez Cruz-Martín (Universidad A' Coruña-España)  
Angélica Porras Velasco (Universidad Internacional sek-Ecuador)  
Eliana Alba Zurita (Universidad Central del Ecuador- Ecuador)

#### ENTIDADES EDITORAS

Colegio de Abogados de Pichincha  
revistacap\_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador  
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales  
decanato.fjcps@uce.edu.ec | subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

#### EDITORES

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

#### COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA

Eliana Alba Zurita

Diseño y diagramación | Estefanía Zumárraga  
Corrección de textos | Marcelo Acuña  
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2022  
Ciudadela Universitaria, av. América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea  
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>  
<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/cap/index>



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Fernando Sempértegui Ontaneda | RECTOR

María Augusta Espín | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

María Mercedes Gavilánez | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Marco Arroyo Posso | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

José Luis Terán Suarez | DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ramiro García Falconí | SUBDECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

César Muñoz Pazmiño | DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

MIEMBROS DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

Inés Baldeón Barriga

René Bedón Garzón

Alfredo Corral Ponce

César Montaña Galarza | TESORERO

Víctor Granda Aguilar

Alí Lozada Prado

Lenín Navarro Moreno | SECRETARIO

Luis Parraguez Ruiz

Alejandro Ponce Martínez

Angélica Porras Velasco

Isabel Robalino Bolle

Farith Simón Campaña

COLABORACIÓN

Andrea Morales Lloré, Iris Franco López



## TABLA DE CONTENIDO

año 6, núm. 11 (julio-diciembre 2022)

Los medios de comunicación y la política criminal: una relación conflictiva .....	7
<i>Luiza Borges Terra</i>	
El comiso en el Código Orgánico Integral Penal .....	19
<i>Beatriz Rodríguez Tapia</i>	
Lo inútil del Derecho .....	35
<i>Carlos Manuel Rosales, Óscar Ruiz Vargas</i>	
Participación política de las mujeres afroecuatorianas de Esmeraldas, 2009-2021 .....	45
<i>Jennifer Espinoza</i>	
Tiwinza: De la confrontación a la cooperación binacional .....	57
<i>María Gabriela Hidalgo Fierro</i>	
El comodín de la crisis climática: roles y regulación del sector empresarial desde un enfoque de derechos en el Ecuador .....	83
<i>Lucía Belén Salazar</i>	
Instrucciones para los autores. Política editorial .....	119





## Los medios de comunicación y la política criminal: una relación conflictiva<sup>1</sup>

Luiza Borges Terra<sup>1</sup> |  Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Sede Portoviejo)

**RESUMEN** El presente artículo desarrolla algunos aspectos de la libertad de prensa y cómo su abuso puede ocasionar una afectación en la política criminal de diferentes formas. Para ello, explicaré cómo dicha fractura de la política criminal ocurre bajo tres prerrogativas; a saber: la distorsión de informaciones y utilización de retórica; la propagación de la idea de que el derecho penal es la solución; y la influencia directa en la agenda pública.

**PALABRAS CLAVE** Política criminal, medios de comunicación, fiabilidad de la prensa, *agenda-setting*.

FECHA DE RECEPCIÓN 23/6/2022      FECHA DE APROBACIÓN 6/9/2022

## The media and criminal policy: a conflictive relationship

**ABSTRACT** This article develops some aspects of freedom of the press and how its abuse can affect criminal policy in different ways. It explains how criminal policy is affected in three ways: the distortion of information and the use of rhetoric; the propagation of the idea that criminal law is the solution; and the direct influence on the public agenda.

**KEY WORDS** Criminal policy, media, reliability of the press, *agenda-setting*.

*El código legal es una solución de compromiso que en cierto momento reflejará parcialmente las necesidades y sentimientos de la población, además de ser un indicio de los intereses y conflictos estratégicos de la elite legislativa<sup>2</sup>.*

Garland David

1 El presente texto es una exposición resumida de la discusión que tuvo lugar en el evento de la Universidad de San Carlos de Guatemala —auspiciado por SIGLA-CP— sobre el rol de la criminología de los medios y los «sectores populares» en las resoluciones judiciales, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2020. Compartí el panel con los siguientes ponentes: Dr. Carlos Alberto Mejías (Cuba), Dr. Jorge Segismundo Rotter Díaz (México), Dra. Laura Carolina Urquiza (Argentina).

2 Garland, D., *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ciudad de México, Siglo XXI de España Editores, 1999, p. 113.

## I. LA INFORMACIÓN, FIABILIDAD DE LA PRENSA Y ESPECTÁCULO MEDIÁTICO

Las sociedades contemporáneas se caracterizan como sociedades de riesgos imprevisibles e incontrolables;<sup>3</sup> y también como sociedades de información<sup>4</sup> a gran velocidad,<sup>5</sup> y de acceso inmediato. Con esta observación, la prensa y los medios de comunicación tradicionales o sociales se convierten en elementos centrales en la producción y difusión de informaciones relevantes; y, justamente por ello, en la formación de la opinión pública.

Es así como, la confianza en la prensa crece cada día, lo que es fácilmente visible en la investigación realizada por la ONG chilena *Latinobarómetro*, según la cual la fiabilidad de la prensa, en Latinoamérica, es superior a la de las entidades financieras, como, por ejemplo, los bancos. Lo que lleva a asegurar que los latinoamericanos suelen confiar más en los medios de comunicación que en la propia democracia.<sup>6</sup> Esa forma de sociedad en la que vivimos, es decir, con la confianza en los medios de comunicación aumentada, por parte de la comunidad ciudadana, permite que los medios difundan con gran aceptación por parte de la sociedad la información que desean, muchas veces con inexactitud, de forma parcial o, incluso, informaciones falsas. En consecuencia, vivimos un período de *espectacularización*<sup>7</sup> del derecho penal y de los juicios, generando una afectación a la propia política criminal.

## II. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

La libertad de prensa es uno de los pilares de la sociedad moderna y dentro de esa libertad de prensa está la posibilidad de difundir informaciones, opiniones, entendimientos personales, entre otros, sin censura alguna; y los medios de comunicación posibilitan la difusión de información, conocimiento y opiniones propias. En ese sentido, Fuentes Osorio resalta que «nuestro conocimiento de la realidad local, nacional, e internacional depende de su conversión en noticia. Los medios de comunicación también transmiten ideas».<sup>8</sup> Estas noticias son elegidas, como se expone en la llamada *agenda-setting*,<sup>9</sup> confirmando gran relevancia informativa, para luego ser difundidas en alta velocidad, generando la información «real» que consumimos como sociedad, contribuyendo en gran parte a la formación de una opinión pública.

Los medios tradicionales<sup>10</sup> como la prensa, radio, televisión, etc., y redes sociales, tales como Twitter, Instagram, Facebook, etc., poseen gran impacto en la creación y difusión de informaciones y contenidos. Ese fenómeno además de un «proceso permanente que se viene produciendo desde la introducción de la imprenta de Gutenberg

3 Vid. Beck, U., «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», en *Boletín de la AGE*, N.º 30, 2000, pp. 9-20.

4 Malchup, F., *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, 1962, p. 76 y ss.

5 Silva Sánchez, J-M., *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, S. L., 2011, p. 11.

6 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro de 2018*. «Estos datos dejan de manifiesto que a pesar de los bajos grados de confianza en instituciones en general en América Latina, son las instituciones de la democracia las que tienen los grados mas bajos. La mayor de las desconfianzas es con los componentes del régimen democrático». Disponible en <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp> (30 de octubre de 2020), p. 56.

7 Término utilizado por Casara, Rubens, *O processo penal do espetáculo*, 2.ª ed., Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 11.

8 Fuentes Osorio, Juan, «Los medios de comunicación y el derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (04 de noviembre de 2020).

9 Vid. García Arán, M., Pérez Neto, L., «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003», UNED, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, N.º 1, 2009. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320&dsID=PDF> (05 de noviembre de 2020), p. 264 y ss.

10 Aunque inicialmente los medios sociales no fueron tomados muy en serio por la industria periodística, como señala Orihuela, J. L., *Los medios después del internet*, Barcelona, UOC, 2015, p. 15.

en el siglo XV»,<sup>11</sup> es irreversible.<sup>12</sup> De manera sencilla, cada nuevo medio de comunicación que surge viene para aportar algo que los anteriores no han podido ofrecer. La ascensión de los medios digitales se da por diversos motivos, entre ellos, los *trending topics* permite saber claramente qué tipo de informaciones interesa a los consumidores, asimismo, proporciona interlocución entre aquellos que informan y sus informados, y ofrecen una información más directa.<sup>13</sup>

La importancia de los medios en la sociedad actual es innegable, representan hasta cierto punto la pluralidad de ideas y de informaciones. Es importante la valorización de la libertad de prensa, ya que en una perspectiva histórica podemos ver que la negligencia de determinados valores democráticos y supresión de libertades ha generado algunos problemas graves. Eso se ve claramente en casos históricos como la persecución de los periodistas que ocurrió en Guatemala, en las décadas de los setenta y ochenta. Así, por ejemplo, dice con claridad Medina Bermejo, sobre el periódico guatemalteco *Prensa Libre*, «su labor y línea informativas provocaron que no pocas veces fuera un medio informativo sujeto de fuertes presiones, amenazas, secuestros e incluso asesinato de sus personeros».<sup>14</sup>

Sin embargo, pese a que sea fundamental su protección, la pregunta que se debe responder es: ¿Deben ser protegidos todos los tipos de información difundidos por los medios, por la libertad de prensa?

Al respecto, no todo discurso o mensaje debe ser amparado por la libertad de prensa, y eso no quiere decir que permitiremos la censura, ya que incluso este derecho se encuentra protegido en nuestras constituciones para evitar su vulneración.<sup>15</sup> El derecho a difundir comunicaciones y poder informarnos es algo inherente al mismo sistema democrático. Por el contrario, es muy distinta la difusión de contenidos informativos a la emisión de opiniones, algunas veces llenas de prejuicios o falsas opiniones intentando dar una apariencia de información.

Por lo tanto, la libertad de prensa debe ser protegida como la posibilidad de difundir noticias, es decir, el propio derecho a la información; empero, es fundamental que el receptor del mensaje tenga claro, si lo que está siendo difundido es una opinión o una noticia, es decir, la presentación de hechos sin un juicio valorativo. Pongamos un ejemplo bastante actual. Se estima que el 7% de los brasileños creen que la tierra es plana, según una investigación de *Datafolha*.<sup>16</sup> Es decir, si un reportaje empieza a difundir que la tierra es plana, eso es un proceso de desinformación, ignorando los avances científicos y una manipulación muy dudosa de la verdad, lo que es un problema grave que afecta a la sociedad y al propio derecho a ser informado. Por otro lado, lo contrario es el derecho de una persona a defender que la tierra es plana, de la misma forma que cualquier individuo puede dar su opinión sobre las más variadas cosas, aunque muchas veces carezca de fundamento alguno.

Lo mismo ocurre cuándo se presentan noticias como juicios valorativos sobre un hecho concreto; pues dichas expresiones no necesariamente representan un argumento favorable a la democracia y a la pluralidad. En realidad, los noticieros hacen una valoración de lo que es relevante para ser noticia, muchas veces teniendo en consideración solamente una versión de un hecho o atendiendo ha determinado interés,<sup>17</sup> y aquello,

11 Orihuela, J. L., *Los medios después del internet*, Barcelona, UOC, 2015, p. 59.

12 Orihuela, J. L., *Los medios después del internet*, Barcelona, UOC, 2015, p. 60.

13 Orihuela, J. L., *Los medios después del internet*, Barcelona, UOC, 2015, p. 25 y ss.

14 Medina Bermejo, J., *La influencia mediática en la formulación de la política criminal guatemalteca*, (tesis doctoral), Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012. Disponible en [https://www.slideshare.net/Drjmedinabermejo/tesis-doctoral-final-final-oct2012ltimafinal?from\\_m\\_app=android](https://www.slideshare.net/Drjmedinabermejo/tesis-doctoral-final-final-oct2012ltimafinal?from_m_app=android) (04 de noviembre de 2020).

15 Mendes, G., Coelho, I., Branco, P., *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2008, p. 404.

16 *Vid.* <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2019/07/7-dos-brasileiros-afirmam-que-terra-e-plana-mostra-pesquisa.shtml> (07 de abril de 2021).

17 Fuentes Osorio distingue los intereses en «periodístico y particular. Así, por ejemplo, en el primer nivel de selección se excluirían los acontecimientos que no tienen interés periodístico (según un criterio de cuotas de audiencia), o cuya

de ninguna forma es parte del derecho a informarse, sino es una forma de sostener determinado punto de vista, como veremos en la segunda parte del presente artículo.

En esta síntesis, los medios pueden informar que determinada persona es sospechosa en determinado caso. Sin embargo, todo lo que se relacione a su imputación personal a manera de delito consumado, así como todo lo que se especula sobre su familia, su entorno, su carácter personal, etc., traspasa los límites democráticos y del propio derecho a la información. Entonces, por la forma de actuación de los medios se debe entender que la libertad de prensa y de información deben ser protegidos siempre que estemos frente a una información relevante, con veracidad<sup>18</sup> y que no sea manipulada,<sup>19</sup> tampoco se puede olvidar que la forma de intervenir de los medios puede causar una afectación tanto a los juicios individuales, como a la propia política criminal de un país.<sup>20</sup> Asimismo, muchas veces dichas declaraciones traspasan los límites de la debida información amparada por el derecho constitucional, volviéndose un ejercicio abusivo de los medios de comunicación.

En este contexto, cuando hablamos de un algún asunto penal,<sup>21</sup> los medios de comunicación pueden actuar desde la afectación de contenido probatorio hasta perjudicando la imagen del reo directamente.<sup>22</sup> Por ejemplo, la primera situación es visible en el caso español de Rocío Wanninkhof, en el cual una prueba de ADN examinada por un laboratorio de toxicología, es decir, un laboratorio que no disponía de los medios para realizar una prueba de ADN fue difundida en los medios de comunicación por la Fiscalía y por la Policía, y con eso se condenó a una inocente a 14 meses de prisión en la cárcel, por una prueba que carecía de credibilidad.

La segunda cuestión que se puede extraer de la actuación corresponde a la falta de rigurosidad técnica o científica en la forma de difundir esos contenidos en los medios de comunicación, sin compromiso alguno a ser fieles a la veracidad o congruentes con las informaciones obtenidas. Además, en este contexto se deberán considerar tanto los esfuerzos como averiguaciones centrados principalmente para difundir la idea del reo como culpable, enemigo público, y como consecuencia, le despojan de la misma voluntad u oportunidad para desmentir sus equívocos, cuando el daño al honor del reo y su imagen ya ocurrió.<sup>23</sup> En breves palabras, cuando eso se traslada al derecho penal, específicamente

---

comunicación no beneficia (o incluso perjudica) a los intereses socioeconómicos que representa ese medio». Fuentes Osorio, J., «Los medios de comunicación y el derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (04 de noviembre de 2020). Vid., también, Castillo-Moro, M., *Miedo, control social y política criminal* (tesis doctoral), Universidad de Jaén, 2015. Disponible en <http://ruja.ujaen.es/jspui/handle/10953/716> p. 206 (05 de noviembre de 2020).

- 18 Sobre eso, Pérez Neto resalta la distinción entre veracidad y la idea de verdad: «De lo contrario, no habría margen para el error de los informadores. Con todo, se exige que en el proceso de construcción de una noticia, previo a su publicación, el informador realice un trabajo de contraste entre los “hechos noticiados” y los datos objetivos (v. gr. STC 6/1988, de 21 de octubre de enero), por lo que la veracidad pasa a depender no del sujeto que la difunde, sino de las diligencias realizadas por este». Pérez Neto, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España* (tesis doctoral), Universidad de Barcelona, 2010. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/5101jsessionid=C7DA5023C801CDE9786A710A85395F61#page=164> (31 de octubre de 2020).
- 19 Ese es el entendimiento, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 28/1996, de 26 de febrero.
- 20 Cuando hablamos de formación de opinión, nos referimos a determinadas noticias vinculadas, por ejemplo, al discurso de odio que fomentan opiniones preexistentes. Vid. Alcaer Guirao, R., *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, en RECPC 18-11 (2016), p. 52. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> (07 de noviembre), sin embargo, los medios tienen el poder de decidir qué tipo de tendencia van a fomentar.
- 21 Desde luego, es evidente que se puede observar, por el análisis de algunos casos concretos, que el juez sufre exigencias de la sociedad por medio de los medios de comunicación, que por su parte cobran una respuesta a determinado caso concreto, aunque eso, muchas veces, sobrepase los límites de actuación jurisdiccional. Vivimos en un momento en que no es raro presenciar medidas cautelares arbitrarias o prisiones sin fundamentación jurídica válida, o juzgamientos ocurriendo de modo *express* con el objetivo claro de responder a los clamores de la población. Pero, claramente se denota que dichos clamores surgen muchas veces por la forma con que se conduce el juzgamiento criminal, no respetando en absoluto el principio de presunción de inocencia condenando al reo mucho antes de la sentencia.
- 22 Sobre eso vid. Caldeira, F. Borges Terra, L., «Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a Operação Lava Jato», in *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do prof. Dr. René Ariel Dotti.*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2016, pp. 170-181.
- 23 Eso es fácilmente visible en los casos Richthofen (Brasil, 2002), vid., Schreiber, S., *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 205 y en el caso Wanninkhof (España, 1999).

a la política criminal, obtenemos una libertad de prensa desregulada y desmedida cuya influencia es profundamente negativa, como expondremos a continuación.

### III. LA POLÍTICA DE LOS MEDIOS

Los medios de comunicación contribuyen directamente a la formación de la opinión pública.<sup>24</sup> Y su relación conflictiva con la política criminal se da, de forma general, en tres grandes puntos. El primero es la distorsión de la información presentada por los medios. Luego, el hecho de informaciones distorsionadas o reiteradas sobre violencia desencadenó otros dos problemas: el primero de ellos, es la sensación agravada de inseguridad ciudadana que afecta la agenda pública y, así, la propia actuación del poder legislativo. Esto produce un segundo problema, la venda de un producto, a saber, que el derecho penal es la solución y la respuesta inmediata de todos los problemas de la sociedad.

#### A. LAS INFORMACIONES DISTORSIONADAS Y LA UTILIZACIÓN DE LA RETÓRICA

Los medios de comunicación no se limitan a la presentación del hecho ocurrido. Así que, en una era de información resulta imposible vivir sin ellos, sin embargo, el mensaje no es, muchas veces, imparcial del todo, también hay que tener en cuenta que cuando difundimos información se establece una dinámica de formación de opinión; por lo tanto, todo lo que es difundido se constituye como un «instrumento de persuasión y propaganda, y una forma de hacer política».<sup>25</sup>

Es así como, muchas veces esa forma de hacer política no está contrastada con estándares éticos o basada en información veraz. En Brasil, por ejemplo, no se dispone de una regulación administrativa de límites éticos en las difusiones de informaciones, que posibilitan el abuso y la opresión mediática. Incluso, si la selección de informaciones difundidas se basa en cuotas de audiencia, las noticias falsas suelen tener mayor popularidad y difusión que una noticia verdadera. Por ejemplo, algunos estudios revelan que entre 2007 y 2017 las noticias falsas en Twitter tuvieron 70% más probabilidad de ser retuiteadas que las verídicas<sup>26</sup>.

Así, toda noticia es una información preseleccionada que atiende a determinados intereses. Son «[...] mensajes que mediante universos simbólicos se convierten en poderosos agentes de control social que condicionan, dirigen e incardinan políticas sociales y criminales que afectan directamente la convivencia humana. [...] pero también es capaz de [...] transmitir información manipulada por diversos intereses, y ser medio transmisor que genere odios y exclusión».<sup>27</sup>

Asimismo, actualmente los medios —en todos sus matices— ya no tienen solamente el poder de informar, sino que actúan como una industria del entretenimiento,<sup>28</sup> pro-

24 Lo que es esencialmente contrario al papel de la política criminal, que siempre debe observar el concepto material de delito, en las palabras de Roxin: «El concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune». Roxin, C., *Derecho penal. Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Vicente Remesal), Madrid, Thomson Reuters, 1997, p. 51.

25 Fuentes Osorio, J., «Los medios de comunicación y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (04 de noviembre de 2020).

26 Los resultados de la investigación pueden ser encontrados, entre otros, en *La ciencia confirma que las 'fake news' se extienden más rápido que la verdad*. Disponible en <https://www.muyinteresante.es/tecnologia/articulo/la-ciencia-confirma-que-las-fake-news-se-extienden-mas-rapido-que-la-verdad-581520594406> (05 de noviembre de 2020). Disponible en <https://obsbusiness.school/es/informe-de-investigacion/informe-obs-las-fake-news-se-difunden-mas-rapido-que-las-noticias-reales> (05 de noviembre de 2020).

27 Castillo-Moro, M., *Miedo, control social y política criminal* (tesis doctoral), Universidad de Jaén. 2015. Disponible en <http://ruja.ujaen.es/jspui/handle/10953/716> (05 de noviembre de 2020), p. 210.

28 Cfr. García Avilés, *El infoentretenimiento en los informativos líderes de audiencia de la Unión Europea*. Disponible en <https://ddd.uab.cat/pub/analisi/02112175n35/02112175n35p47.pdf> (05 de noviembre de 2020).

duciendo especulaciones, brindando información sobre la vida privada de los famosos, de cultura popular, buscando volver la información en una «venta» de productos.<sup>29</sup> Eso también es visible cuando percibimos que los periódicos que difunden informaciones falsas o distorsionadas siguen siendo difundidos y consumidos. Así, «paradójicamente, cuantas más informaciones suministradas por el sistema político encontramos, más se deteriora la calidad de estas y mayor distancia hay entre lo que deberían ser (información) y lo que efectivamente son (entretenimiento/propaganda)».<sup>30</sup> Además de eso, actúan, de cierta forma, difundiendo determinados datos e informaciones de forma parcial, ya que no siempre aportan informaciones u opiniones contrarias, y cuando lo hacen, estas posturas también vienen distorsionadas, es decir, mucho de lo que presentan, tendrá una inclinación hacia el aumento de penas y el derecho penal como solución, sin cualquier debate o datos criminológicos, constituyéndose en sí mismo en pura retórica.<sup>31</sup>

Sin embargo, la apariencia de que los medios confieren valor a la información no es de mera retórica, sino que «el formato habitual de las materias criminológicas ofrece resultados, parciales o finales, de pesquisas académicas»,<sup>32</sup> y sostienen comunicaciones que muchas veces no poseen un fondo científico o, peor, son imposibles de algún tipo de demostración científica, como, por ejemplo, probar que la impunidad genera aumento de la criminalidad.<sup>33</sup> Con eso se hace una especie de *blanqueo de informaciones*, es decir, se dota de apariencia científica a algo que propiamente no lo tiene, inclusive, se llama a expertos, quienes no lo son, para sostener determinado punto de vista, obviamente, el conveniente para aquel medio.

Un ejemplo de ese fenómeno es la forma de ofrecer noticias e información sobre el covid-19 en los medios de comunicación y vincular dichas comunicaciones a expertos, cuyas opiniones, en la mayoría de los casos, carecen de autoridad científica. En este contexto es necesario precisar que, es diferente el pensamiento y experticia de un dermatólogo hablando sobre una pandemia que, el de un especialista en enfermedades infecciosas, sin embargo, para validar un medicamento nuevo o formas terapéuticas de tratamiento tenemos un médico, muchas veces sin indicación de su especialidad o el estudio en que basa sus opiniones, y que es presentado como experto o autoridad en el tema. Asimismo, la velocidad de las informaciones y la necesidad de entretenimiento promueve la proliferación de expertos en algo que la propia ciencia no ha desarrollado todavía, quienes presentan novedades científicas como si se tratará de una verdad concreta.

29 En ese sentido, Fialdini, F., «A informação produzida tem que ser rasa, fácil e sobretudo excitante, para que possa, instantaneamente, produzir fortes sensações, tão caras ao consumidor. [...] Os profissionais da mídia estão sempre à cata do grande furo de reportagem, da notícia bombástica do momento, para que possam reproduzi-los à sociedade, até que percam seu potencial de venda e sejam substituídos por outros. Não há espaço para reflexões mais demoradas ou complexas. O sensacionalismo acaba se impondo por quase todos os veículos de comunicação, inclusive naqueles que se vendem como mais isentos». Inclusão punitiva: reflexões sobre a tentativa de promover justiça social por meio do Direito penal econômico, in *Direito penal econômico. Questões atuais. Revista dos Tribunais*, 2011, p. 27

30 Pérez Neto, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España* (tesis doctoral), Universidad de Barcelona, 2010. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/5101jsessionid=C7DA5023C801CDE9786A710A85395F61#page=164> (31 de octubre de 2020).

31 Eso es algo típico de un derecho penal de riesgo, como señala Beck, Ulrich: «Las definiciones establecidas de riesgo se convierten así en una varita mágica con la cual una sociedad anquilosada puede aterrorizarse a sí misma y, consecuentemente, activar sus centros políticos y politizarse desde dentro. La dramatización pública (mediática) del riesgo es en este sentido un antídoto para las vigentes actitudes de mente estrecha de «más-de-lo-mismo». Una sociedad que se ve a sí misma como una sociedad de riesgo está, usando una metáfora católica, en la posición del pecador que confiesa sus pecados para poder contemplar la posibilidad y conveniencia de una vida «mejor» en armonía con la naturaleza y con la conciencia del mundo. De cualquier forma, pocos son los pecadores que desean realmente arrepentirse e instigar un cambio. La mayoría prefiere que no pase nada, mientras se queja de cada acontecimiento, porque entonces todo es posible. La declaración de los pecados y la identificación con la sociedad del riesgo nos permite disfrutar simultáneamente de ambos, la mala buena vida y sus amenazas». Beck, U., «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», *Boletín de la AGE*, N.º 30, 2000, pp. 9-20.

32 Trad. español: *el formato habitual de las noticias criminológicas presenta resultados, parciales o finalizados, de investigaciones académicas*. Batista, N., «Mídia e sistema penal no capitalismo tardio». Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> (07 de octubre de 2020), p. 8.

33 *Vid.* Batista, N., *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> (07 de octubre de 2020).

## B. EL AUMENTO DE LA CRIMINALIDAD Y LA SENSACIÓN DE QUE EL DERECHO PENAL PUEDE SER LA SOLUCIÓN

Desde luego, para que exista un derecho penal proporcional y de ultima ratio, la punición debe estar basada en el desvalor de la acción y desvalor de resultado. El delito constituye una conducta peligrosa para ciertos intereses o bienes jurídicos de las personas o de la sociedad. El desvalor de acción es el peligro que esa conducta ofrece a la sociedad y a sus bienes jurídicos, y eso es lo que separa la conducta delictiva de la no delictiva. Así, resumidamente, cuanto mayor sea el valor de lo que protegemos, como la vida, mayor será la desaprobación que merece esa conducta que daña o pone en peligro un determinado bien jurídico. Luego se analiza si el presente delito puede ser imputado a su autor, es decir, si podemos declararlo culpable.<sup>34</sup>

Al respecto, nuestra política criminal no tiene en cuenta a la dogmática penal basada en una concepción democrática del poder punitivo o en criterios de proporcionalidad. Los medios de comunicación dan la sensación de que la delincuencia aumenta cada día y que las leyes son insuficientes para frenarla y así, fomentan las tendencias político-criminales de aumento de pena y políticas de tolerancia cero,<sup>35</sup> o peor, la normalización de un derecho penal del enemigo. Así tenemos, por un lado, un derecho penal democrático y con garantías frente al poder punitivo del Estado; y, por otro lado, esas garantías estipuladas son vistas por una sociedad —y desafortunadamente por miembros del Estado— que ven esas garantías «como un obstáculo a la eficacia represiva del Estado».<sup>36</sup> Esa es una construcción a la cual los medios han contribuido, y en la cual los límites impuestos por ese derecho penal democrático están cada vez más relativizados. Cada vez nos preocupamos menos de la proporcionalidad de las penas, o de los fines de la pena de prisión, es decir, si lo estamos cumpliendo, tampoco estamos preocupados en restringir prisiones cautelares arbitrarias, ni nos acordamos más de Guantánamo y su criticable forma de obtención de «prueba», ni la tortura nos causaoplejidad ni escándalo.

En especial, con su forma alarmista de tratar determinados episodios delictivos tienen como consecuencia, la creación «en la opinión pública de una impresión (o la convicción) de que las leyes penales existentes son ineficaces»<sup>37</sup> y que los índices de criminalidad han aumentado.<sup>38</sup> Ese discurso desestabiliza el orden penal que tenemos, y es el pretexto perfecto para vender el derecho penal y la pena como la solución para todos los conflictos que vivimos en cuanto sociedad.<sup>39</sup> Así, gana fuerza la ideología según la cual con cambios de la ley penal o políticas de aumento de pena sin una política criminal ordenada se puede lograr una disminución en los índices de criminalidad, de la

34 Muñoz Conde, F., García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. p. 40.

35 Muñoz Conde, F., «A relação conflituosa entre direito penal e política criminal», in L. Terra (directora), *Lições contemporâneas do direito penal e do processo penal* (traducción Luiza Borges Terra), Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021. Texto original en italiano, disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/la-conflictiva-relacion-entre-politica-criminal-y-derecho-penal> (05 de noviembre de 2020).

36 Casara, R., *O processo penal do espetáculo*, 2.ª ed., Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 11.

37 García Arán, Pérez Neto., «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003», en UNED *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, N.º 1, 2009. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalCriminologia-2009-1-30320&dsID=PDF> (05 de noviembre de 2020).

38 Sobre ese punto, García Arán, M., Pérez Neto, L., «agenda-setting como explicación del fenómeno conocido como «big scare» en EE. UU., período en que los niveles de sentimiento (o percepción) de inseguridad ciudadana saltan de un 5%, en 1992, a un asombroso 52% en 1998. Para ello, analizaron la incidencia de noticias criminales en una muestra de periódicos, desde 1978 hasta 1998. Concluyeron que tal oleada de miedo solo se explica a partir de la construcción social de una distorsionada realidad criminal promovida por los medios de comunicación, puesto que las estadísticas oficiales no reflejaban un incremento de la delincuencia». «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003», en UNED *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, N.º 1, 2009. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalCriminologia-2009-1-30320&dsID=PDF> (05 de noviembre de 2020).

39 Batista, N., *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> (07 de octubre de 2020), p. 4.

impunidad o quizás de la propia inseguridad ciudadana. Esa característica del *moderno derecho penal*, como ya presentaba Hassemer, prevé que el derecho penal puede servir para *sensibilizar a las personas* con los problemas graves que tenemos como sociedad.<sup>40</sup> Lo que nos lleva a una idea de que el derecho penal no debe ser considerada la «última ratio, sino la prima ratio».<sup>41</sup> Eso, a efectos prácticos, nos da la sensación de que tenemos un problema grave y que cada día aumenta la inseguridad ciudadana y que la única respuesta y solución para ese problema son los cambios legislativos, es decir, cambiar el tratamiento que conferimos a los delitos y, por fin, la propia agenda pública.

### C. LA DIRECCIÓN DE LA AGENDA PÚBLICA

Los medios son capaces de ejercer una incalculable presión sobre las prioridades de la agenda pública,<sup>42</sup> ya sea haciendo cambios de opinión pública, distorsionando informaciones o haciendo uso de la retórica. En realidad, esto se fundamenta en parte por los datos presentados por Latinobarómetro según el cual, los medios de comunicación tienen casi 50% de fiabilidad en Latinoamérica. En este caso, cuanto más determinado es el problema presentado por los medios e informado reiteradamente o con mucho alarde, mayor es su prioridad en la agenda y en conferir respuestas a la sociedad. Todo eso con independencia de constituir realmente una prioridad real en la agenda política y, consecuentemente en la política legislativa.<sup>43</sup> Justamente, eso ocurre porque no entendemos que, en un Estado verdaderamente democrático y de derecho, el derecho penal no sirve para enviar mensajes<sup>44</sup> —para eso tenemos los medios, los correos electrónicos y hoy incluso el WhatsApp—, sino que sirve para ser proporcional y limitar el poder punitivo del Estado.

Por otro lado, los medios pueden servir para legitimar determinados cambios o el mantenimiento de determinadas políticas criminales, construyendo una opinión pública favorable a las políticas gubernamentales. Eso es visible por intermedio de un ejemplo presentado por Scheerer, sobre la política de criminalización de drogas blandas en Alemania que a fines de los años sesenta había perdido *considerablemente terreno*.<sup>45</sup> En ese entonces, en las escuelas y universidades era común el consumo de hachís entre los estudiantes, lo que iba en contra de la política gubernamental del momento. Sin embargo, los congresistas no podrían correr el riesgo de perder popularidad promoviendo el recrudecimiento de las penas para este tipo de delitos, y fue este hecho, lo que empezó las estrategias de cambio de la opinión pública.

40 Hassemer, W., «Características e crises do moderno direito penal», en *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, N.º 18, Fev/Mar/2003, p. 149.

41 *Ibidem*.

42 Sobre eso son asertivas las palabras de Garland: «El código legal es una solución de compromiso que en cierto momento reflejará parcialmente las necesidades y sentimientos de la población, además de ser un indicio de los intereses y conflictos estratégicos de la elite legislativa». Garland, D., *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ciudad de México, Siglo XXI de España Editores, 1999, p. 113. En ese sentido, De Souza de Almeida, D.: «De ese modo, se propugna, entonces, que la mentalidad de la opinión pública frente a la punición presentan, en regla, una participación indirecta en esa construcción, indicando directrices a la actividad parlamentaria que, dentro de esos límites implícitamente impuestos, ofrecerá al legislador, quien posee actuación directa y puntual, una zona de discreción en la que los cálculos e intereses propios pueden operar, incluso la elaboración de emergencia de leyes más severas con el propósito de conferir respuesta inmediata al corpus social para que este se tranquilice y fortalezca su plataforma electoral». De Souza de Almeida, Débora, *Prensa, opinión pública y política criminal en España: un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable* (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, 2019. Disponible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/687152> (04 de diciembre de 2020), p. 146.

43 Fuentes Osorio, J., «Los medios de comunicación y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (04 de noviembre de 2020).

44 «Se alguém quer enviar mensagens, que use a internet ou que vá para o correio, não sei [...] mas, não venha fazer uma lei penal. Uma lei penal é muito mais. Uma lei penal serve para punir, para reduzir direitos, para produzir dor e também para matar pessoas. Uma mensagem com alguns cadáveres é uma mensagem muito cara». Zaffaroni, E. R., Conferência de abertura, in *globalização, sistema pena e ameaça ao estado democrático de direito*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005, p. 34

45 Scheerer, S., «El círculo de reforzamiento político periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal», UNED *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, N.º 8, 2012, p. 405

Para eso «en innumerables reportajes y anuncios difundidos en prensa, periódicos estudiantiles, revistas juveniles, películas y crónicas semanales, el Ministerio de Sanidad advertía de los efectos degenerativos tanto corporales como psíquicos que traía consigo el consumo de hachís».<sup>46</sup> Luego empezó la difusión de informaciones amenazadoras, informando que constituía un delito, entre otros. Sin embargo, siendo el gobierno el difusor de las informaciones estas no tenían gran aceptación y poder sobre la opinión pública. Así, «el Gobierno comenzó a desarrollar una serie de acciones puntuales dirigidas a influir en la cobertura informativa que los periódicos y semanarios venían haciendo en relación con las sustancias estupefacientes, y ello de una forma que no pudiera ser percibida por los lectores»,<sup>47</sup> difundiendo de esa forma que el consumo de hachís podría ocasionar daños cerebrales y genéticos. En este sentido, aunque las informaciones fueran muy cuestionables y de origen dudosa, «la opinión pública podría, no obstante, ser consciente tanto del emisor de esa “noticia” como del trasfondo de esta». Así, se difundió la información de que el consumo de esta droga iba a impactar en cuestiones económicas, ocasionando la jubilación por discapacidad de un gran número de jóvenes, lo que nunca llegó a ocurrir, pero que se perpetuó como si fuera verdad. Cuando toda esa especulación llegó a la discusión parlamentaria, el clima era oportuno para establecer una política represora al consumo y de criminalización de las drogas. Cinco años más tarde, «ya no podía encontrarse en Alemania ninguna emisora de radio, agencia de noticias o redacción de prensa que abogase por una liberalización de la legislación sobre drogas».<sup>48</sup>

Los medios, por lo tanto, pueden ser un instrumento de control social de la opinión pública para llegar al clima oportuno de determinadas políticas gubernamentales. Aún más, determinados intereses y ideologías del propio Estado pueden ser logrados por intermedio de la obtención del clima favorable a determinada propuesta legislativa o tendencia político criminal. Debemos observar también que la difusión reiterada de una información parcial resulta en una construcción de una *verdad*, como lo relatado por Scheerer, y cómo en cinco años, una opinión pública favorable a la descriminalización de las drogas cambió por argumentaciones basadas en retóricas y sin trasfondo científico, en una opinión represora de criminalización, incluso al uso de drogas.

#### IV. CONCLUSIONES

La política criminal tiene la función relevante de mantener el derecho penal actualizado a las necesidades de su tiempo<sup>49</sup> y proteger los bienes jurídicos relevantes para determinada sociedad. Sin embargo, cuando los medios empiezan a dominar y ejercer presión a las agendas del legislativo, nos encontramos con leyes que sirven para enviar mensajes o aportar una seguridad social momentánea. Dichas leyes muchas veces son creadas rápidamente, sin orientación político criminal, cuya consecuencia es un debate político criminal ausente y conlleva diversos problemas en el ámbito de la aplicación de la legislación penal; asimismo, tipifica como conductas penalmente relevantes algunas acciones que no deberían ser objeto de protección de tutela penal, o, se espera soluciones que el derecho penal no es capaz de proporcionar. Con esto, el derecho penal ya no actúa proporcionadamente como contención del poder punitivo del Estado, sino como forma de satisfacción de los deseos de la población o del gobierno de turno.<sup>50</sup>

46 *Ibidem*.

47 *Ibid*, p. 407.

48 *Ibid*, p. 409.

49 Asimismo, son inherentes a un sistema teleológico. En ese sentido, Roxin, destaca que: «Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico». Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Thomson Reuters, p. 217.

50 Ese punto es trabajado por Alflen Da Silva, Pablo Rodrigo, refiriéndose al derecho penal de riesgo, señala que: «E isso leva à tendência de demonstrar a rapidez dos reflexos de atuação do legislador em face do surgimento de problemas novos, ou ainda

Al respecto y pese a que se defiende la importancia de los medios de comunicación y su pluralidad en un Estado democrático de derecho, se deberá considerar que toda forma de difusión de información no es neutral o carente de ideología, es decir, toda información es parcial. Y en el momento que sobrepasa su función de expresión plural y se vuelve en opresión de los medios, tenemos un problema grave, con una posible afectación a la propia democracia, sea desde la perspectiva de los juicios o desde la política criminal. En este sentido, al defender noticias o información rompiendo la propia pluralidad al difundirlas como una verdad absoluta, sea distorsionando la verdad o reiterando discursos retóricos, es cuando menos necesitaremos del derecho penal. O inclusive, divulgando reiteradamente el mismo tipo de delitos, los que estén de moda, ahora mismo, la expansión desenfadada de los delitos económicos.

Tales discursos vienen acompañados de la idea falaz de que el derecho penal es la solución para los problemas presentados, o como señaló Hassemer, utilizándolo como la *prima ratio* de la sociedad.<sup>51</sup> Así, no solo traen el problema, sino que también traen una solución fácil, sin mucho debate, cuya bandera será aumentar las penas, adoptar políticas de tolerancia cero o quizás empezar a relativizar las garantías procesales que hemos conquistado en un Estado de derecho democrático. Como se puede observar, así se forma una opinión pública que pide cada vez más derecho penal y políticas criminales represoras, porque se vendió la idea de que el derecho penal, tal y como se encuentra es ineficaz.

Por lo tanto, a mi juicio, dichos discursos impactan en la política criminal al sostener una ampliación del derecho penal, lo cual influye en una agenda política de un Estado que viene determinada, en cuanto a la sociedad, por nuestras prioridades de persecución penal. La opinión pública formada exige de sus congresistas transformaciones basadas en las informaciones distorsionadas, falsas o incompletas que se han obtenido, trayendo un escenario de manifestaciones punitivistas que buscan soluciones inmediatas. Dichas soluciones plantean alteraciones que no se basan en la proporcionalidad, viviendo una ampliación infundada del derecho penal que pone en riesgo los principios basilares de un proceso penal, del derecho penal y del propio Estado democrático de derecho, conduciendo a una perspectiva, como ya señalaba Hassemer, cada vez más simbólica del derecho penal.<sup>52</sup>

## REFERENCIAS

- Alcacer Guirao, R., *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, en RECPC 18-11-2016. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> (07 de noviembre).
- Alflen Da Silva, P. R., «Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.º 46, v. 12, 2004, p. 73-93

---

à tendência do legislador de se identificar com determinadas preocupações dos cidadãos, de modo que produza suscitar na sociedade a confiança de que está fazendo algo em relação aos problemas que àquela pareceriam irresolúveis, produzindo o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos, mas que na realidade produz instrumentos que não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade real, e produzem unicamente um “efeito simbólico”. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N.º 46, v. 12, 2004, p. 91.

- 51 Hassemer, Winfried, «Características e crises do Moderno Direito Penal» (traducción Pablo Alflen), *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, N.º 18, Fev/Mar/2003, p. 145.
- 52 Hassemer, Winfried, así señaló: «Os déficits de execução, os quais são declarados somente como um problema quantitativo e passageiro, no moderno Direito Penal devem levar, a longo prazo, a que o Direito Penal se recolha somente em funções simbólicas, e, ao final, perca suas verdadeiras funções. Do amálgama deflagrado pela grande “necessidade de atuação” social, pela difundida crença na eficiência dos meios penais e pelo extenso déficit no uso destes meios, pode surgir o risco de que o Direito Penal se recolha na ilusão de que pode realmente solucionar os seus problemas. O Direito Penal simbólico é, a curto prazo, um paliativo, mas a longo prazo, destrutivo». Hassemer, Winfried, «Características e crises do Moderno Direito Penal» (traducción Pablo Alflen), *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, N.º 18, Fev/Mar/2003, p. 153. Asimismo, dispone Alflen Da Silva, Pablo Rodrigo, referiéndose al derecho penal de riesgo, «para responder a esta sociedade insegura o direito penal recebe ainda uma função simbólica. Em outras palavras, se se analisar os fins aos quais o “direito penal do risco” pretende servir sociológicamente segundo a ideia de risco, a saber, por um lado, a minimização do risco, e por outro a produção de segurança, transpondo-os à linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção, dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e estabilização pela norma», «Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.º 46, v. 12, 2004, p. 82.

- Batista, N., *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> (07 de octubre de 2020)
- Beck, U., «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», en *Boletín de la AG*. N.º 30, 2000, pp. 9-20.
- Caldeira, F., Borges-Terra, L., Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a operação Lava Jato, in *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2016.
- Casara, R., *O processo penal do espetáculo*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2018.
- Castillo-Moro, M., *Miedo, control social y política criminal* (tesis doctoral), Univ. de Jaén, 2015. Disponible en <http://ruja.ujaen.es/jspui/handle/10953/716> (05 de noviembre de 2020).
- Fialdini, F., Inclusão punitiva: reflexões sobre a tentativa de promover justiça social por meio do direito penal económico, in *Direito penal econômico. Questões atuais. Revista dos Tribunais*, 2011.
- Fuentes Osorio, J. L., «Los medios de comunicación y el derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (04 de noviembre de 2020).
- Garland, D., *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ciudad de México, Siglo XXI de España Editores, 1999.
- García Arán, M., Pérez Neto, L., «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003», en *UNED Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª época, N.º 1, 2009. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320&dsID=PDF> (05 de noviembre de 2020).
- Hassemer, W., «Características e crises do Moderno Direito Penal (traducción Pablo Alflen)», en *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, N.º 18. Fev/Mar/2003.
- Malchup, F., *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, 1962
- Medina Bermejo, J., *La influencia mediática en la formulación de la política criminal guatemalteca* (tesis doctoral), Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012. Disponible en [https://www.slideshare.net/Drjmedinabermejo/tesis-doctoral-final-final-oct2012ltimafinal?from\\_m\\_app=android](https://www.slideshare.net/Drjmedinabermejo/tesis-doctoral-final-final-oct2012ltimafinal?from_m_app=android) (04 de noviembre de 2020).
- Mendes, G., Coelho, I., Branco, P., *Curso de direito constitucional*. Saraiva, 2008.
- Muñoz Conde, F., «As origens ideológicas do direito penal do inimigo», en *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, N.º 4, pp. 7-32, jan./jun. 2011. Disponible en [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4960067/mod\\_resource/content/1/As%20origens%20ideológicas%20do%20direito%20penal%20do%20inimigo%20-%20Muñoz.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4960067/mod_resource/content/1/As%20origens%20ideológicas%20do%20direito%20penal%20do%20inimigo%20-%20Muñoz.pdf) (4 de noviembre de 2020).
- Muñoz Conde, F., «A relação conflituosa entre direito penal e política criminal», en *Lições contemporâneas do direito penal e do processo penal*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Orihuela, J. L., *Los medios después del internet*, Barcelona, UOC, 2015, p. 15.
- Pérez Neto, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España* (tesis doctoral), Universidad de Barcelona, 2010. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/5101;jsessionid=C7DA5023C801CDE9786A710A-85395F61#page=164> (31 de octubre de 2020).
- Portillo Acosta, R., *El derecho penal como instrumento de los medios de comunicación para controlar a la sociedad*. Disponible en <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/971/778>. (04 de noviembre de 2020).
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conllego, Vicente Remesal), Madrid, Thomson Reuters, 1997.

- Scheerer, S., «El círculo de reforzamiento político periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal», UNED *Revista de derecho penal y criminología*, 3.<sup>a</sup> época, N.º 8, 2012.
- Schreiber, S., *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- Silva Sánchez, J-M., *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer, S. L., 2011.
- Souza De Almeida, D., *Prensa, opinión pública y política criminal en España: un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable* (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, 2019. Disponible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/687152> (04 de diciembre de 2020).
- Zaffaroni. E. R., Conferência de abertura, en *globalização, sistema pena e ameaça ao estado democrático de direito*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005.



## El comiso en el Código Orgánico Integral Penal

Beatriz Rodríguez Tapia<sup>1</sup> |  Fiscalía General del Estado

**RESUMEN** El proceso de globalización y la revolución industrial por la que está atravesando el mundo ha provocado que las organizaciones criminales perfeccionen sus sistemas de producción, generando millonarios beneficios y constituyéndose como una de las amenazas más grandes, tanto para los Estados nacionales cuanto para la comunidad internacional. Es así como, a partir de los años setenta del siglo pasado, se han generado varios instrumentos internacionales con el objetivo de proporcionar herramientas jurídicas y desarrollar mecanismos de cooperación para combatir al crimen organizado transnacional, una de ellas es el comiso. En el sistema jurídico ecuatoriano, esta figura se encuentra presente desde sus primeros cuerpos normativos penales; sin embargo, no es hasta la expedición del Código Orgánico Integral Penal, en 2014, donde se recogen recomendaciones de varios instrumentos internacionales de especial relevancia, constituyéndose, hoy en día, como una de las principales armas del Estado ecuatoriano para combatir al crimen organizado.

**PALABRAS CLAVE** Comiso, extinción de dominio, bienes, delincuencia organizada transnacional, ordenamiento jurídico.

FECHA DE RECEPCIÓN 23/7/2022 FECHA DE APROBACIÓN 6/9/2022

## The confiscation in the Organic Integral Criminal Code

**ABSTRACT** The globalization process and the industrial revolution that the world is going through have led criminal organizations to perfect their production systems, generating millions of dollars in profits and becoming one of the greatest threats to both national States and the international community. Thus, since the seventies of the last century, several international instruments have been generated with the aim of providing legal tools and developing cooperation mechanisms to combat transnational organized crime, one of them is confiscation. In the Ecuadorian legal system, this figure is present since its first criminal normative bodies; however, it is not until the issuance of the Organic Integral Criminal Code in 2014, where recommendations of several international instruments of particular relevance are collected, constituting today as one of the main weapons of the Ecuadorian State to combat organized crime. an indispensable part of human dignity.

**KEY WORDS** Confiscation, asset forfeiture, assets, transnational organized crime, legal system.

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Internacional del Ecuador. Máster en Derecho Penal y Procesal Penal en Santiago de Chile. Experta en cumplimiento normativo por la Universidad de Granada. Diplomado en Derechos Humanos y Políticas Públicas con Enfoque de Género por la Fundación Henry Dunant de Chile. Miembro del Directorio Principal del Colegio de Abogados de Pichincha. Investigadora y docente universitaria de pregrado en la Universidad Central del Ecuador, y de posgrado en el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Desde septiembre de 2019 es directora de Estudios Penales de la Fiscalía General del Estado.

## INTRODUCCIÓN

El profundo proceso de globalización y la llamada cuarta revolución industrial por el que ha atravesado el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha generado las condiciones necesarias para que se presenten una serie de fenómenos políticos, sociales, económicos y jurídicos sin precedentes. Sin lugar a duda, uno de los fenómenos que mayor malestar genera y que ha excedido las capacidades de control de los Estados nacionales, es la delincuencia organizada transnacional, puesto que, al igual que las modernas industrias, fábricas y empresas, estas organizaciones han perfeccionado sus mecanismos de actuación.<sup>2</sup> Este fenómeno ha llevado a que tanto las legislaciones nacionales como los instrumentos internacionales se adapten a las nuevas necesidades de control y sanción. A la vez, aquello ha provocado que se someta a debate ciertos ámbitos del derecho penal que, hasta ese momento, se consideraban intocables.<sup>3</sup>

Dentro de estos nuevos elementos de discusión se encuentran los mecanismos interinstitucionales de cooperación transnacional para la lucha contra la delincuencia organizada. Así, durante los años setenta del siglo pasado se retoma una figura desaparecida en casi todas las legislaciones de tradición occidental desde el siglo XVIII: el comiso.<sup>4</sup> El Estado ecuatoriano ha incluido al comiso en su sistema jurídico desde la expedición de sus primeros cuerpos normativos penales. Sin embargo, no es sino hasta la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que toma especial relevancia como mecanismo de lucha contra el crimen organizado.

En el presente trabajo se analizará el alcance que la legislación penal ecuatoriana le ha otorgado al comiso, sus supuestos de aplicación, la jurisprudencia constitucional que se ha emitido a su alrededor, y cómo estos se derivan de las recomendaciones normativas contenidas en los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

## DEFINICIÓN DE COMISO

En general, se define al comiso como la pérdida de los objetos, efectos y beneficios relacionados con una infracción penal<sup>5</sup>. De esta definición se colige que el comiso tiene dos consecuencias inmediatas: por un lado, la pérdida de los derechos reales sobre los bienes y sus gananciales; y, por otro, el cambio de titularidad de estos,<sup>6</sup> que se termina trasladando al Estado. Si bien es cierto, existe un sinnúmero de posiciones doctrinarias que varían de acuerdo con las legislaciones propias de cada Estado respecto de la definición del comiso,<sup>7</sup> y que, por lo tanto, no permiten definirlo en términos absoluto y universales, la definición propuesta sirve para iniciar el análisis y proporcionar, *grosso modo*, una referencia primaria de esta figura.

El comiso tiene su origen en la figura de confiscación de bienes presente en el derecho romano<sup>8</sup> y mantenida en los regímenes jurídicos romano-germánicos hasta el siglo XVIII.<sup>9</sup> Dicha figura se caracterizó por ser una sanción general que comprendía la

2 Hasbún López, Cristóbal, «El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal», en *Ius et Praxis*. vol. 24, N.º 3, Talca, 2018, p. 422.

3 Hassemer, Winfried, *Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, Heidelberg, Jur. Verl, 1986, p. 3.

4 García Falconí, Ramiro, *COIP comentado*, tomo I, 2.ª ed., Quito, Latitud Cero, 2014, p. 665.

5 Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 5.

6 Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, Madrid, EDESA, 2000, pp. 38-39.

7 Pahl Robredo, María Graciela, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, 2013, p. 281.

8 Mommsen, Teodoro, *El derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 620-621.

9 García Falconí, Ramiro, *COIP comentado... op. cit.*, p. 665.

pérdida de derechos reales sobre la totalidad del patrimonio del condenado, sin tomar en cuenta el origen de los bienes.<sup>10</sup> Sin embargo, actualmente no existe nexo alguno entre el comiso y la antigua confiscación de bienes, por lo que se deben entender como dos figuras jurídicas totalmente distintas.

Aunque a primera vista podría parecer que el comiso es una forma de expropiación, no se puede confundir ambos términos, puesto que, aunque el bien se encuentre dentro de la esfera de lo disponible por parte de una persona, es posible que este no disponga de un derecho de propiedad formalmente válido sobre el mismo, lo cual, supondría que ese bien no pueda ser susceptible de expropiación.<sup>11</sup> Además, no se puede confundir ambos conceptos pues la expropiación supone, en general, la pérdida total del patrimonio del autor del delito.<sup>12</sup> Asimismo, se distinguen a partir del hecho de que el comiso se presenta como una sanción específica que produce efectos exclusivamente sobre aquellos bienes que han sido determinados como instrumentos o efectos del delito, pues lo que se pretende es retirar del sistema aquellos objetos que se encuentren contaminados, de una u otra manera, por la conducta delictiva y la ilicitud.<sup>13</sup>

Durante varias décadas el comiso fue una institución relegada y de poca importancia dentro de los sistemas jurídicos tanto de corte romano-germánico como en los anglosajones. No es sino hasta la década de los setenta que, como mecanismo de lucha contra la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de sustancias, el gobierno federal de los Estados Unidos de América (EUA) retoma esta figura y la convierte en una de sus principales armas legales. Aquello sirvió de inspiración para que, tanto legislaciones nacionales cuanto instrumentos supra nacionales, incluyan y regulen al comiso en sus respectivos cuerpos normativos.<sup>14</sup> La legislación norteamericana diferencia tres tipos de comiso: el civil, el administrativo y el penal. En el caso de los dos primeros al recaer sobre el objeto comisable, es decir, al ser una acción *in rem*, se sustenta en una ficción legal que afirma que la cosa es culpable de un hecho ilícito; por otro lado, en el caso del comiso penal, al recaer sobre la persona, es decir, al ser un acto *in personam*, requiere de un proceso previo en el que se determine la existencia de un acto ilícito y la determinación del grado de responsabilidad del poseedor de los bienes.<sup>15</sup>

Solo a nivel federal la legislación norteamericana cuenta con 140 leyes que contienen disposiciones relativas al comiso. La primera de ellas fue el protocolo para el control y prevención del abuso de drogas (*comprehensive drug abuse prevention and control act*) promulgado por el Congreso de EUA en el año de 1970. Posterior a ello, se emitieron más normas que extienden el alcance del comiso, entre ellas, la ley penal económica (*white collar statutes*), la reglamentación elaborada a partir del blanqueo de capitales (*money laundering*), el protocolo de antiabuso de drogas (*drug-abuse act*), o la norma referente al crimen organizado (*racketeering*), etc. Todas ellas con la finalidad de incautar la mayor parte posible de los bienes ilícitos del sistema económico norteamericano.

En sede penal, como se ha mencionado, el comiso requiere necesariamente de la condena del procesado. Consecuentemente, en todo momento se debe observar el estándar probatorio y todas las garantías del debido proceso para ubicar los bienes del

10 Pino Abad, Manuel, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1999, pp. 29-32.

11 García Caverro, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana», en *Derecho PUCP*, N.º 81, 2018, p. 114.

12 Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 130.

13 Blanco Cordero, Isidoro, «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», en *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 350.

14 Vervaele, Jhon, «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», en *Revista Penal*, N.º 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 67.

15 Hasbún López, Cristóbal, «El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal», *op. cit.*, p. 430.

autor.<sup>16</sup> Por otro lado, cuando existe dificultad para decomisar bienes por la vía penal se puede utilizar la figura en el derecho civil o administrativo; en estos casos, los requisitos del comiso son menos rigurosos, porque el estándar probatorio es más flexible y el proceso gira en torno a la licitud o ilicitud de la propiedad o bien, y no en la existencia de ilícitos y su atribución a personas determinadas. Dichos sistemas no se excluyen, sino que se complementan y pueden utilizarse colateralmente.<sup>17</sup>

Como se puede apreciar en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, en la actualidad, el comiso es la herramienta más utilizada internacionalmente para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.<sup>18</sup> Desde su resurgimiento, hace poco más de medio siglo —a partir de la aparición de nuevas formas de criminalidad organizada—, la comunidad de naciones ha requerido generar vínculos de apoyo y asistencia judicial, que permitan hacer a los procesos de persecución criminal más eficaces y eficientes.<sup>19</sup> En este ámbito. El comiso y la extinción de dominio han sido dos de los elementos centrales de discusión.

Esta necesidad cada vez mayor de generar herramientas jurídicas a través de vínculos de cooperación transnacional, han impulsado una expansión del derecho penal,<sup>20</sup> el cual se evidencia a través de los, cada vez, más variados instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada.<sup>21</sup> En este sentido, uno de los principales instrumentos generados es el comiso, el cual, producto de una política criminal orientada a la recuperación de activos provenientes de actividades ilícitas, ha pasado de ser un mecanismo accesorio de sanción o preservación probatoria, para volverse una sanción independiente.<sup>22</sup>

El comiso como instrumento transnacional para combatir al crimen organizado y la corrupción de funcionarios

Como se ha señalado, el proceso de globalización por el que está atravesando el mundo desde hace varias décadas, ha generado un sinnúmero de fenómenos sociales problemáticos para los Estados. Sin lugar a duda, uno de los problemas más peligrosos y que mayores daños ha generado a nivel nacional, regional y mundial lo constituye la delincuencia organizada transnacional. Si bien es cierto, no existe una definición clara de lo que se entiende como crimen o delincuencia organizada,<sup>23</sup> se puede decir, *grosso modo*, que se refiere a:

[U]n grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.<sup>24</sup>

A pesar de que varios instrumentos internacionales han desarrollado y profundizado en el concepto, y aunque en los casos más comunes se hace referencia a delitos como el narcotráfico, la trata de personas, contrabando, etc., aun no existe un consenso uniforme de la definición de crimen organizado. Aquello, puesto que es imposible determinar de manera clara y específica las formas en que se puede presentar, o las conductas

16 *Ibid.*, pp. 421-452.

17 *Ibid.*, p. 430.

18 García Falconí, Ramiro, *COIP comentado...*, *op. cit.*, p. 667.

19 Vargas González, Patricia, *El comiso del patrimonio criminal* (tesis doctoral), Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 35.

20 Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 85

21 Pahul Robredo, María Graciela, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado...* *op. cit.*, p. 19.

22 Vervaele, John, «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos», en *Actualidad Penal*, N.º 14, 1999, p. 292.

23 García, Ángel, «Delimitación conceptual de la delincuencia organizada», en *Revista Derecho y Cambio Social*, N.º 37, Perú, 2014, p. 19.

24 Durán Rodríguez Deissy Viviana, *Delincuencia organizada transnacional en América*, Bogotá, Escuela de Inteligencia y Contra Inteligencia Brigadier General Ricardo Charry Solano, ESICI, 2012.

en que puede aparecer este tipo de delincuencia.<sup>25</sup> Precisamente, es este panorama difuso y oscuro en que las organizaciones criminales actúan y la necesidad de incorporar sus ganancias en el mercado lícito,<sup>26</sup> los aspectos que han requerido especial atención por parte de los organismos supranacionales de derecho alrededor del mundo.

Asimismo, otro gran problema que deben enfrentar los Estados modernos es la corrupción de sus funcionarios. Cada año, este fenómeno provoca pérdidas millonarias alrededor del mundo, repercutiendo directamente, además, en el acceso de los ciudadanos a los servicios básicos que deben ser garantizados por el Estado.<sup>27</sup> Al igual que en el caso de la delincuencia organizada, no existe una definición jurídica exacta para corrupción. Sin embargo, la doctrina ha identificado varios elementos necesarios que debe contener una conducta ilícita para ser considerada como corrupción, estos son: violación de un deber, contradicción de intereses, obtención de un beneficio extraposicional y el ocultamiento del acto.<sup>28</sup>

Por todo ello, desde la década de los ochenta, varios organismos internacionales han realizado esfuerzos importantes para generar normativas marco que posibiliten un trabajo coordinado y eficiente para la persecución del crimen organizado. Este proceso de cooperación da inicio con la emisión por parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas<sup>29</sup> de 1986<sup>30</sup>, en la cual se incluye y define al comiso en su artículo I, apartado f) de la siguiente manera: «Por ‘decomiso’<sup>31</sup> se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente».<sup>32</sup>

De lo anterior se colige que el comiso hace referencia a la pérdida definitiva de los derechos de propiedad sobre algún bien. Debe entenderse como bien a cualquier activo sobre el que se tiene un derecho real.<sup>33</sup> Al mismo tiempo, esta definición aporta otro elemento importante: para que la pérdida de derechos de propiedad se haga efectiva, esta debe ser declarada por autoridad competente; de lo cual, se deduce que, para ello, debe seguirse un debido proceso en el que se respeten derechos y garantías previstas en normas, tanto nacionales cuanto supranacionales.

Análogamente, el Convenio de Viena sobre Narcotráfico determina los bienes sobre los cuales se aplicará el comiso. En este caso, al ser un instrumento internacional que se limita a un aspecto criminal en particular —tráfico de drogas—, la aplicación del comiso se ve restringida exclusivamente a las herramientas empleadas en la actividad criminal y al producto generado (para lo cual permite incluso levantar el sigilo bancario).<sup>34</sup> Una de las propuestas interesantes planteadas en el artículo cinco del Convenio de Viena sobre Narcotráfico —que generó un gran debate a su alrededor— es la inversión de la carga de la prueba respecto de la constatación del origen lícito de los bienes sujetos al comiso. Si bien es cierto, la norma solo propone a los Estados suscriptores considerar la posibilidad de su adopción, se debe tomar en cuenta que gran parte de Estados democráticos y de instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen un principio de inocencia en materia penal,<sup>35</sup> del cual se deduce que la carga de la

25 Sornoza-Castro, Rosa, «Delincuencia organizada transnacional y su incidencia en las relaciones internacionales», en *593 Digital Publisher* CEIT, vol. 7, Ecuador, 2022, p. 555.

26 Pahul Robredo, María Graciela, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado...*, op. cit., p. 71.

27 OEA, *Corrupción y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 diciembre 2019.

28 Nash, Claudio y otros, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 16.

29 En Adelante: Convenio de Viena sobre Narcotráfico.

30 Pahul Robredo, María Graciela, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado...*, op. cit., p. 152.

31 En este trabajo se entiende comiso y decomiso como sinónimos.

32 Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 153, de 25-XI-2005, última modificación: 21- III-1990.

33 Vargas González, Patricia, *El comiso del patrimonio criminal...*, op. cit., p. 37.

34 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, op. cit., art. 5

35 En Ecuador este principio tiene rango constitucional y convencional, se encuentra en el art. 76 numeral 2: «Se presumirá la

prueba le corresponde a la acusación, por lo que dicha recomendación no podría ser adoptada, al menos, por el Estado ecuatoriano.

El último punto del artículo cinco del Convenio de Viena sobre Narcotráfico es importante pues enfatiza que las reglas contenidas en el mismo son recomendaciones que sirven como marco para que las legislaciones internas de cada nación puedan definir y limitar el alcance de dichas medidas,<sup>36</sup> respondiendo a las necesidades y límites constitucionales y convencionales propios de cada Estado. En definitiva, la importancia de este instrumento radica en que destaca cómo la rentabilidad que genera el negocio del tráfico de drogas para las organizaciones criminales hace necesaria la existencia de mecanismos jurídicos que puedan separar los beneficios pecuniarios ilegales de las organizaciones, para que no se puedan utilizar en la comisión de nuevos delitos.<sup>37</sup>

El segundo instrumento internacional relevante asociado al comiso es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrado el 15 de noviembre del 2000, en la ciudad de Nueva York, y abierto a suscripción el mismo año en la ciudad de Palermo.<sup>38</sup> La finalidad del Convenio de Palermo, como señala su artículo 1, es «promover la cooperación para prevenir y combatir de manera más eficaz a la delincuencia organizada transnacional».<sup>39</sup> Para estos fines determina varias medidas, entre ellas, el comiso.

Si bien es cierto, esta norma trata al comiso de manera muy similar al Convenio de Viena sobre Narcotráfico, tiene sus propias particularidades. Para comenzar, el Convenio de Palermo va un paso más allá, puesto que su uso no se encuentra limitado a los activos usados o producto del narcotráfico. En efecto, en este caso, se amplía a otro tipo de delitos como la asociación ilícita (art. 5), el blanqueo de capitales (art. 6) o conductas relacionadas con corrupción de funcionarios públicos (art. 8). Otro de los puntos importantes que incorpora es la regulación para la cooperación y asistencia internacional recíproca con fines de comiso (art. 13), misma que prevé todo un proceso reglado para efectivizar este particular.

Cabe destacar el esfuerzo realizado en determinar los supuestos que se pueden presentar en el proceso de decomiso y cómo proceder frente a ellos, ejemplo de aquello es el caso en que los beneficios o ganancias del delito se transforman o convierten y no se encuentran a disposición del delincuente, o cuando dichos activos se hubieren mezclado con bienes de origen lícito (art. 13). En definitiva, aunque son pocos los aportes referentes al comiso que realiza el Convenio de Palermo son significativos, puesto que reforzaron el marco jurídico existente al momento y desarrollaron de manera profunda su contenido.

Al igual que el Convenio de Viena sobre Narcotráfico, el Convenio de Palermo prevé la posibilidad de que los Estados puedan invertir la carga de la prueba, se redacta con una particular diferencia. Así, no se utiliza la palabra inversión, sino que, simplemente, establece la posibilidad de que los Estados puedan requerir al delincuente el demostrar el origen lícito de sus bienes (art. 13, núm. 7). Como se ha mencionado en párrafos anteriores, la posibilidad de invertir la carga de la prueba en los procesos de comiso dentro del sistema jurídico ecuatoriano es inviable, puesto que los límites constitucionales y convencionales a los que están sometidas las normas nacionales lo impiden.

---

inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada». Asimismo, este principio se encuentra reconocido tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo art. 8.2 establece que «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad», cuanto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su art. 14.2, señala que «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

36 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, *op. cit.*, art. 5, N.º 9.

37 Huber, Bárbara, «El comiso de las ganancias en el derecho penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas», en *Actualidad Penal, publicación técnico-jurídica de derecho penal*, Madrid, Actualidad Editorial S. A., 1990, p. 167.

38 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Registro Oficial, Suplemento 153 de 25-XI-2005.

39 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *op. cit.*, art. 1.

Para 2003, la ONU, consciente de la necesidad de avanzar y perfeccionar los mecanismos de asistencia recíproca internacional vinculados al combate contra la delincuencia organizada transnacional, celebró la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención contra la Corrupción).<sup>40</sup> Este instrumento se caracteriza por generar y profundizar mecanismos de lucha contra la corrupción de funcionarios públicos, mejorar los sistemas de apoyo recíproco internacional y promover la rendición de cuentas y debida gestión de bienes públicos,<sup>41</sup> pues entiende que este fenómeno perjudica directamente a la institucionalidad pública y, por ende, causa una gran afectación a la sociedad (preámbulo).

Al igual que las normas previamente descritas, la Convención contra la Corrupción prevé reglas para la aplicación de la figura del comiso. En este sentido, aunque es muy similar a las demás, es particularmente interesante, puesto que aumenta la cantidad de conductas criminales que pueden ser consideradas para el comiso de los bienes de sus autores, entre ellos: soborno (arts. 15-16), peculado (art. 17), tráfico de influencias (art. 18), abuso de funciones (art. 19), enriquecimiento ilícito (art. 20), blanqueo de capitales (art. 23), etc. En esta línea, es importante señalar que no solo se incluyen supuestos de corrupción en el sector público, sino que se amplían a aquellos casos en que participan agentes del sector privado, incluyendo así, los supuestos de soborno (art. 21) y peculado (art. 22).

En el caso específico de la regulación del comiso, los principales aportes que realiza frente a lo propuesto por el Convenio de Viena sobre Narcotráfico, y el Convenio de Palermo, es la declaración de supremacía de los ordenamientos jurídicos internos frente a las disposiciones de este instrumento (art. 31, núm. 10), dejando claro que estas normas deben considerarse como recomendaciones aplicables únicamente a través de la inclusión formal en los ordenamientos jurídicos estatales, por medio de los procedimientos legislativos propios de cada nación.

Además del comiso, existen otros elementos importantes que incorporan los instrumentos normativos analizados. Entre ellos, se puede mencionar la necesidad de generar políticas públicas que propicien la prevención social del delito —en especial de aquellos relacionados con la corrupción de funcionarios— y la cooperación interinstitucional transnacional para aplicar las herramientas incluidas por los Estados en sus respectivas legislaciones.

## REGULACIÓN DEL COMISO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Luego de analizar el desarrollo de la figura del comiso desde su uso contemporáneo a partir de los años setenta del siglo pasado hasta la actualidad, es importante tratar el caso específico de su regulación y uso dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Para ello, es necesario direccionar el análisis a lo prescrito por el Código Penal ecuatoriano de 1871, mismo que lo denomina comiso especial. En su artículo 12 lo trata como una pena aplicable a todas las infracciones previstas en la norma, aunque más adelante, en el artículo 57 limita su aplicación a quienes sean sancionados por crímenes o delitos, excluyendo a los individuos sancionados por contravenciones. Del mismo modo, el artículo 56 limita el comiso especial exclusivamente a aquellos bienes que han sido utilizados para realizar las conductas delictivas, siempre y cuando hayan sido de propiedad del infractor u obtenidos a través del cometimiento de la infracción. Cabe señalar que el comiso podía ser aplicado únicamente en caso de la existencia de sentencia condenatoria (art. 8).

Los códigos penales de 1906, 1938 y 1971 regulan al comiso de una manera similar al de 1871. No fue sino hasta 2014, con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (COIP),<sup>42</sup> que aquello cambia. Para empezar, su denominación se mo-

40 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Registro Oficial, Suplemento 166 de 15-XII-2005, última modificación: 05-VIII-2005.

41 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, *op. cit.*, art. 1.

42 Código Orgánico Integral Penal (COIP) publicado en el Registro Oficial 180, publicado el 10-II-2014, última reforma 16-III-

difica a comiso penal<sup>43</sup> y se incluye como parte de las penas restrictivas al derecho de propiedad. Análogamente, el artículo 69, numeral 2, restringe su utilización a aquellas infracciones cometidas de manera dolosa, excluyendo a los delitos culposos de su aplicación, puesto que, por el principio de proporcionalidad al que está sometido,<sup>44</sup> debe existir cierta equivalencia entre la consecuencia accesoria y la responsabilidad penal.<sup>45</sup> Así, en los casos de delito imprudente, al no existir vínculo subjetivo entre la persona y la consecuencia jurídicamente reprobada, tampoco se puede derivar esta consecuencia de su responsabilidad penal individual.

Otro punto fundamental que añade el COIP es el no limitarse a solo dos modalidades (como sus antecesores), sino que, respondiendo a los requerimientos internacionales de política criminal para combatir el crimen organizado transnacional, prevé seis supuestos de aplicación, siendo el último agregado a través de las reformas de diciembre de 2019 y de noviembre de 2021, en los siguientes términos: «[l]os bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada».<sup>46</sup>

A pesar de la claridad del COIP respecto de los supuestos y alcance de la regulación del comiso, aún existen divergencias en la academia respecto de su naturaleza jurídica. Para el sistema jurídico ecuatoriano, el comiso, al ser parte de las penas restrictivas de los derechos de propiedad, es considerado como una pena o consecuencia accesoria, que requiere de la existencia de una pena principal. Así, debe existir un castigo o sanción principal que esté relacionada con el principio de personalidad<sup>47</sup> y que, por guardar una estrecha relación con el delito respecto de otras penas, tiene como principal finalidad agravar la intensidad del castigo, es decir, no responde a ninguno de los fines de la pena,<sup>48</sup> por lo tanto, el comiso no puede ser considerado como pena en estricto sentido. A pesar de aquello, tampoco se enmarca en las denominadas medidas de seguridad, esto es, no forma parte de ninguna de las consecuencias tradicionales del delito (penas y medidas de seguridad),<sup>49</sup> por lo que parte de la doctrina establece que estas sanciones pertenecen a una tercera categoría, a la cual denominan como peculiares, híbridas o inclasificables.<sup>50</sup>

Para otro sector doctrinario, el comiso se considera como una pena con naturaleza jurídica particular que, más allá de buscar alguno de los fines de la sanción penal, se encarga exclusivamente de privar al condenado de los medios o instrumentos con que cometió el delito.<sup>51</sup> Una tercera posición, que la cataloga como sanción de carácter administrativa o civil, se basa en que la peligrosidad de la cosa genera la necesidad de retirarla del tráfico habitual, para evitar su utilización en futuros delitos.<sup>52</sup> Finalmente, a un cuarto sector doctrinario no le interesa detenerse en analizar la naturaleza jurídica de la sanción, ya que se conforman con aceptar que dicha denominación está vigente en otros ordenamientos comparados.<sup>53</sup> A pesar del interesante debate sobre la naturaleza jurídica del comiso, ese tema excede el alcance propuesto para la presente investigación. Por lo tanto, aunque queda claro que el comiso no tiene una naturaleza jurídica unitaria,<sup>54</sup> en la presente investigación se vinculará conceptualmente esta figura a lo

---

2022.

43 Código Orgánico Integral Penal (COIP), art. 69, núm. 2.

44 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1103.

45 García Falconí, Ramiro, *COIP comentado...*, *op. cit.*, p. 666.

46 Reformado por el art. 19 de la Ley s/n, R. O. 107-S, 24-XII-2019 y por el art. 6 de la Ley s/n, R. O. 392-2S, 17-II-2021.

47 Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, Aranzandi, 2005, p. 285.

48 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Reppertor, 2016, p. 831.

49 Bacigalupo, Silvina, «El comiso de ganancias procedentes de delitos, art. 127 del Código Penal», en *Ganancias ilícitas y derecho penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 84.

50 Bacigalupo, Silvina, «El comiso de ganancias procedentes de delitos, art. 127 del Código Penal»..., *op. cit.*, p. 83.

51 *Ibidem*, *op. cit.*, p. 84.

52 Ananías Zaror, Ignacio, «El comiso de ganancias», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 21, 2014, pp. 153-196.

53 Bacigalupo, Silvina, «El comiso de ganancias procedentes de delitos: artículo 127 del Código Penal» ..., *op. cit.*, p. 86.

54 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 1102.

manifestado tanto en la norma penal ecuatoriana como en la española,<sup>55</sup> esto es, como una consecuencia accesoria.

## TIPOS DE COMISO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

### 1. COMISO DE INSTRUMENTOS

El artículo 69, numeral 2, inciso a) del COIP prescribe que se aplicará el comiso a «[l]os bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible». Este tipo de comiso ha sido denominado por la doctrina como comiso de instrumentos. Sin lugar a duda, es una de las formas de comiso más tradicionales desde su origen, siendo común en la mayoría de las legislaciones que lo han incorporado.<sup>56</sup> En cuanto al alcance del término instrumentos o *instrumenta sceleris*, existe consenso doctrinal en determinar que se refiere a los medios con los que se ejecutó el delito,<sup>57</sup> es decir, son aquellos bienes que fueron empleados o que se encuentran en relación con las acciones a las que son objetivamente imputables la realización del delito. Por lo tanto, se excluye a los objetos que no hayan sido utilizados directamente en la ejecución de la conducta que se procesa,<sup>58</sup> o en los actos preparatorios punibles. En consecuencia, la pena de comiso puede imponerse exclusivamente cuando se haya acreditado que los instrumentos tienen relación de medio, fin o causa con la comisión de un ilícito.

En este caso, el comiso se justifica por lo peligroso que resulta la circulación de estos bienes en el mercado común, pues existe la posibilidad de que dichos objetos puedan volver a ser utilizados para cometer delitos.<sup>59</sup> Es decir, la justificación responde a la peligrosidad objetiva que presenta el bien frente a su posible utilización concreta en la realización de una nueva conducta penalmente relevante<sup>60</sup> y no a la proximidad de su uso respecto del posible resultado lesivo.<sup>61</sup> Por lo mismo, son susceptibles de comiso los bienes intrínsecamente delictivos, como una máquina falsificadora de dinero, o los bienes de ilícito comercio con especial peligrosidad, como las armas o explosivos.<sup>62</sup>

La Corte Constitucional del Ecuador (CC) ha sido enfática en determinar ciertas condiciones indispensables para que el comiso de instrumentos pueda ser aplicado de manera constitucional, sin afectar derechos de terceros que podrían verse vulnerados como consecuencia de un acto ilícito en el que no participaron (derecho a la propiedad, derecho a la seguridad jurídica, etc.).<sup>63</sup> En este sentido, la CC ha determinado que:

[A] declarar el comiso especial se impone una pena en perjuicio de quien es declarado responsable del delito en una sentencia condenatoria. Es por esto por lo que, según la norma referida, cuando se trata de bienes que han servido para el cometimiento del hecho delictivo o que han sido destinados para cometer el delito, el comiso procede siempre que los bienes sean de propiedad de algún partícipe de la infracción penal.<sup>64</sup>

55 Véase, entre otros, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 620-621; Bustos Ramírez, Juan, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 189

56 Santander Abril, Gilmar, «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado», en *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, OEA, 2017, p. 85

57 Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago de Chile, Ed. Universidad Católica de Chile, 2009, p. 83.

58 Ananías Zaror, Ignacio, «El comiso de ganancias»..., *op. cit.*, p. 153-196.

59 Cabana, Faraldo, «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos de los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», en *Revista peruana de Ciencias Penales*, N.º 20, Perú, 2008, p. 12.

60 Castillo Alva, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, IDEMSA, p. 221.

61 García Caverro, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana»..., *op. cit.*, p. 116.

62 García Caverro, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima, IDEAS, 2019, p. 1071.

63 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 1322-14-EP/20, 16 de diciembre de 2020, nota 44.

64 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 1322-14-EP/20, 16 de diciembre de 2020, párr. 39; Sentencia N.º 223-21-EP/21, 27 de octubre de 2021, párr. 32

Es decir, el comiso es posible únicamente respecto de los bienes de una persona sobre la cual pesa una sentencia condenatoria por participar del cometimiento de un delito. En el caso de que los bienes pertenezcan a un tercero no interviniente del acto ilícito, sus bienes no serían susceptibles de ser comisados. Sin embargo, este precepto contiene una excepción que será analizada más adelante.

## 2. COMISO DE PRODUCTOS O EFECTOS

El artículo 69, numeral 2, inciso b) del COIP prescribe que se aplicará el comiso a «[l]os bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal». Este es otro de los primeros presupuestos que han sido históricamente considerados como susceptibles de comiso.<sup>65</sup> El término efectos, o *producta sceleris*, hace referencia a los objetos que provienen de la infracción penal, como por ejemplo, los billetes falsificados, documentos falsificados, la producción de cocaína,<sup>66</sup> etc. Cabe señalar que se trata únicamente de aquellas cosas que tienen su origen en el delito, es decir, que no existían antes de la realización de aquel.<sup>67</sup>

Existe unanimidad doctrinaria respecto a que son efectos del delito aquellos bienes producidos, transformados o manipulados desde la conducta constitutiva de la infracción.<sup>68</sup> Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de su alcance. Por un lado, la doctrina dominante excluye a los objetos de la infracción penal de la categoría efectos.<sup>69</sup> Por otro lado, existen autores que proponen una interpretación extensiva, según la cual son efectos todos los objetos que se encuentran en poder de la persona como consecuencia de la infracción. En este sentido, se debe distinguir entre los efectos del delito y los objetos del delito: se considera objetos aquellos bienes objeto de la acción típica, como lo sustraído en delitos patrimoniales,<sup>70</sup> por lo que se excluye del comiso a los objetos materiales que, por lo general, son de la víctima o, en ocasiones, del autor, como ocurre en los delitos de contrabando.<sup>71</sup>

Los apartados c) y d) prevén supuestos en que los productos o efectos se transformen o mezclen con activos de origen lícito. Al supuesto del inciso c), la doctrina lo ha denominado comiso por transformación o sustitución, y es uno de los principales tipos de comiso indirecto, llamado así porque sus circunstancias de ilicitud se constatan por fuera del marco descriptivo que prescribe el tipo penal.<sup>72</sup> El elemento característico de esta figura es que se puede aplicar a cualquier bien en que los productos o efectos se hayan convertido, o los haya sustituido,<sup>73</sup> es decir, como condición esencial se requiere de la existencia de un vínculo entre los bienes de origen y los transformados.<sup>74</sup>

Por otro lado, el inciso d) se refiere al llamado comiso de bienes ilícitos mezclados con bienes lícitos. Este es uno de los supuestos más problemáticos, pues, al verse involucrado patrimonio de origen lícito, es complicado determinar con exactitud a qué bienes están dirigidos los efectos del comiso, por lo que estos pueden afectar de manera

65 Santander Abril, Gilmar, «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado»..., *op. cit.*, p. 75.

66 Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 357.

67 Hernández, Héctor, *Código Penal comentado. Parte general*, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2011, p. 483.

68 Vargas González, Patricia, *El comiso del patrimonio criminal*..., *op. cit.*, p. 98.

69 Mapelli Caffarena, Borja, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *Revista Penal*, Barcelona, Editorial Praxis S. A., año 1, N.º 1, 1998, p. 51.

70 Mapelli Caffarena, Borja. «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal»..., *op. cit.*, p. 357.

71 Cabana, Faraldo, «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos de los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando»..., *op. cit.*, p. 13.

72 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 95.

73 Vizuela Fernández, Jorge, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», en *Revista Penal*, N.º 19, Huelva, Universidad de Huelva, 2007, p. 165.

74 García Caverro, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana»..., *op. cit.*, p. 119.

injustificada a bienes de origen legítimo.<sup>75</sup> Por esta razón, la norma prevé que, por principio de proporcionalidad, estos bienes serán susceptibles de comiso exclusivamente hasta el valor estimado del producto ilícito que fue mezclado,

En síntesis, el COIP deja claro que también son decomisables los productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal, como por ejemplo, es procedente el comiso del dinero generado de la venta de un bloque de cocaína, porque es la transformación que tuvo el producto del delito. Del mismo modo, se puede decomisar el producto del delito que se mezcle con otros bienes adquiridos de fuentes lícitas, este es el típico caso de lavado de activos, en el que se pretende dotar de legalidad bienes de origen ilegal.<sup>76</sup>

### 3. COMISO DE GANANCIAS

El artículo 69, numeral 2, apartado e) del COIP prescribe que se aplicará el comiso a: «[l]os ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal». Esta figura tiene una relación conceptual muy estrecha con el comiso de efectos, incluso, ciertos autores consideran que las ganancias son efectos del ilícito,<sup>77</sup> por lo que este particular puede llevar a la confusión en aquellos casos en que el efecto tiene un valor económico.<sup>78</sup> Sin embargo, son dos figuras distintas. Su principal diferencia radica en que cuando se habla de ingresos o beneficios derivados de la infracción, se hace referencia a un efecto mediato e indirecto, como por ejemplo, la comisión de un delito que genere un rédito de 1000 dólares, los cuales son puestos, por el autor, en una cuenta bancaria que genere intereses; así, al cabo de un tiempo, el autor obtiene una ganancia por el monto depositado más los intereses generados. En cambio, las transformaciones de los efectos del delito se caracterizan, principalmente, porque son inmediatas y directas, además que, las ganancias *prima facie* no son peligrosas en sí mismas.<sup>79</sup>

La importancia de esta figura radica en que existen infracciones que producen ganancias para los autores del crimen, o que se cometen con la finalidad de obtener un beneficio por ello. Por lo tanto, el objetivo de este tipo de comiso es retirar los réditos que generan los delitos, no por la peligrosidad intrínseca en dichas ganancias, sino porque nadie puede enriquecerse ilícitamente por medio de hechos antijurídicos.<sup>80</sup> De manera análoga, pretende impedir la utilización del beneficio para actos ilegales futuros.<sup>81</sup>

Las ganancias del delito pueden presentarse de dos modos distintos. En primer lugar, pueden derivarse obligatoriamente de la realización del tipo penal, es decir, son las ganancias generadas por la realización de la descripción de la conducta prevista en la norma, por ejemplo, los beneficios económicos que se derivan de la explotación de la prostitución de una persona. En segundo lugar, se trata de las ganancias que aparecen después de la consumación del delito, pero que se obtienen por un elemento distinto al dolo, por ejemplo, un caso de secuestro en que el delincuente se queda con las joyas de la persona secuestrada.<sup>82</sup> En el primer caso existe una intención directa de obtener el beneficio; en el segundo, las ganancias se presentan como efectos colaterales del ilícito.

Se ha generado a nivel internacional un interesante debate alrededor de este tipo de comiso, específicamente, respecto de si las ganancias se refieren a las brutas o a las

75 Santander Abril, Gilmar, «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado»..., *op. cit.*, p. 100.

76 García Caveró, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana»..., *op. cit.*, p. 119.

77 Véase, García Caveró, Percy, *Derecho penal. Parte general*..., *op. cit.*, pp. 1072-1073.

78 Mapelli Caffarena, Borja, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal»... *op. cit.*, p. 357.

79 Ananías Zaror, Ignacio, «El comiso de ganancias»..., *op. cit.*, p. 158.

80 Aguado Correa, Teresa, «Comiso, crónica de una reforma anunciada», en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, InDret, 2014, p. 15.

81 Bacigalupo, Silvina, «El comiso de ganancias procedentes de delitos: Artículo 127 del Código Penal»..., *op. cit.*, pp. 87-88.

82 Vizueta Fernández, Jorge, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes»... *op. cit.*, pp. 163-164.

netas. Por un lado, quienes se decantan por el comiso de ganancias brutas sostienen que el infractor no puede (no tiene derecho) a resarcirse de los costos realizados para el cometimiento de un ilícito.<sup>83</sup> Además, aplicar el comiso a las ganancias netas supondría un gran problema práctico, pues requiere de la realización de cálculos complejos y precisos para determinar las ganancias netas después de deducir la inversión. Por otro lado, quienes se inclinan por las ganancias netas, sostienen que se debe decomisar exclusivamente ganancias y estas solo resultan después de detraer los costos operativos del negocio del que provienen, pues el enriquecimiento ilícito que se trata de neutralizar se produce *ex post* a la realización de la conducta punible.<sup>84</sup> Por lo tanto, aunque la inversión se haya utilizado en actos ilícitos, esta, en sí misma, no es ilícita. Sin embargo, bajo criterios de política criminal que toman en cuenta elementos como la versatilidad de las organizaciones criminales para incrementar sus pasivos y las complejas operaciones que se requerirían para calcular las ganancias netas de este tipo de organizaciones, la doctrina se decanta, mayoritariamente, por el concepto de ganancia bruta a los efectos del comiso.<sup>85</sup>

#### 4. COMISO DE BIENES DE TERCEROS

El artículo 69, numeral 2, inciso f) del COIP prescribe que se aplicará el comiso a «[l]os bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada». Esta modalidad de comiso es denominada por la doctrina como comiso de bienes de terceros, aunque, en estricto sentido, no podría catalogarse como una clase distinta de las que se han desarrollado en párrafos anteriores, pues su objetivo principal es ampliar el ámbito subjetivo de las demás<sup>86</sup> y no prescribir un nuevo supuesto de aplicación. Esta aplicación se justifica en respuesta a la práctica común de los delincuentes de transferir sus bienes a terceros para evitar la sanción,<sup>87</sup> lo cual, a su vez, suele dar lugar a la responsabilidad penal individual de estos sujetos, volviendo susceptibles de comiso propio a esos bienes.<sup>88</sup>

Debido a la posibilidad de ver vulnerados derechos de personas que no han tenido participación alguna en la comisión de algún ilícito, esta forma de comiso tiene límites estrictos. En general, esta figura no procede en aquellos casos en que puedan ser vulnerados los derechos de terceros que, sin tener relación con los actos ilícitos, hayan procedido de acuerdo con el derecho y actuado de buena fe en la adquisición de los bienes.<sup>89</sup> Así, se exige que el tercero tenga el conocimiento o la consciencia de que el bien tiene su origen en una actividad delictiva, o que le ha sido transferido para evitar el comiso, tal como prescribe la norma referida. Hay autores que señalan como elemento adicional que el bien haya sido entregado a título gratuito, o a cambio de un precio significativamente inferior a su valor de mercado.<sup>90</sup> Sin embargo, este último requisito, al no ser parte del texto normativo, es inaplicable en Ecuador.

Sobre esto, la Corte Constitucional ha señalado que el comiso es posible únicamente respecto de los bienes de una persona sobre la cual pesa una sentencia condenatoria por participar del cometimiento de un delito. En el caso de que los bienes pertenezcan

83 Vargas González, Patricia, *El comiso del patrimonio criminal...*, *op. cit.*, p. 143.

84 Véase Blanco Cordero, Isidoro, «El decomiso de las ganancias de la corrupción», en *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, año 1, vol. 1, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, pp. 118-119.

85 Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 361.

86 Santander Abril, Gilmar, «La emancipación del comiso del proceso penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado»..., *op. cit.*, p. 129.

87 Aguado Correa, Teresa, «Comiso, crónica de una reforma anunciada»..., *op. cit.* p. 44.

88 Mapelli Caffarena, Borja, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal»..., *op. cit.*, p. 52.

89 Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, *op. cit.*, p. 205.

90 Aguado Correa, Teresa, «Comiso, crónica de una reforma anunciada»..., *op. cit.*, p. 45.

a un tercero no interviniente del acto ilícito, sus bienes no serían susceptibles de ser comisados. Sin embargo, esta regla se exceptúa en las situaciones en que los bienes «hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada»,<sup>91</sup> dejando claro que, para que el comiso de bienes de terceros sea procedente, se debe demostrar que el titular actual de los mismos los adquirió con conocimiento pleno de su procedencia ilícita, o con la voluntad de impedir su comiso previo.<sup>92</sup>

## 5. COMISO DE VALOR EQUIVALENTE

Además de lo anterior, la norma prevé que se aplicará el comiso en caso de: sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas como sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

A esta modalidad se la conoce con el nombre de comiso de valor equivalente, o comiso de reemplazo.<sup>93</sup> Se originó como mecanismo de reacción frente a los supuestos en que resulta imposible aplicar alguna de las formas clásicas de comiso.<sup>94</sup> Así, se da cuando no es posible comisar los efectos o ganancias del ilícito porque se los ha destruido, ocultado, transferido a terceros de buena fe, o por cualquier razón similar.<sup>95</sup> Esto provee a la Administración de Justicia una solución pertinente a los casos en que en que los bienes ya no se encuentran a disposición del sujeto pasivo del comiso.<sup>96</sup>

Esta regla establece que, en caso de no ser posible el comiso de bienes, se acordará el mismo por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, es decir, en el caso que haya impedimento para decomisar los instrumentos, efectos o ganancias del delito, el juez tiene la facultad de confiscar bienes del condenado que posean el mismo valor.<sup>97</sup> Para esto, se requiere la acreditación del valor de un bien lícito de similares características que sirva como referencia.<sup>98</sup> Esta norma pretende sortear aquellos supuestos que limitan el comiso, como cuando las cosas pasan a un tercero no decomisible por ser de buena fe, o cuando la ganancia se haya consumido u ocultado por tratarse de un bien fungible, en estos casos se prevé la posibilidad de pagar con los bienes lícitos del autor del delito.<sup>99</sup> Este tipo de comiso es relevante pues coadyuva a cumplir una de las finalidades del comiso: nadie debe enriquecerse de forma ilícita.<sup>100</sup> Finalmente, el cálculo del valor de los bienes sobre los que originalmente recae el comiso debe ser calculado en relación con el precio del bien en el momento de la adquisición, de tal forma que si los bienes disminuyeron su valor se

91 Código Orgánico Integral Penal, art. 69, num. 2.

92 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 223-21-EP/21, 27 de octubre de 2021, párr. 32.

93 Santander Abril, Gilmar. «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado»..., *op. cit.*, p. 104.

94 Vizueta Fernández, Jorge, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas»..., *op. cit.*, p. 172.

95 García Cavello, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana»..., *op. cit.*, p. 119.

96 Ananías Zaror, Ignacio, «El comiso de ganancias»..., *op. cit.*, p. 164.

97 Puente, Luz María, «La regulación del comiso en el Código Penal español», en Centro de Investigación Interdisciplinaria en el Derecho Penal Económico, Buenos Aires, 2009, p. 16.

98 Santander Abril, Gilmar. «La emancipación del comiso del proceso penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado»... *op. cit.*, p. 105.

99 Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 102.

100 Aguado Correa, Teresa. «Comiso, crónica de una reforma anunciada»... *op. cit.*, p. 15.

deberá compensar la diferencia.<sup>101</sup>

Se señala también que los valores comisados serán transferidos a la Cuenta Única del Tesoro Nacional, mientras que todos los objetos históricos y las obras de arte se transferirán al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. Aquello, puesto que, desde el momento del comiso, estas forman parte del patrimonio intangible del Estado. Asimismo, en caso de delitos contra el ambiente, se puede ordenar la destrucción o inmovilización de la maquinaria utilizada en el ilícito.

Por último, la Corte Constitucional señala que, para que el enriquecimiento del Estado como efecto del comiso sea justo, este debe ser declarado a través de una sentencia condenatoria impuesta por la comisión de un acto ilícito.<sup>102</sup> En conclusión, la CC ha incorporado como regla general que el comiso solo puede ser procedente tras la verificación material del cometimiento de un acto ilícito y la individualización de la responsabilidad penal de la persona involucrada. Sin embargo, caben excepciones como en el comiso de bienes de terceros, o cuando «pueden existir situaciones excepcionales, con su debido respaldo normativo adicional, como es el caso del comiso de objetos ilegales, de bienes de propiedad del Estado o cuando se desconoce el propietario de mercancías en el ámbito aduanero»<sup>103</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

En definitiva, es indudable que la globalización y la revolución de los sistemas productivos alrededor del mundo han generado beneficios nunca vistos en la historia humana. Sin embargo, este fenómeno no ha beneficiado exclusivamente a las estructuras productivas legales, sino también a aquellas que actúan por fuera de los ordenamientos jurídicos, es decir, a las estructuras de delincuencia organizada transnacional. Precisamente, es este aspecto el que ha generado la necesidad de que la comunidad de naciones produzca, a través de varios instrumentos jurídicos supranacionales, mecanismos y herramientas que permitan una lucha eficaz y colectiva contra el crimen organizado.

El COIP ha convertido al comiso en una de las mejores herramientas jurídicas a disposición del Estado ecuatoriano para el combate a la criminalidad organizada transnacional. Sin embargo, a menos de que la utilización de este mecanismo, de manera interna y externa, esté acompañada del desarrollo y aplicación de políticas públicas de seguridad nacional e internacional, esta medida será insuficiente para lograr cambios significativos en la eliminación de estos grupos delictivos.

## REFERENCIAS

- Aguado Correa, Teresa, «Comiso, crónica de una reforma anunciada», en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, InDret, 2014.
- Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, Madrid, EDERSA, 2000.
- Ananías Zaror, Ignacio, «El comiso de ganancias», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 21, 2014.
- Arboleda Vallejo, Mario y José Ruiz Salazar, *Código de Procedimiento Penal comentado*, Bogotá, Leyer, 2004.
- Bacigalupo, Silvina, «El comiso de ganancias procedentes de delitos: artículo 127 del Código Penal», en *Ganancias ilícitas y derecho penal*, Madrid, Editores: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

101 Puente, Luz María. «La regulación del comiso en el Código Penal Español»... *op. cit.*, p. 16.

102 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 2174-13- EP/20 de 15 de julio de 2020, párrs. 75 y 82; Sentencia N.º 1322-14-EP/20, 16 de diciembre de 2020, nota 28.

103 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 1322-14- EP/20, 16 de diciembre de 2020, nota 28.

- Blanco Cordero, Isidoro, «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», en *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- Blanco Cordero, Isidoro, «El decomiso de las ganancias de la corrupción», en *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, año 1, vol. 1, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- Bustos Ramírez, Juan, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1997.
- Cabana, Faraldo, «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos de los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», en *Revista peruana de Ciencias Penales*, N.º 20, Perú, 2008.
- Castillo Alva, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, IDEM-SA, p. 221.
- Cerezo Domínguez, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, Editorial Comares, 2004.
- Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago de Chile, Ed. Universidad Católica de Chile, 2009.
- Durán Rodríguez Deissy Viviana, *Delincuencia organizada transnacional en América*, Bogotá, Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia Brigadier General Ricardo Charry Solano, ESICI, 2012.
- García Caveró, Percy, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana», en *Derecho PUCP*, N.º 81, 2018.
- García Caveró, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima, IDEAS, 2019.
- García Falconí, Ramiro, *COIP comentado*, tomo I. 2.ª ed., Quito, Latitud Cero, 2014.
- García, Ángel, «Delimitación conceptual de la delincuencia organizada», en *Revista Derecho y Cambio Social*, N.º 37, Perú, 2014.
- Hasbún López, Cristóbal, «El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al proyecto de Nuevo Código Penal», en *Ius et Praxis*. vol. 24, N.º 3, Talca, 2018.
- Hassemer, Winfried, *Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, Heidelberg, Jur. Verl, 1986.
- Hernández, Héctor, *Código Penal comentado. Parte general*, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2011.
- Huber, Bárbara, «El comiso de las ganancias en el derecho penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas», en *Actualidad Penal, publicación técnico-jurídica de derecho penal*, Madrid, Actualidad Editorial S. A., 1990.
- Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1981.
- Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- Mapelli Caffarena, Borja, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *Revista Penal*, Barcelona, Editorial Praxis S. A., año 1, N.º 1, 1998.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, Aranzandi, 2005.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª edición, Barcelona, Reppertor, 2016.
- Mommsen, Teodoro, *El derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1999.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Nash, Claudio y otros, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- OEA, Corrupción y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 diciembre 2019

- Pahul Robredo, María Graciela, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, 2013.
- Pino Abad, Manuel, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1999.
- Puente, Luz María, «La regulación del comiso en el Código Penal Español», en Centro de Investigación Interdisciplinaria en el Derecho Penal Económico, Buenos Aires, 2009.
- Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- Santander Abril, Gilmar, «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado», en *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, OEA, 2017.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- Sornoza-Castro, Rosa, «Delincuencia organizada transnacional y su incidencia en las relaciones internacionales», en *593 Digital Publisher CEIT*, vol. 7, Ecuador, 2022.
- Vargas González, Patricia, *El comiso del patrimonio criminal* (tesis doctoral), Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012.
- Vervaele, Jhon, «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», en *Revista Penal*, N.º 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Vervaele, Jhon, «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», en *Actualidad Penal*, N.º 14, 1999.
- Vizueta Fernández, Jorge, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», en *Revista Penal*, N.º 19, Huelva, Universidad de Huelva, 2007.

## NORMAS NACIONALES

Código Orgánico Integral Penal (COIP) publicado en el Registro Oficial 180, el 10-II-2014, última reforma 16-III-2022.

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 153 de 25-XI-2005, última modificación: 21-III-1990.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Registro Oficial, Suplemento 166 de 15-XII-2005, última modificación: 05-VIII-2005.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Registro Oficial, Suplemento 153 de 25-XI-2005.

## JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.o 1322-14-ep/20, 16 de diciembre de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 2174-13-EP/20 de 15 de julio de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 223-21-EP/21, 27 de octubre de 2021.



## Lo inútil del derecho

Carlos Manuel Rosales<sup>1</sup> | [iD](#) Investigador de la Universidad de Chile (Chile)  
Óscar Ruiz Vargas<sup>2</sup> | [iD](#) Universidad Nacional Autónoma de México (México)

**RESUMEN** El presente trabajo expone ciertos elementos de la cultura legal que poco o nada aportan al conglomerado social. Por lo que se desentraña varios temas en los que la ciencia jurídica ha quedado desfasada, reducida, desconocida, incomprendida, inutilizada, sobrevalorada, inalcanzable o incompetente ante los desafíos que exige el país y una sociedad que requiere de leyes e instituciones, que permitan una mejor convivencia entre las personas.

**PALABRAS CLAVE** Constitución, derecho, efectividad, seguridad, justicia.

FECHA DE RECEPCIÓN 7/7/2022      FECHA DE APROBACIÓN 1/9/2022

## The futility of law

**ABSTRACT** The present work exposes certain elements of the legal culture that contribute little or nothing to the social conglomerate. Thus, several issues are unravelled in which the legal science has been outdated, reduced, misunderstood, disabled, overvalued, unknown or incompetent before the challenges demanded by the country and a society that requires laws that allow a better coexistence between people.

**KEY WORDS** Constitution, law, effectiveness, security, justice.

*El valor institucional del derecho se puede observar en su efectividad social.*

- 
- 1 Doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; máster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar; máster en Ciencias Internacionales, Universidad Central del Ecuador; especialista en Derecho Administrativo, profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
  - 2 Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar; especialista en Derecho Administrativo.

## INTRODUCCIÓN

El derecho se puede observar desde varias aristas que van desde su aplicación, su enseñanza, su creación, su reformabilidad, su interpretación y demás conceptos; pero que actualmente lo han colocado como un producto suntuoso, exclusivo, corrupto, y cada ocasión más apartado de la sociedad.

Indubitablemente, el sistema normativo de un país es el reflejo de su conglomerado social. Pero realmente se debe replantear, si las leyes (hablando desde su origen, hasta sus diligencias) están generando y produciendo una mejor convivencia social y una mayor seguridad a las personas.

Esta disertación es una crítica a diversas visiones y usos del derecho, que lo han desvirtuado; demeritándolo y desvinculándolo de su efectividad total. En el que el precio de su desentendimiento, desactualización y falta de socialización ha generado un producto no solo deforme, sino un instrumento de abuso, desigualdad e injusticia.

El presente trabajo se divide en cinco principales apartados: las escuelas infames, el mercado salvaje, las normas injustas, la jurisdicción incompetente y la justicia utópica. En el primer apartado, se diserta sobre el papel de las facultades de derecho, meditando si estos espacios son buenos colegios, y si son capaces de formar abogados profesionales o si tan solo se han convertido en un negocio privado (en el que la producción en masa y el pago de una matrícula conduce a contar con operadores jurídicos). El siguiente tema que se critica, es el origen y la función del derecho como tentáculo de los factores económicos, que no solo establecen las directrices del sistema económico, sino que dirigen la inercia de los recursos en el mercado. En el tercer subtítulo, se desentraña el valor actual del derecho para los abogados y los justiciables, en el que los asuntos como el tiempo o el debido proceso se vuelven tan trascendentales como la misma sentencia. El capítulo cuarto realiza una biopsia al sistema jurisdiccional, en el que la interpretación de las normas, la justicia pronta, la jurisprudencia efectiva, la personalidad y conducta del personal judicial, y el nuevo posicionamiento de los derechos humanos, hacen reconsiderar la función social de la jurisdicción. El último estudio de esta investigación replantea la anhelada justicia que desea y espera la sociedad, y qué papel deberían tener los especialistas de las normas, para que la justicia no solo sea una carta de buenas intenciones, ni una utopía.

El objetivo de esta investigación es reconocer y explorar el papel que debe realizar y sostener el derecho en un conglomerado social. En el que se espera que las normas, sean el medio para obtener justicia, para que la sociedad pueda realizar sus cometidos y la convivencia sea no solo un ideal, sino que se vuelva real, y solo lo será en cuanto se tenga un derecho más útil, más sencillo, más expedito, más democratizado y menos oneroso.

La justicia es un tema de ayer, hoy y mañana. Pero solo se podrá hablar y sentir este bien/derecho, en cuanto se viva y perciba que ella está al alcance de cualquier persona y sea útil a los justiciables, y que su trascendencia, se transforme en la clave para formar una mejor sociedad.

## LAS ESCUELAS INFAMES

Actualmente, se posee una excesiva cantidad de institutos que ofrecen la licenciatura en Derecho entre sus planes académicos. Esto origina la primera pregunta, quién, cómo y por qué se permiten tantos colegios para que impartan esta carrera profesional. Cualquiera puede mirar la gran facilidad para que una escuela/empresa pueda poseer o adoptar esta carrera a su plan docente, pues solo cumpliendo algunos requisitos administrativos, y el pago de los debidos derechos, se puede disfrutar de la aprobación estatal.

Sin embargo, no solo se trata de contar con un plan académico y un plantel con ciertos requerimientos de infraestructura. Además, debe preverse la contratación del

personal administrativo y docente, que permita el eficiente desarrollo de las actividades académicas del colegio, lo que significa el impulso y cuidado de un negocio sano, y sin una pantagruélica carga.

En este momento surge una pregunta, ¿se requieren tantas escuelas de leyes y, por ende, tantos alumnos de derecho? Sin duda, la enseñanza, desde que se secularizó, es una actividad empresarial, por esta razón las universidades (sobre todo particulares) han retomado la instrucción del derecho, pero sin una perspectiva social, sino como una de las áreas o divisiones de sus negocios; sin importar el mercado, la sociedad y/o el futuro de sus egresados. Pero se debería limitar quienes pueden ofrecer clases o quienes podrían estudiar esta licenciatura profesional. Esto se convierte en un tema que podría conculcar libertades y derechos de las personas; sin embargo, ninguna especie sin el debido equilibrio ha logrado sobrevivir en un ambiente cerrado.

Hoy, hay muchos colegios, escuelas e institutos que ofrecen la licenciatura en Derecho en período de diez a dieciocho meses, en estudios por internet, con profesores que brindan un monólogo, a alumnos que parecen convidados de piedra y nos lleva a cuestionar, qué tipo de operadores jurídicos se están formando.

Por los tiempos de pandemia, muchas escuelas siguieron ofreciendo sus servicios a través de plataformas electrónicas e internet. Pero no menos cierto, es que no existía un plan académico ni pedagógico para el desarrollo de las clases en línea, y otro punto muy relevante, es que la forma de contratación de los profesores se realiza por amiguismos, conexiones personales, favores políticos, entre otras formas; pero ninguna con un sistema profesional, imparcial ni eficiente. Esto lleva a preguntarse, ¿son esos maestros expertos en sus materias? ¿sabrán transmitir sus conocimientos a sus pupilos? Entre tantas preguntas que asaltan la razón. Por lo que puede haber pésimos profesores y malos pedagogos de la licenciatura en Derecho, reproduciendo su propia especie.

Lo anterior, llevará como posible efecto que los nuevos abogados se puedan convertir en generadores de injusticias, ya sea por su escasa preparación, su falta de ética profesional, su mínimo contacto con los debates académicos, por poseer muy pocas prácticas profesionales, reducido nivel competitivo; además, de una posible discriminación por la forma y lugar donde estudiaron. Pero el tema que más preocuparía es que estos nuevos egresados podrían ser productores de ilegalidades, ya sea por su ignorancia o por su falta de ética jurídica.

Resumiendo, qué tan útil o inútil se vuelve tener y establecer tantas escuelas de derecho (buenas, regulares, malas y las demás), que producirán abogados (con diferentes capacidades), cuyos resultados impactarán no solo en la fama pública de los mismos, sino en la confianza de los justiciables en la jurisdicción.

## EL MERCADO SALVAJE

Loewenstein y Marx coincidieron en que el derecho es un producto del grupo político del poder, y que ellos buscan consolidar e instaurar su filosofía política y objetivos económicos en las leyes.<sup>3</sup> De esta forma, las normas se convierten en la materialización de la organización económica predominante.

A partir de la validación y difusión del orden constitucional, se produce el efecto de diseñar, permear y dirigir las normas orgánicas y procesales, con el objetivo de servir al interés económico que las haya impulsado.

Lo que se puede observar es que la instauración del sistema normativo está originada por los factores reales del poder (principalmente económicos), en que los contextos histórico, político y económico se vuelven partes del proyecto nacional, pero soslayando

3 Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Argentina, 2007, p. 9.

la importancia y el papel de la sociedad como el fundamento del constituyente. En otros términos, si las normas provienen de un ente económico, su instrumentación y aplicación cuidarán y protegerán a sus intereses, que han fijado no solo un sistema político, sino un plan económico en la legislación.

Ahora, si las normas contienen una inspiración económica, la justicia quedará situada como un bien en el ámbito del mercado y la abogacía será el medio para que este producto pueda ser adquirido por los usuarios (los que puedan pagarla). Esto nos hace reflexionar, sobre lo inútil que se vuelve un sistema social del derecho, en un esquema normativo con fuentes y objetivos económicos.

## LAS NORMAS INJUSTAS

Los legisladores son los delegados de la voluntad popular, y en ellos se deposita la confianza del pueblo para hacer, reformar, derogar y abrogar las leyes, así como actuar de contrapeso frente a los otros poderes públicos. Pero su labor puede estar supeditada o secuestrada a los intereses de la cúpula del partido político, por lo que sus propias iniciativas quedan relegadas a los intereses y negociaciones del ente político, siendo las propuestas del Comité Ejecutivo las ofertas que son cabildeadas junto a los dirigentes políticos.

De esto se desprenden varios óbices, el primero es que las leyes que ellos construyen deben estar acorde a la Constitución (que como ya vimos contiene un componente económico); las normas legales corresponden a los intereses de los partidos, más no de las personas; los factores reales de poder tienen una asociación con los partidos políticos, por lo que las labores de los representantes acaban posicionando o defendiendo las ventajas y beneficios de los grupos económicos en el poder, o en la indebida omisión legislativa, ellos puedan continuar con sus privilegios, y sin tocar sus intereses.

El conflicto y los juicios podrían ser evitados si se fomentara una cultura de la mediación por parte de todos los operadores jurídicos, en el que la posible resolución provenga de los intereses de las partes; que los costos de la impartición y del acceso a un abogado ya no sean un impedimento para que las personas puedan proponer salidas a sus problemas, y que los abogados tengan como imperativo formular acuerdos que solucionen los contrariedades de tracto social, y solo de manera excepcional los asuntos terminen en un juicio. Para lo anterior, hay que modificar los planes de estudio de las universidades, la cultura y forma de trabajo de los abogados e ir acotando los espacios para que los conflictos sociales se puedan desahogar por medio de mecanismos alternativos, y no judicializando las acciones y defensas de los justiciables.

Un tema poco útil de las normas, son los tiempos procesales tan prolongados que se requiere para otorgar justicia. Los tiempos de manufactura y la mano de obra son parte de los costos de producción de un bien o servicio; pues algo similar acaece con el sistema jurisdiccional, en el que cada procedimiento incrementa el gasto que debe realizarse para alcanzar una sentencia. Pero se podría reducir el proceso; debería el juez generar acuerdos entre las partes; podría trasladarse el costo jurisdiccional a los justiciables; y si se hacen estos esfuerzos (y otros), se reducirían los gastos de juicios, acrecentando los asuntos expuestos y resueltos.

Un asunto que posterga los juicios es el de recurrir las sentencias. Se debe replantear el abrogar o reducir las causales de las apelaciones, pero conservando la protección constitucional. Si bien, debe seguir existiendo esta garantía procesal, los requisitos para considerarla por parte del *ad quem* deberían ser más estrictas y acotadas, sin negar el derecho a la parte recurrente, pero reduciendo las causales para discurrir que toda apelación debe ser estudiada en el fondo, ya sea por materia, grado o competencia.

El derecho a una defensa jurídica técnica y profesional es parte de las prerrogativas fundamentales de las personas en una república. Empero, debe repensarse cómo aproxi-

mar y hacer efectivos los derechos, y un medio es la Corporación de Asistencia Judicial, en el que los estudiantes de derecho realizan de forma obligatoria su servicio social en la clínica judicial de su facultad, y con ello, se ofrece una defensa jurídica gratuita a los justiciables que lo necesiten (como en Chile). Con esto, los derechos de defensa serían democratizados y la protección legal sería más amplia.

Concatenado al párrafo anterior, es el hecho que no se ha democratizado el derecho. Esta ciencia no debería ser una facultad exclusiva o un monopolio laboral de los licenciados en derecho, por lo que se debería universalizar su utilización y/o enseñanza mínima de cómo protegerse legalmente, exigencia a las autoridades y para la defensa de sus derechos.

Si bien, el derecho sirve para resolver diferencias entre las personas, solicitar una actuación pública o exigir el respeto de las garantías constitucionales, también se puede utilizar como medio para cometer abusos y generar conflictos. Así, el derecho se puede volver infértil como instrumento de convivencia social, si se busca obtener un privilegio ilegítimo. También, puede observar una generación de desigualdad (abogados y ciudadanos), en el que la ciencia jurídica produce una asimetría de poder entre los que usufructúan el sistema normativo, y los sujetos que intuyen qué es lo justo, en que los abusos y los privilegios son consuetudinarios para los especialistas de las normas, ya sea por egoísmo o para obtener un beneficio indirecto.

Una novedad del derecho se enfoca la instrumentación de la inteligencia artificial (IA), en el que un software diseñado y programado puede producir respuestas y soluciones en los conflictos personales y proveer una justicia pronta, expedita y mucho más económica. Y deseo aclarar, que no se trata de abaratar este bien jurídico, sino de que la justicia sea más democrática, aproximándola a los justiciables, y para que la sociedad posea una opción adicional para destrabar sus intereses contrapuestos.

## LA JURISDICCIÓN INCOMPETENTE

En el espacio de lo inútil que corresponde a los dicasterios de la justicia, se debe poner atención a muchos detalles de sus labores, como sus rimbombantes herramientas de trabajo, sus autoargumentos para provocar una respuesta a un entuerto legal, sus exageradas interpretaciones *ad infinitum*, sus alegatos justicieros, el descuido de su salud mental, o la falta de visión para dirimir controversias de una forma más justa, sin tanto galimatías.

En el rubro de la sempiterna subordinación de la interpretación de las normas, los operadores judiciales tienen el afán permanente de buscar la acepción e instrumentación de un vocablo jurídico, y ya sea que se descubra, localice o invente, se procura encuadrarlo en el asunto que están resolviendo. Esto deja a lado, su labor independiente para actuar de manera subyugada al pasado, a criterios locales y considerando la universalidad de ese significado, sin importar lo casuístico de cada asunto.

Es indubitable que la jurisprudencia tiene tantos usos, vocablos y acepciones, que convierten a la interpretación de las leyes en un mundo poco reconocido, manipulable, impopular y estrambótico. La renovación y la producción a escala de la jurisprudencia más que organizar un cuerpo armónico, lo ha mutado en su esencia y en su finalidad, haciéndola un mecanismo funcional para algunos operadores jurídicos.

Los largos procesos judiciales son una fuente de desventuras. Los tiempos de resolución judicial en muchas ocasiones aplazan los proyectos de vida de los justiciables, detienen el tráfico comercial y suspenden la continuidad del tracto social de las personas involucradas en esa disputa legal. El tema del tiempo es una variable que, si bien es derivada de la actividad principal, está sujeta a la actividad de las partes en el proceso y a las aprobaciones de los procedimientos por parte de los funcionarios públicos, lo que

de manera derivada aumenta los costos para obtener justicia. Por lo que se requiere de procesos más ágiles, de un papel más preponderante de la mediación, de una cultura pacificadora de los abogados para crear, hallar, diseñar y materializar soluciones que enhiesten el valor social del derecho.

En ocasiones, en el trabajo de los operadores jurisdiccionales se puede generar un entuerto al decidir entre los derechos de las partes, y al solventar entre ellos, tendrá que resolver con base en el orden público, la integridad física, la seguridad personal y el interés social, por lo que ciertas determinaciones y resoluciones protegerán los derechos de uno de los sujetos procesales, pero a costa de las prerrogativas de la contraparte. Los denominados actos de molestia se convierten en una injusticia justificada, en el que los derechos de uno de los sujetos están supeditados a una ecuación jurisdiccional del mayor beneficio social.

¿Los jueces están confirmando y/o consolidando como *leitmotiv*, los principios constitucionales en el sistema normativo? Lo primero, es observar el término «principio», como una pauta que ha de observarse, porque es una exigencia de la justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Por lo mismo «los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan»<sup>4</sup> Por lo mismo, para Dworkin, «los principios son la base que construyen los sistemas jurídicos, irradiándose a todo el sistema jurídico».<sup>5</sup>

Para que estos principios tengan el valor intrínseco y peso ponderativo deben estar incorporados en la Constitución, porque, si no, solo serían meros principios morales y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico, sino extrajurídico.

El principio de constitucionalidad consiste en reconocer la existencia de un Estado de derecho, un Estado en donde los actos de la autoridad pública estén sometidos siempre y necesariamente a la Constitución; exige también la existencia de un sistema democrático en donde las decisiones que se toman, y la legitimidad de estas, tenga un fundamento democrático; exige un pleno respeto a los derechos fundamentales; exige la existencia de varios métodos o posibilidades de otorgamiento de prestaciones materiales a los individuos, y un entendimiento de que la Constitución debe regir respecto de la totalidad de las actuaciones del poder público.<sup>6</sup>

Esto nos conlleva a repensar si la Constitución está siendo la brújula y fundamento de las decisiones jurisdiccionales o si solo es un ornamento, como florero de mesa (está al centro de todo, pero solo de adorno); haciéndola poco práctica en las grandes decisiones nacionales y desilusionante ante las exigencias sociales de los justiciables.

## LA PANACEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Actualmente, los derechos humanos (DD. HH.) fungen como el nuevo ogro filantrópico.<sup>7</sup> Como ya mencionamos, las leyes son el reflejo de la sociedad, son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías de las personas. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación para poder alcanzar justicia, bien común, seguridad, etc. Asimismo, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se deben cumplir con los requisitos legales para su operación.

4 Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995, pp. 19-22. Vid. Bix, Brian, *Jurisprudence*, USA, Ed. Carolina Academic Press, 2004, p. 88.

5 *Ídem.*, pp. 77 y 78. Esta concepción la tomó a partir de que de los principios se crean las normas. Básicamente, la distinción que hace Dworkin entre reglas y principios es que, las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica; los principios carecen de dicha consecuencia, debido a que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición ante los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por lo tanto, los principios son superiores a la norma.

6 Cossío Díaz, José Ramón, «Problemas de la justicia constitucional», en *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, México, Ed. TEPJF, 2008, p. 397.

7 Novela de Octavio Paz.

Por otro lado, como es sabido, los DD. HH. son una edificación moral universal, reconocidos y reconstruidos a partir de diversos tratados, convenciones, declaraciones, entre otros; que sirven como los valores probatorios para medir la legitimidad del Estado. También, se debe observar que estos derechos son obligatorios e intrínsecos, no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación, ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos.

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho.<sup>8</sup> Esta exigibilidad es un acto en que se excita a la autoridad un proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo un DD. HH. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento. Ante esto, se emitirá una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DD. HH.<sup>9</sup>

Esta exigibilidad, como se hizo notar, está acompañada de la justiciabilidad, para que sea efectiva.<sup>10</sup> Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal.<sup>11</sup>

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de DD. HH. no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege los derechos morales universales, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto que implica, que el reconocimiento de los derechos humanos no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptora de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado.<sup>12</sup> Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.<sup>13</sup>

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DD. HH. no son un cheque en blanco, sino que hay que ponderarlos, según sea el caso, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún derecho humano. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial.<sup>14</sup>

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si: (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los derechos humanos, el operador

8 Kojève, Alexandre, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva visión, 2005, p. 36.

9 Carmona, Encarna, «Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital», *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, N.º 2, España, 2006, p. 187.

10 Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, USA, Ed. The Johns Hopkins University, 1996, p. 5 y ss.

11 STA 175, Rel. Min., Gildar Mendes, enjuiciada el 17.03.2010.

12 Estos llamados «triumfos» son acuñación de Ronald Dworkin, quien advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Argentina, Ed. Abelot-Perrot, 1996.

13 Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, USA, Ed. Oxford University Press, 2004, pp. 5, 21-48.

14 Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio de 1989. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). *Vid.*, del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Ed. Centro de estudios constitucionales, 2007, pp. 422-423.

jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.<sup>15</sup>

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DD. HH., o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo.<sup>16</sup> Estos derechos son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengüe algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo.<sup>17</sup> O ponderar si la tutela o protección que se solicita colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional.<sup>18</sup>

¿Pero es más importante tutelar y proteger los derechos humanos, que la propia Constitución?<sup>19</sup> Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico (funcionario o juez) y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los DD. HH., de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese derecho humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamaré: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; se restringe alguna libertad; si es *sine qua non* para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombraré como: ponderación mínima.

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad y los derechos humanos provienen de reconocer a la persona con ciertas prerrogativas mínimas, para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida. Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, más no en la forma de su cumplimiento. Empero, los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza, derechos, obligaciones, requisitos, operación y ejecución de estos. Al contrario de los derechos humanos su principal activo es su valor intrínseco, y que sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades.

Por lo que es menester preguntar, ¿Los derechos humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado? o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un DD. HH., se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio.

Se debe proponer algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos DD. HH., cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional, sin que se desprotejan los mismos o se demeriten los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos.

Debe existir un mecanismo que enfoque y localice judicialmente a los DD. HH. para que no se acumulen en una caja de Pandora; sino que, su otorgamiento sea con base en la ponderación del operador jurídico, estimando que no toda exigencia funda-

15 Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio. SCJN.

16 En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal, y se encuentran por debajo de la Constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

17 Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Ed. Clarendon, 1988, pp. 7 y 14.

18 Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Argentina, Ed. EUDEBA, 1987, p. 146.

19 Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, USA, Ed. Yale University Press, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

mentada en derechos humanos debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante, por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales de la población.

A este fenómeno, lo llamo el síndrome Indiana Jones. Todo el mundo conoce el personaje, que hace y su afán justiciero, y en cada batalla solo cambian los argumentos y los villanos, pero el final, siempre triunfa el bien. La pregunta sería para qué se crean, disponen y usufructúan tantas leyes, si acabamos en el reduccionismo de decidir y resolver conforme a derechos humanos, una especie de panacea jurisdiccional.

## LA SALUD MENTAL DE LOS JUZGADORES

En lo que respecta a la salud mental de los operadores jurisdiccionales, se debe anotar lo siguiente para empezar. Proteger los derechos implica creer en las personas, pues no son las instituciones, tampoco los ordenamientos legales quienes vigilan su cumplimiento,<sup>20</sup> sino las personas especializadas para la impartición de justicia en sus respectivos ámbitos (federal, local o municipal).

De ahí que resulte relevante centrar la atención en los operadores jurídicos, pues para lograr una justicia óptima dentro de un sistema no solo se requiere de la norma positivizada y actualizada con la realidad. También se necesita la instauración de órganos y/o instituciones que la administren y apliquen, además es fundamental que quienes estén a cargo de vigilar e impartir justicia, sean aptas para tal responsabilidad.

Por ello, resulta interesante preguntar si quienes ostentan el cargo de juez son idóneas para la función, es decir, si además de tener el conocimiento jurídico requieren de buena salud (física y mental), pues este último elemento podría considerarse como necesario para lograr actitudes congruentes al perfil que exige tal función, ya que la salud también abarca el aspecto psicológico y las emociones. Tener una actitud positiva ante la vida, emprender relaciones personales sanas, limitar las situaciones de estrés y provocar el optimismo son prácticas que no pueden ser ajenas al operador judicial, ya que de alguna manera impactará en la función judicial a través de su labor.<sup>21</sup>

La inteligencia emocional en los operadores jurídicos es un elemento primordial de la justicia, pues en varios textos doctrinales y jurídicos se ha hecho énfasis en la importancia e implementación de los derechos humanos, en los marcos normativos así como en las instituciones a cargo de su vigilancia, pero a juicio personal, me parece que para lograr tal fin es necesario poner atención en quienes están a cargo de administrar justicia, pues no basta que dicha persona tenga conocimiento jurídico, sino que física, psicológica y emocionalmente se encuentre estable y en completo bienestar, ya que dichos aspectos serán reflejados en la labor, es decir, en la administración interna del órgano judicial a su cargo, así como en las sentencias que emita.<sup>22</sup>

El arte de juzgar va más allá de forjar juzgadores que solo resuelvan determinado número de asuntos cada semana, cada mes, cada año, pues de ser así, sería importante ir visualizando a un ser dotado de inteligencia artificial que integre una memoria con todos los ordenamientos jurídicos que haya en determinado lugar y época, y solo ir actualizando las modificaciones a los mismos, respectivamente, ya que solo se aplicaría la ley al caso concreto, pero ¿eso es lo que hace que la justicia sea óptima?, me atrevería a afirmar que no, lo que busca el ser humano cuando perturban su armonía en la esfera de sus derechos y libertades y acude a alguna instancia judicial en busca de justicia, es que un ser dotado de conocimiento jurídicos y virtudes le devuelva el equilibrio a través de una decisión con calidad humana y excelencia legal, y que además esa determina-

20 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 87.

21 Di Fabio, Annamaria, *Emotional Intelligence*, Croatia, Ed. Intech, 2012, p. 67 y ss.

22 Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Ed. FCE, 2004, p. 313.

ción pueda ser entendida por toda la comunidad, ya que se construyó con un lenguaje sencillo y apegado a la realidad social.

Actualmente, ser juez significa un gran reto, pues su labor representa una pieza fundamental para tutelar a conciencia los derechos humanos, es decir, cuidarlos en serio, tratando de entender el contexto del todo; para ello no basta con solo interpretar la norma jurídica, sino habrá que involucrarse a cabalidad con la realidad social vigente, auxiliarse de otras ramas científicas y sociales y, sobre todo, el juzgador es ante todo una persona que no debe perder su sentido de humanización. Sin embargo, qué tan apropiado es que un magistrado con posibles problemas de salud mental esté impartiendo justicia, y/o cuando se desconoce si goza plenamente de sus capacidades personales, e impedir que sus problemas psicológicos no vayan a determinar la suerte y el destino de los justiciables.

### **A MAYOR SUPLENCIA, MAYOR PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**

El principio de suplencia de la deficiencia de la queja, llamada también, con menor precisión, «deficiencia de la demanda», por la cual el juzgador de amparo tiene la potestad jurídica de suplir las deficiencias en el planteamiento de la demanda de amparo o del recurso de revisión en su caso, e implica no atender con una perspectiva rígida y formalista a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, e incluso interpretarlos en forma tal que pueda el juez de amparo acotar claramente en qué consiste la violación a los derechos fundamentales que alega el quejoso o las violaciones procesales de las que se duele el recurrente. El órgano de control puede hacer valer cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados. Lo anterior no procede por causa constitucional, legal o jurisprudencial.

En el principio de suplencia de la deficiencia de la queja, el juez no está obligado a resolver el conflicto apegado en conceptos de violación, cuando encuentra que se ha violado de manera manifiesta determinado derecho en perjuicio del agraviado y este, por error o ignorancia, no lo hizo valer en sus conceptos de violación, o en su caso los agravios que plantean los recursos o estos resultan deficientes o ininteligibles. Esta suplencia de la demanda de garantías implica, por una parte, la idea de deficiencia en dos acepciones diferentes, la falta o carencia de algo, y la de imperfección.

Conforme al criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 159/2013, la suplencia de la deficiencia de la queja es una herramienta de la cual debe disponer el juzgador para estar en aptitud de analizar un asunto, a pesar de la formulación incompleta o deficiente que se hubiese realizado de los argumentos respectivos, para no encontrarse limitado por una litis cerrada, en la cual se tendría que constreñir a lo alegado por las partes.

Dicha figura jurídica se traduce en una serie de escenarios diseñados por el legislador en los cuales, debido a los derechos involucrados o a la posición de «desventaja» procesal de alguna de las partes, se justifica que el análisis del juzgador no se limite a lo señalado por quienes intervienen en el procedimiento jurisdiccional respectivo.

Al respecto, la suplencia de la deficiencia de la queja implica una restricción de rango constitucional de algunas exigencias fundamentales del debido proceso; concretamente, al de la necesidad de que los tribunales actúen con absoluta imparcialidad, así como de su deber de resolver en forma estrictamente congruente con lo pedido, y con base en la fijación de una litis previsible sobre la cual las partes puedan exponer sus puntos de vista antes de que se dicte el fallo definitivo; ya que si bien son evidentes las lesiones de estas elementales obligaciones de los juzgadores, dada la incorporación de dicha figura en el texto de la Constitución debe estarse a lo ordenado por ella, ante la contradicción insu-

perable entre la igualdad procesal y el auxilio oficioso que se impuso constitucionalmente a los juzgadores de amparo en favor de determinadas categorías de quejosos.

Consecuentemente, como todo derecho debe ceder ante las restricciones constitucionales, cuya justificación se encuentra en el propósito del constituyente permanente de mejorar la defensa de quienes, por regla general, carecen de conocimientos técnicos para salvaguardar sus derechos, o bien, se encuentran en una condición jurídica en la que debe vigilarse oficiosamente que se observen y respeten sus derechos fundamentales.

Inicialmente en el plano constitucional la suplencia de la deficiencia de la queja fue instituida únicamente para aplicarse en materia penal, sin embargo, debido a las necesidades sociales, sufrió cambios importantes.

Así, la suplencia de la queja deficiente es una institución procesal de rango constitucional, y por lo tanto, los juzgadores de amparo, en los supuestos establecidos en la ley reglamentaria, se encuentran obligados por mandato de la carta magna a examinar oficiosamente la legalidad de las resoluciones ante ellos reclamadas, y de llegar a advertir alguna ilegalidad, procederán a revisar si hubo o no argumento coincidente con la irregularidad detectada, a fin de declararlo fundado, y en caso contrario, suplir su deficiencia.

La idea es que la suplencia sea más amplia, y con ello se beneficie al justiciable, y con esto maximizar el papel y la función del derecho, reconociendo que a mayor suplencia, habrá un mejoramiento no solo en las exigencias, sino en los derechos que se solicita a las autoridades jurisdiccionales.

## ORDEN PÚBLICO

El concepto de orden público ha ido modificándose a lo largo del tiempo, ya que, aunque la expresión siga utilizándose como garantía de la seguridad pública, su contenido ha ido evolucionando desde la conminación de ciudadanos al cumplimiento de la norma, a la garantía de la calidad de vida de estos. De este modo, no es un concepto que pueda aducirse arbitrariamente por la Administración, sino que está sometido a unos límites, en primer lugar, constitucionales, tendientes a evitar precisamente que cierta discrecionalidad se transforme en arbitrariedad.

El orden público nace en el contexto de la monarquía absoluta como una cláusula general de habilitación de la actuación administrativa restrictiva de derechos de los súbditos, de tal manera que la invocación del orden público se convierte en un título de intervención en virtud del cual la autoridad administrativa puede limitar o restringir la esfera privada de los ciudadanos, con el pretexto de preservar la tranquilidad y la paz social. El orden público aparece, así como un título administrativo para el ejercicio de la actividad de policía, entendiendo la doctrina que el concepto se descompone en una triple dimensión: seguridad, salubridad y tranquilidad públicas.

En el Estado constitucional contemporáneo, la noción de orden público ha perdido su connotación inicialmente ligada a la defensa de una indeterminada paz social y se ha relacionado directamente a la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Por otra parte, el orden público ha perdido también su virtualidad como título genérico de intervención, de tal suerte que todas las actuaciones administrativas susceptibles de producir la restricción de derechos de los administrados deben someterse al principio de legalidad, que no cabe excepcionar a través de una genérica invocación del orden público.

El hecho de que el «orden público» sea actualmente concebido como un principio jurídico relativamente indeterminado no constituiría un problema si no estuviéramos hablando de un elemento que desarrolla una clara función directiva en la actividad de toda administración democrática moderna. Este paradigma jurídico y social imposibilita

cerrar el continuo debate sobre la coincidencia entre los fines últimos del Estado y el bienestar de la comunidad.

Así pues, la cuestión principal a tratar se centra en concretar qué es lo que cualquier ciudadano de a pie puede entender por «orden público», cuál es su contenido o componente esencial, y en qué manera esta figura puede influir legítimamente en el desarrollo y disfrute de los derechos que constitucionalmente le han sido atribuidos. Lo que se propone es extinguir esta institución, pues se ha utilizado para frenar, menguar, desconocer o inhabilitar los derechos de los justiciables, so pretexto del orden público.

## EL ABSURDO DEL ESTRICTO DERECHO

El principio de estricto derecho es la restricción interpretativa por la cual el juez de amparo debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado según lo dispuesto por el quejoso en los conceptos de violación expresados en la demanda.

Los medios de control constitucional se deben dirigir por un nuevo bloque integral unificado, esto es, atendiendo el andamiaje normativo que proteja en mayor medida al gobernado e interpretando las disposiciones con la protección más amplia a los derechos de este, de acuerdo con lo establecido en la ley. Los criterios ampliados y dirigidos deben ser vistos conforme los nuevos principios que en mayor medida se reflejan en instrumentos que velan por los derechos fundamentales de los gobernados, como el amparo.

Debemos atender que el origen del principio de estricto derecho se da en un sistema positivista y en un momento histórico determinado, con el imperio de un sistema jurídico de carácter formalista donde se exige una argumentación precisa y técnica para el quejoso en la elaboración de agravios y violaciones del escrito de amparo. Del mismo modo, cabe señalar el origen ya referido, respecto de su inclusión en el sistema jurídico mexicano como obstáculo procedimental para el desahogo del rezago judicial, una limitación legal que atañe al juzgador respecto de establecer un análisis, con la experiencia de su pericia y conocimiento jurídico donde se protegiera al particular en caso de observar alguna violación o agravio que no se dispuso de manera conveniente en el escrito de amparo, o que se encuentra ausente de este.<sup>23</sup>

El principio del estricto derecho estriba en que el juzgador debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado a la luz de los argumentos externados en los «conceptos de violación», expresados en la demanda, y si se trata de resolver un recurso interpuesto contra la resolución pronunciada por el juez, en que el revisor se limite a apreciar tal resolución tomando en cuenta, exclusivamente, lo argüido en los «agravios». No podrá, pues, el órgano de control constitucional realizar libremente el examen del acto reclamado, en la primera instancia si se trata de amparo indirecto o en única instancia si es directo, ni de la resolución recurrida si el amparo es bi-instancial, pues debe limitarse a establecer, respectivamente, si los citados conceptos de violación y, en su oportunidad, los agravios, son o no fundados, de manera que no está legalmente en aptitud de determinar que el acto reclamado es contrario a la Carta Magna por un razonamiento no expresado en la demanda, ni que la sentencia o resolución recurrida se aparta de la ley por una consideración no aducida en los agravios respectivos.

En virtud de este principio puede ocurrir que, no obstante que el acto reclamado sea notoriamente inconstitucional, se niegue la protección de la justicia solicitada por no haberse hecho valer el razonamiento idóneo, conducente a aquella conclusión;

23 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37603.pdf>

y que, siendo ostensiblemente ilegal la resolución recurrida, deba confirmarse por no haber expuesto el agravio apto que condujera a su revocación.<sup>24</sup>

## LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS MATERIALES

Hay un tema transversal y multidisciplinario en diversas ciencias y ramas del Estado cuando se reconocen las peticiones de derechos humanos de los justiciables. No solo por la cuestión de la progresividad de los derechos morales universales, sino que el otorgamiento de estos generará un costo financiero para la autoridad. Se debe advertir que no se entrega de manera gratuita los medios o bienes para el cumplimiento del derecho, sino que el costo es trasladado al erario, produciendo una redistribución del erario por un medio indirecto, y por lo mismo, es la misma sociedad la que resulta patrocinando la petición del afectado en su esfera jurídica.

Pero se debe considerar que no siempre es posible el acatamiento absoluto de una resolución o sentencia jurisdiccional, por el obstáculo para que se pueda satisfacer el requerimiento hecho por la(s) persona(s). En esta situación, es posible que ante la imposibilidad física o material de la obediencia a la norma, orden o sentencia para llevarla a cabo, la autoridad responsable de consumir lo pedido u ordenado declare su inadmisibilidad.<sup>25</sup>

El costo económico se vuelve un elemento a tomarse en cuenta para el cumplimiento de varios derechos, pues muchos de ellos tienen relación con los bienes materiales (como la salud o el pago del arancel para la educación), el mercado influye en el precio (con base en la oferta y la demanda), y, por tanto, al ser un bien comercial, se debe adquirir mediante el intercambio de bienes y recursos con cargo a la autoridad para dar observancia a esa garantía.

## LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DEL ESTADO

Uno de los asuntos al reconocer los derechos humanos, es que sus peticiones tendrán una acción por parte de la autoridad para que la(s) persona(s) ya sea como una directriz en su actuación y como un mandato de una autoridad, por lo que tendría la obligación de someterse al imperio de la norma. Sin embargo, la autoridad judicial al ordenar el cumplimiento del derecho no considera el tema de la posibilidad material y económica del Estado.<sup>26</sup>

También puede ser que el óbice no sea por recursos del erario, si no que implique ir contra los derechos fundamentales (la prisión preventiva oficiosa en México que atenta contra la presunción de inocencia o el arraigo que conculca la libertad personal) o las instituciones que conforman el sistema positivo nacional (por ejemplo, un tratamiento experimental cuyo costo debería absorber el sistema de salud público). Y ante ello, se dé la imposibilidad del Estado para obedecer de manera absoluta la práctica consuetudinaria de los derechos humanos o la orden de un juez.

La imposibilidad del cumplimiento de una sentencia por parte del Estado debe estar justificada con argumentos más allá de lo legal, argumentando su costo social, político o económico que podría conllevar el acatamiento de los fallos judiciales. Esta inaplicación por incumplimiento de los derechos, derivada, es con fundamento en la ley,

24 <http://dicionarijuridico.mx/definicion/principio-de-estricto-derecho/>

25 Rosales, Carlos Manuel, La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, año 15, N.º 48, Argentina, 2018.

26 Rosales, Carlos Manuel, Justiciabilidad de los derechos sociales, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, N.º 2, Universidad Federal de Paraná, Brasil, 2019.

pero su acatamiento conlleva a considerar las circunstancias materiales, y en muchos casos tendrá que producirse un gasto por parte de la autoridad.

Por ejemplo, ante el cambio de forma para dictar clases por el sistema de educación pública se requiere de internet, computadoras y/o teléfonos que sirvan para tal objetivo, por lo que se debe cavilar ¿El Estado debería costear todos esos bienes materiales para que se goce del derecho humano a la educación? O en un tratamiento médico de reciente experimentación (que es bastante oneroso, además de la transportation al extranjero). ¿Se tendría que financiar el derecho humano a la salud, a costa del resto de los derechohabientes o por el Estado? <sup>27</sup>

Se debe prestar atención, en que el no pago del derecho prestacional por el quejoso, se traslada al dominio de la dependencia pública, que recortará o readministrará sus recursos financieros para el cumplimiento de la sentencia judicial; esto implica que no saldrá gratis el bien o servicio para el justiciable, sino que será la sociedad la que patrocine el costo de ese derecho.

Y aquí cabe otra pregunta. ¿Debería el juzgador tener una conciencia del costo económico para la tutela de los derechos o solo debe hacer que se respeten y protejan los derechos de los justiciables, sin importar su precio?

## LA FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Uno de los fines de la creación del Estado es brindar seguridad y protección a los derechos de la población, para eso, se necesita establecer un conjunto de leyes e instituciones, pues: «un Estado se justifica, si protege los derechos y libertades de los gobernados». <sup>28</sup>

El objetivo de instaurar un sistema independiente de administración de justicia se materializa en un sistema democrático a través del establecimiento de tribunales independientes y de procedimientos jurisdiccionales para la resolución de conflictos, para que se resuelvan imparcialmente los conflictos, y a su vez, se determinen las sanciones correspondientes. <sup>29</sup>

A partir de la transición que se hizo del Estado absolutista al Estado moderno, se desterró la costumbre de la concentración del poder. <sup>30</sup> Para empezar ya no sería un poder privado, derivado de la autoridad divina; sino que sería el pueblo el que elegiría y reconocería a las autoridades, además de formar parte de las decisiones en los asuntos públicos. También se desconcentró el poder en una sola persona, y se creó un sistema de distribución de funciones entre varios poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial). <sup>31</sup> Un punto fundamental, también fue abrogar el poder despótico de los gobernantes. Ahora estarían limitados por la norma, como medio de defensa del pueblo contra las arbitrariedades. <sup>32</sup>

De esta forma, la Constitución se convirtió en el instrumento para que se colocaran y protegieran los principios, valores y bienes de la sociedad, y por otro lado, la determinación de las funciones de las autoridades públicas. <sup>33</sup> El objeto primario de la Constitución era (y es), ofrecer seguridad a las personas y limitar los actos estatales.

27 En México, la Ley de Amparo prevé que, en caso de imposibilidad de cumplimiento de una sentencia, se dé un cumplimiento sustituto, y con esto proteger los derechos del justiciable que solicitó la protección del Estado.

28 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica*, México, Ed. UNAM, 2003, p. 134.

29 Ponce de León, Armenta, Luis, *Derecho político electoral*, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 7.

30 Anselmino, Valeria, «La división o separación de poderes», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 13, N.º 46, Argentina, 2016, pp. 188-203.

31 Solozabal, Juan, «Sobre el principio de la separación de poderes», *Revista de estudios políticos*, N.º 24, España, 1981, pp. 215-234.

32 Caballero, Antonio José, «La transición del absolutismo al Estado moderno», en *Transiciones y diseños institucionales*, Sergio López Ayllón (ed.), México, Ed. UNAM, 2000, pp. 19-47.

33 Bonilla, Daniel, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Revista Universitas*, N.º 131, Colombia, 2015, pp. 231-276.

Asimismo, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1791 y 1793, advierten la importancia de la Constitución, la separación de funciones, los límites a la autoridad por el principio de legalidad, la no concentración de poder en una sola persona, y el desconocimiento a la autoridad si acumulaba o funcionaba con más poder público que otro.

En el federalista, se reseña y enmarca el valor de la Constitución, la democracia como sistema político, el establecimiento de la forma de gobierno, los deberes de los Estados de la Unión, las funciones del Congreso, entre otros tópicos; pero en el caso que nos interesa, trata el tema del poder judicial y la independencia que debe poseer, para actuar sin cortapisa ni ordenes de ningún poder.<sup>34</sup>

Por lo que se puede observar, existe una vinculación entre democracia y la división de poderes que permite crear un sistema de equilibrios y que se pueda frenar el poder con el mismo poder.<sup>35</sup> Esta organización que nace a partir de la democracia, permite que no haya una concentración de poder, para evitar abusos y, sobre todo, que haya legitimidad de las instituciones públicas.<sup>36</sup>

En el tema del establecimiento del poder judicial como parte de las funciones del Estado, se debe considerar que para que este no sea manipulado o subyugado debe de gozar de autonomía e independencia frente a los poderes (públicos, privados y fácticos). Por lo que se analizará qué implica la autonomía para el poder judicial como poder de la unión, y que le permite administrarse al interior, sin interferencias externas.

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos, que les brinde tranquilidad personal, lo que en su conjunto significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido y, mucho menos de relación de jerarquía alguna, con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución, les ha asignado.<sup>37</sup>

La independencia jurisdiccional significa, que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley.<sup>38</sup> Esta garantía judicial tiene por objeto mantener su imparcialidad y ajenos de cualquier influencia a los servidores del Poder Judicial.<sup>39</sup>

La subordinación del juez es solo a la ley y esto es, precisamente, su protección más eficaz y, su garantía para una independencia judicial plena: «La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial que, en gran medida son tributarias del tipo de reclutamiento».<sup>40</sup>

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia. No solo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso, sino, sobre todo, para permitir que tan solo sea un órgano imparcial, el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica.<sup>41</sup>

34 Los volúmenes que hablan sobre la independencia judicial son el 47, 52, 78, 80, 81 y 82. Madison, Hamilton y Jay, *El federalista*, México, Ed. FCE, 2010.

35 Ackerman, Bruce, «The new separation of powers», *Harvard law review*, vol. 113, N.º 3, Cambridge, 2000.

36 Laski, Harold, *Authority in the modern state*, USA, Ed. Kitchener, 2000, p. 28 y ss.

37 Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, pp. 97-109.

38 Melgar Adalid, Mario, *El consejo de la judicatura federal*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 29.

39 Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *op. cit.*, p.17.

40 *Ídem*, p. 46.

41 Caballero Juárez, José Antonio y Concha Cantú, Hugo Alejandro, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, Ed. UNAM-IIJ, 2002, p. 309.

## Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas:

La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El Judicial —o jurisdiccional— no depende del Ejecutivo ni del Legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución política, con base en la división de poderes. «La independencia interior se presenta cuando el juzgador está en posibilidad de conocer o resolver sin que lo distraigan circunstancias propias —oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales— que pudieran desviar la legitimidad del juicio».<sup>42</sup>

El principio de independencia judicial es señalado por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación mexicana, como la: «actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél».<sup>43</sup>

La finalidad de la independencia del Poder Judicial es proveer un «sistema de garantías mutuas, para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político».<sup>44</sup>

El principio de independencia hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman el tribunal, para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido.<sup>45</sup>

Asimismo, el principio de independencia significa «libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones y entes políticos».<sup>46</sup>

Al brindarse independencia a los juzgadores, se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional. Por lo que es determinante contar con autoridades independientes, para desaparecer cualquier duda en su actuación y, sobre todo, garantizar las condiciones para un óptimo desempeño.<sup>47</sup>

Se deduce entonces, que la independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, «de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia».<sup>48</sup>

La independencia judicial es un atributo de «los funcionarios encargados de administrar justicia, por la que no deben ser sometidos a ningún tipo de presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias determinaciones o consejos por partes de otros órganos del poder judicial o inclusive de la misma rama judicial».<sup>49</sup> Nuevamente esta acepción, indica que las injerencias pueden ser internas y externas. En que por órdenes o compromisos con sus superiores, tenga que obedecer una orden, lo que atentaría contra su independencia. Por otro lado, las solicitudes corruptas pueden ser desde el exterior, en el que un agente le invite, sugiere, convide, proponga no usar la norma para definir, sino los intereses privados de las partes.<sup>50</sup>

Por lo anterior, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación mexicana, considera estos factores para que haya independencia del servidor judicial:

42 García Ramírez, Sergio, *Poder judicial y Ministerio Público*, México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 30-31. El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales.

43 Código de ética del Poder Judicial de la Federación, México, Ed. SCJN, 2004, p.17.

44 Negretto, Gabriel y Ungar, Mark, «Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina», en *Política y gobierno*, México, Ed. CIDE, vol. IV, 1997, p. 83.

45 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, México, Ed. TEPJF, 2003, pp. 14-15. *Vid.*, Nieto, Santiago, *op. cit.*, p. 308.

46 Canto Presuel, Jesús, *op. cit.*, p.49.

47 Andaluz, Horacio, «La posición constitucional del Poder Judicial», en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º XXXV, Chile, 2010, pp. 229-243.

48 Por ejemplo, a la Corte Warren se la ha considerado como una corte liberal, mientras que la Corte encabezada por Rehnquist, una tenida una tendencia conservadora. Wolfe, Christopher, *The rise of modern judicial review*, USA, Ed. Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994, pp. 258-291.

49 Sentencia C037-1996. Corte Constitucional de Colombia.

50 Rosales, Carlos Manuel, «Las garantías jurisdiccionales de los impartidores de justicia», *Revista Nuevo Derecho*, Universidad de Envigado, vol. 7, N.º 9, Colombia, 2011, pp. 59-70.

«1. Rechaza cualquier tipo de recomendación que tienda a influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se sometan a su potestad, incluso las que pudieran provenir de servidores del Poder Judicial de la Federación. 2. Preserva el recto ejercicio de su función denunciando cualquier acto que tienda a vulnerar su independencia. 3. Evita involucrarse en actividades o situaciones que puedan directa o indirectamente afectar su independencia. 4. Se abstiene de recomendar, insinuar o sugerir, con un fin ilegítimo, el sentido en que deban emitir los demás juzgadores cualquier determinación judicial que tenga efecto sobre la resolución de un asunto».

Es menester señalar que los magistrados deben estar avalados con diversas garantías para el buen desempeño de su encargo.<sup>51</sup> Estas garantías, en palabras del profesor Héctor Fix-Zamudio son:

[E]l conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la Judicatura.<sup>52</sup> También favorecen la actuación de los justiciables. Entre dichas garantías jurisdiccionales se puede señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la Judicatura relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.<sup>53</sup>

Por lo que se puede deducir que la independencia judicial, no solo beneficia a la judicatura como poder público o a la impartición de justicia como jueces, sino que también favorece a la población, al ser la norma el único canon para resolver los conflictos legales.¿

Se debe considerar lo inútil del derecho cuando las decisiones de los juzgadores no están hechas con base en las leyes, sino por presiones, favores, canonjías, prestaciones, corrupción, entre otros factores que subyugan la independencia judicial, creándose un halo de inseguridad jurídica.

## DE ILUSIONADOS A ILUSIONADORES

Existe una metamorfosis que viven los estudiantes de derecho, en que las ilusiones y la determinación de sus planes está proyectada a que el derecho será la clave de su vida, poseen un sueño para ejercitar la justicia y realizar sus metas. Empero, el tiempo en las aulas, los acercamientos con el sistema legal, sus primeras labores relacionadas con el sistema de administración de justicia, y demás circunstancias, van transformando sus ideales, por actos reales. El aprendizaje que adquieren fuera de la facultad reforma sus pensamientos, teniendo un retoque en su carácter, mutando su voluntad, así como muchos seres que después de las primeras experiencias externas aprenden a cómo sobrevivir en su medio ambiente.

El rol de los alumnos después de los estudios profesionales se moldea por el mercado y por las inercias propias de la esfera jurídica. Ellos al atender a las personas venderán o proveerán un bien o servicio, en el que deberán ser una especie de ilusionadores, para que los justiciables se aproximen a ellos, les informen sus pretensiones, los apoderen, los representen, los asesoren, los conduzcan, los aconsejen, y hasta en ocasiones realizar contenciones o simplemente fungir como un tipo de psicólogo, al escuchar sus situaciones y entuertos.

## LA JUSTICIA UTÓPICA

John Rawls menciona que la justicia es el bien jurídico más importante en una sociedad.<sup>54</sup> Sin duda, se pueden crear y tener leyes e instituciones para impulsarlas, pero eso

51 Sheldon, Charles H., *op. cit.*, p.20.

52 Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, España, Ed. Espasa, 1982, pp. 157, 158 y 163.

53 Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, Ed. FCE, México, 1999, p. 31. *Vid.*, Barreiro Pereira, Francisco Javier, en *Sistemas de justicia electoral*, México, Ed. TEPJF, 1999, pp. 405-430.

54 *A theory of justice*, USA, Ed. Cambridge University Press, 2017, p. 7.

no garantiza que se haya alcanzado justicia; pues dependen de muchos factores como puede ser que los jueces tengan vicios o se encuentren subordinados al Poder Ejecutivo, por lo que la anhelada justicia, se convierte en el sueño vitalicio de los justos, entre un brillo al final del túnel o un espejismo del desierto.

Póngase el supuesto que se cuente con leyes abusivas y/o injustas (legales y constitucionales, como las que declaran un derecho penal del enemigo), entonces la aplicación del derecho será manifestada como una injusticia social, más no como el instintivo de la sociedad, y que servirá para la protección de bienes o servicios de los factores económicos o para continuar los privilegios de los que se poseen el control del poder político.

Si se realiza un corte de caja, se puede observar que la justicia no es pronta, sino que toma su tiempo por las leyes procesales instauradas y por la falta de interés de los operadores jurisdiccionales para ofrecer y producir medios alternativos para dirimir las diferencias entre las partes, y generar decisiones que podrían desahogar la exigibilidad de justicia.

La sumisión de los jueces a los poderes públicos provoca que sus determinaciones estén viciadas. Más allá de la ilegalidad, hay una ilegitimidad teleológica y una mascarada deontológica en el ejercicio del poder público. Se debe mirar que la corrupción invalida la república, porque los intereses privados destruyen la finalidad del espectro público, convirtiendo al país en el botín de los piratas y los mercenarios.

El tema de la gratuidad judicial es relevante. Los recursos financieros y los bienes materiales con los que cuenta la población son despojados, cuando se debe contratar a un profesional de las leyes. Asimismo, la preparación del juicio y demás gastos que realiza el abogado para generar u obtener las pruebas, son costeadas por el justiciable. ¿Pero era necesario todos estos estipendios?, porque no mejor, el haber intentado una mediación que repusiera los derechos de las partes, y satisficiera no solo la acción de una de ellas, sino que la solución sea amigable (en la medida de lo posible). Y aparece un tema que podría reducir la judicialización de muchas pretensiones legales, el tener que pagar por la labor de los jueces, los gastos operarios del tribunal y demás que se devengan por el uso del poder judicial. Y no se trata de una contratación privada de la jurisdicción, sino que el uso de las cortes sea la última opción ante la falta de salidas legales y paralegales; pero en los casos privados, debería la sociedad de pagar los beneficios personales de los justiciables. O tal vez, las personas con capacidad económica, si pudieran contribuir por la impartición de justicia a diferencia de muchas personas, en las que el Estado absorbería esos gastos jurisdiccionales.

Se debe repensar la coexistencia de demasiadas de leyes en los sistemas normativos, pues algunas se vuelven letra muerta ante su inaplicabilidad, y su desconocimiento social es la constante. En muchas ocasiones, no solo se trata de ignorancia de la norma, sino de los costos económicos para aplicarla, por lo mismo, se debe reflexionar su abrogación del sistema positivo y con ello, tornar a un derecho más democrático y otorgar una mayor seguridad a las personas.

## **LOS AUTOCONTROLES DE CALIDAD DE PRODUCCIÓN JURISDICCIONAL**

Para finalizar, me gustaría presentar un breve relato, en el que hago un recuento de los que llamo, los autocontroles de calidad que deben utilizar los juzgadores para validar y conformar sus decisiones.<sup>55</sup>

Beatriz acababa de ser nombrada magistrada federal, y con ello vinieron nuevas responsabilidades, pero, sobre todo, el deber profesional y el corazón ilusionado para impartir una justicia eficiente, pronta e imparcial.

<sup>55</sup> Entre estos se cuenta con test de ponderación, convencionalidad, constitucionalidad, proporcionalidad, parámetros, y demás herramientas que ya son parte de la sinapsis jurisdiccional.

Lo primero que vigilaba en un asunto, era la materia y si era su competencia. Lo segundo, era verificar si estaba en tiempo el recurso y si había interés del justiciable, si la pretensión tenía sentido, y no era un disparate. Luego, seguía las normas que deberían utilizarse desde la Constitución, tratados internacionales, leyes orgánicas, reglamentos, leyes estatales, ordenanzas, circulares, reglamentos, y todo lo relacionado al tema. Luego seleccionaba alguno de los protocolos impuestos a los juzgadores como en cuestión de género, violencia, migrantes, ancianos, niños, discapacitados y grupos indígenas, según fuera el caso. Continuaba la promoción de las pruebas para calificar su licitud, y su respectiva valoración, conforme a lo que se evidenciaba, teniendo en consideración varios estándares probatorios. Pero debía interpretar la norma, y el fin con lo que se creó, por lo que también analizaba las exposiciones de motivos de las leyes concurrentes al caso.

Asimismo, es menester conocer toda la jurisprudencia relacionada, pues es una obligación de las autoridades su cumplimiento y obediencia. Asimismo, se revisa los precedentes jurisdiccionales de otros países, para observar ideas y paradigmas, que nutrieran la sentencia. Un elemento que ya era costumbre, eran los test de proporcionalidad, bloque de constitucionalidad, convencionalidad, entre otros. Pero aún faltaba checar la doctrina sobre el tema, por lo que las investigaciones se hacían con rigor académico. Este proceso seguía para poder ejercer una ponderación de derechos y considerar la debida interpretación conforme, y cuando había intereses contrapuestos, procurar el principio *pro personae*.

En el recuento final, Bety analizaba y calculaba las consecuencias políticas, económicas y sociales de su sentencia, y cómo podría afectar a su magistratura.

Al final del día, Carlos (su novio) le preguntó en la cena; con todos esos elementos, pasos, procesos y demás herramientas jurisdiccionales, ¿se obtiene una mejor justicia?, ¿debe ser tan compleja su construcción?, ¿cuánto tiempo se toma cualquier asunto con esos trámites?, ¿esos pasos alejan o acercan la justicia de las personas? A la mejor, la justicia sea como un paseo en bote, en el que el capitán debe tener pericia y conocimientos especializados, en el que puede haber tormentas, bancos de niebla o un viaje de tránsito habitual, pero que procura que haya llegada a buen puerto.

## EPÍLOGO

El derecho como producto cultural y de convivencia social ha sido asentado por medio de normas, instituciones y operadores jurídicos. Su institucionalización es parte de un proyecto nacional, de una identidad social y de la materialización de los factores reales de poder. Pero qué tan cerca se encuentra de que su instrumentación sea útil a cualquier persona, o en qué momento se podría sentir que dejó de ser un reflejo social, sino una utilidad del mercado.

Este trabajo cuestionó qué está sucediendo actualmente con el derecho, desde varias aristas (que no son las únicas), pero que exhiben y demuestran que se posee un desencuentro entre la utilidad social, el excesivo formalismo, la multiplicidad de escuelas, operadores jurídicos insensibles, y muchos asuntos que deben señalarse, y en una sensata consecuencia y consciencia, deben solucionarse.

## REFERENCIAS

- Ackerman, Bruce, «The new separation of powers», Cambridge, *Harvard Law Review*, vol. 113, N.º 3, 2000.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Ed. Centro de estudios constitucionales, 2007.

- Andaluz, Horacio, «La posición constitucional del Poder Judicial», *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º XXXV, Chile, 2010.
- Anselmino, Valeria, «La división o separación de poderes», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 13, N.º 46, Argentina, 2016.
- Barreiro Pereira, Francisco Javier, *Sistemas de justicia electoral*, México, Ed. TEPJF, 1999.
- Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, USA, Ed. Yale University Press, 1986.
- Bix, Brian, *Jurisprudence*, USA, Ed. Carolina Academic Press, 2004.
- Bonilla, Daniel, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Revista Universitas*, N.º 131, Colombia, 2015.
- Caballero, Antonio José, «La transición del absolutismo al Estado moderno», en Sergio López Ayllón (ed.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, Ed. UNAM, 2000.
- Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral*, México, Ed. TEQOO, 2001.
- Carmona, Encarna, «Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital», *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, N.º 2, España, 2006.
- Código de ética del Poder Judicial de la Federación, México, Ed. SCJN, 2004.
- Cossío Díaz, José Ramón, «Problemas de la Justicia Constitucional», en *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, México, Ed. TEPJF, 2008.
- Di Fabbio, Annamaria, *Emotional intelligence*, Croatia, Ed. Intech, 2012.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Ed. FCE, 1999.
- García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Ed. Porrúa, 1997.
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*, España, Ed. Taurus, 1999.
- Kojève, Alexandre, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva visión, 2005.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Ed. Clarendon, 1988.
- Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.
- Laski, Harold, *Authority in the modern state*, USA, Ed. Kitchener, 2000.
- Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, USA, Ed. The Johns Hopkins University, 1996.
- Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Argentina, Ed. Ariel, 2007.
- Madison, Hamilton y Jay, *El federalista*, México, Ed. FCE, 2010.
- Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, España, Ed. Espasa, 1982.
- Melgar Adalid, Mario, *El consejo de la judicatura federal*, México, Ed. Porrúa, 2000.
- Negretto, Gabriel y Ungar, Mark, «Independencia del Poder Judicial y estado de derecho en América Latina», en *Política y Gobierno*, vol. IV, México, Ed. CIDE, 1997.
- Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica*, México, Ed. UNAM, 2003.
- Ponce de León, Armenta, Luis, *Derecho político electoral*, México, Ed. Porrúa, 1997.
- Rawls, John, *A theory of justice*, USA, Ed. Cambridge University Press, 2017.
- Rosales, Carlos Manuel, «Las garantías jurisdiccionales de los impartidores de justicia», *Revista Nuevo Derecho*, vol. 7, N.º 9, Universidad de Envigado, Colombia, 2011.
- Rosales, Carlos Manuel, «La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de la Plata, año 15, N.º 48, Argentina, 2018.
- Rosales, Carlos Manuel, «Justiciabilidad de los derechos sociales», *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, N.º 2, Universidad Federal de Paraná, Brasil, 2019.
- Solozabal, Juan, «Sobre el principio de la separación de poderes», *Revista de estudios políticos*, N.º 24, España, 1981.

- TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, México, Ed. TEPJF, 2003.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Argentina, Ed. EUDEBA, 1987.
- Sheldon, Charles, *Essential of the American constitution*, USA, Ed. West, 2003.
- Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, USA, Ed. Oxford University Press, 2004.
- Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Ed. FCE, 2004.
- Wolfe, Christopher, *The rise of modern judicial review*, USA, Ed. Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994.

### SENTENCIAS ANALIZADAS

STA 175, Rel. Min. Gildar Mendes, enjuiciada el 17.03.2010.  
Sentencia C037-1996. Corte Constitucional de Colombia.

### RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37603.pdf>  
<http://diccionariojuridico.mx/definicion/principio-de-estricto-derecho/>





## Participación política de las mujeres afroecuatorianas de Esmeraldas, 2009-2021

Jennifer Espinoza | [iD](#) Investigadora independiente

**RESUMEN** Este artículo analiza la aplicación de las acciones afirmativas de la participación política de las mujeres afroecuatorianas del cantón Esmeraldas, desde un enfoque de derechos humanos y de género. Para ello, se realiza la revisión de artículos académicos relacionados al derecho de participación y de identidad étnica-cultural de los pueblos y comunidades; así como de la normativa legal y constitucional pertinente, y los resultados estadísticos del período electoral 2009-2021. Por último, se incorporan las experiencias y vivencias de las mujeres afroecuatorianas en los procesos electorales y cómo estas mujeres comprenden el derecho a la participación política en la sociedad.

**PALABRAS CLAVE** Participación política, derechos humanos, género, mujeres afroecuatorianas, procesos electorales y acciones afirmativas.

FECHA DE RECEPCIÓN 30/08/2022

FECHA DE APROBACIÓN 21/01/2022

### Political participation of afro-ecuadorian women in Esmeraldas, 2009-2021

**ABSTRACT** This article analyzes the application of affirmative actions for the political participation of Afro-Ecuadorian women from the canton of Esmeraldas, from a human rights and gender perspective. To do this, the review of academic articles related to the right of participation and the ethnic-cultural identity of peoples and communities is carried out; in turn, of the pertinent legal and constitutional regulations, and of the statistical results of the 2009-2021 electoral period. Finally, the experiences of Afro-Ecuadorian women in electoral processes and how these women understand the right to political participation in society are incorporated.

**KEY WORDS** Political participation, human rights, gender, afro-ecuadorian women, electoral processes, and affirmative actions.

## INTRODUCCIÓN

La participación política de la mujer ecuatoriana surge, en un primer momento, con el fuerte activismo político y social de la mujer mestiza e indígena en los procesos de la revolución liberal e independencia, en especial con la presencia de mujeres emblemáticas como Paccha Duchicela, Nela Martínez y las tres Manuelas: Espejo, Sáenz y Cañizares (Espinoza, 2016). Así mismo, con el empoderamiento político y social de Matilde Hidalgo de Procel, y con el reconocimiento del derecho al voto o sufragio de la

mujer en el año 1929. Por último, con la participación organizativa y social de las mujeres afroecuatorianas.

En este sentido, el Estado ecuatoriano impulsa acciones afirmativas como medidas de inclusión para la participación de mujeres en el ámbito político, social y cultural, a partir del marco constitucional y legal, que garantiza la promoción de la participación efectiva de las mujeres de forma paritaria e igualitaria, y el desempeño de ellas en los diferentes cargos y funciones públicas-estatales, con base en méritos y capacidades en igualdad de oportunidades, sin discriminación. No obstante, estas medidas de inclusión no garantizan una mayor participación ni representación de mujeres en los cargos sometidos a elección popular, porque aún los hombres son quienes llegan a ser electos para desempeñar algún cargo dentro de las dignidades electas en las elecciones generales del 2009, 2013, 2017 y 2021, en las que hay mayor representatividad de hombres que de mujeres.

Además, el sistema electoral ecuatoriano aún tiene muchas falencias que repercuten negativamente en la representación paritaria (50% de hombres y 50% de mujeres) de las mujeres en la práctica, debido a que no se logra garantizar la inclusión de las mujeres inscritas como candidatas, luego de finalizar el proceso electoral, ya que pocas mujeres llegan a ser electas como autoridades a nivel nacional, provincial y cantonal, dejando a un lado a las mujeres candidatas y que solo los hombres tengan más probabilidades de encabezar las listas de las organizaciones políticas y de acceder a mayores números de escaños electorales. Es por esta razón que se evidencia menor liderazgo y participación de las mujeres en los procesos electorales, debido a la falta de mecanismos apropiados que incluyan la participación de las mujeres desde las organizaciones políticas, con la finalidad de que las mujeres obtengan un avance respecto a la paridad de salida en la designación de cargos de elección popular.

En esta dirección, las mujeres afroecuatorianas tampoco tienen una mayor incidencia en la participación política electoral, organizativa social y comunitaria, porque únicamente se han conformado con participar en las diversas actividades comunitarias y sociales, más aún en desempeñar pequeños cargos designados por parte de las directivas de los pueblos y comunidades. Algo similar sucede con la población de las jóvenes mujeres afroecuatorianas, quienes no participan debido a la falta de recursos y estrategias implementadas por parte del Estado ecuatoriano, e incluso por la falta de empoderamiento y de oportunidades dentro de los pueblos y comunidades.

Así pues, en el presente trabajo se indagará respecto a ¿qué sucede con la paridad de entrada y de salida en la participación política electoral de las mujeres ecuatorianas?; ¿cuáles son los factores que limitan la incursión de las jóvenes mujeres afroecuatorianas en la participación política y organizativa social? También se analizará la incidencia de participación de las mujeres afroecuatorianas desde otras formas de intervención o accionar en la sociedad ecuatoriana.

Consiguientemente, es necesario manifestar que se observan diversos factores que limitan la incursión de la mujer en el ámbito político electoral, organizativo social y comunitario, los cuales se asocian a la baja educación por falta de oportunidades y recursos, responsabilidades económicas frente a la familia y crianza de los hijos, al desconocimiento de sus derechos como ciudadanas o falta de iniciativas comunitarias, estereotipos de género, entre otros (Martínez Flores, 2016). En cierto modo, estos factores coinciden con la exclusión de las jóvenes mujeres, pero para Rocío Vera (2016), el factor más importante que limita la participación de las jóvenes mujeres afros está relacionado con los estereotipos de género, y sobre todo de racismo, que aún se encuentran anclados en las relaciones cotidianas y en las macroestructuras de la sociedad ecuatoriana.

Por otra parte, las medidas de inclusión de las mujeres afroecuatorianas en los diferentes espacios de la sociedad ecuatoriana no cuentan con acciones afirmativas, pensadas desde un enfoque de derechos humanos y de género, más aún desde la diversidad

étnica-cultural. De manera que, es indispensable conocer cómo las mujeres afroecuatorianas llevan a cabo los distintos procesos de participación política desde el territorio y el alcance que estos tienen en el empoderamiento político femenino en el Ecuador.

Es por eso que, el propósito de este artículo académico es presentar los resultados de una investigación sociopolítica, en la que se indague sobre la participación política y las otras formas de participación de las mujeres afroecuatorianas, a partir de las experiencias y vivencias que estas mujeres tienen al incidir o participar en la sociedad y de analizar cómo se puede lograr la construcción de una sociedad ecuatoriana incluyente, equitativa y paritaria desde las acciones afirmativas con un enfoque de derechos humanos y de género.

A todo esto, se expone que el método de investigación a utilizar es el histórico-dialéctico, descriptivo y cuantitativo. Primero, es histórico-dialéctico debido al análisis de la información bibliográfica-documental obtenida referente a los procesos de participación política y las otras formas de participación de las mujeres afroecuatorianas del período electoral 2009-2021. Asimismo, es descriptivo porque aborda sobre las otras formas de participación de las mujeres afroecuatorianas a partir de las experiencias o vivencias que ellas tienen en la sociedad ecuatoriana. Y, es cuantitativo, porque se analiza sobre los datos estadísticos de la participación real y efectiva de las mujeres en las elecciones generales del 2009, 2013, 2017 (primera y segunda vuelta) y 2021 (primera y segunda vuelta).

Se debe mencionar que los resultados estadísticos que aquí se presentan fueron obtenidos de la página del Consejo Nacional Electoral, del Atlas Electoral del Instituto de la Democracia y del Atlas de Género 2018 del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) y de las entrevistas realizadas a las mujeres afroecuatorianas del cantón Esmeraldas (provincia de Esmeraldas).

Al mismo tiempo, se debe articular la revisión doctrinaria-jurídica acerca de las acciones afirmativas que se implementan para garantizar, promover y efectivizar el derecho a la participación política de las mujeres ecuatorianas, teniendo en cuenta que estas tengan un enfoque de derechos humanos y de género. Es por eso, que el sujeto de derechos a analizar son las mujeres afroecuatorianas del cantón Esmeraldas, con la finalidad de extraer las conclusiones que permitan responder al planteamiento del problema mediante entrevistas realizadas de manera personal y por medio del correo electrónico.

En definitiva, estas entrevistas abordarán temas sobre las otras formas de participación y de incidencia en la sociedad ecuatoriana, e inclusive sobre los factores que limitan la participación de las mujeres afroecuatorianas, así como cuáles son las acciones afirmativas que el Estado ecuatoriano implementa para garantizar la participación política y organizativa social.

## **ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES ECUATORIANAS, 2009-2021**

En la intervención organizativa y social, es necesario destacar la participación activa y empoderada de Ana de Peralta, mujer mestiza de la ciudad de Ambato, que en 1752 participó en la creación del primer movimiento de mujeres de la Real Audiencia de Quito. Además, lideró la lucha en contra de la cédula real, dictada por los reyes de España, en la que se prohibía a las mujeres mestizas el derecho a vestir prendas propias de las mujeres indígenas y de las mujeres españolas, por lo que eran inculpadas de atentar a la decencia de las mujeres indígenas y no ser dignas de llevar prendas españolas.

De forma similar, la participación de Rosa Zárate, quien se involucró en el proceso de revolución independentista de 1810; y de Marietta de Veintimilla, considerada símbolo del movimiento feminista a inicios del siglo XX y figura política durante el gobierno de su tío Ignacio de Veintimilla (1876-1883). También, se reconoce las luchas

sociales de las tres Manueles —León, Sáenz y Cañizares—, conocidas como las patriotas ecuatorianas en los procesos de la revolución liberal de 1898; Matilde Hidalgo de Procel, quien en 1924 «logró un empoderamiento civil y democrático en la sociedad, con respecto al derecho al voto y a ocupar un cargo público»<sup>1</sup> en 1941; e incluso Nela Martínez, quien fue la primera mujer diputada por el Partido Comunista de Ecuador y que participó en la revolución La Gloriosa, de 1944.

Adicionalmente, con las luchas sociales y las exigencias de las mujeres ecuatorianas por acceder a más espacios de participación, se consiguió la incorporación del derecho obligatorio del voto/sufragio para las mujeres en la Constitución de la república de 1929 y 1967, como respuesta de la consulta elevada ante el Consejo de Estado de 1924, la cual emitió un dictamen o informe favorable para incorporar a la mujer ecuatoriana en la política e introducir de manera explícita en las Constituciones antes referidas «que son ciudadanos los hombres y mujeres, mayores de edad, que sepan leer y escribir».<sup>2</sup>

Obviamente, esta medida favoreció a ciertas mujeres ecuatorianas, pero ¿por qué esta enmienda constitucional no favoreció a las mujeres y a los hombres que no sabían leer ni escribir?, por la simple razón de que existían diversas pugnas de pensamientos e intereses entre los liberales y conservadores y por la jerarquización ilustrada que interioriza, excluye y conlleva al racismo de los pueblos y comunidades afros.

Sin embargo, a lo largo de las décadas, la participación política de las mujeres ecuatorianas ha fortalecido la construcción de la democracia y la gobernabilidad del país, ya que ha permitido incluir a las mujeres indígenas y afroecuatorianas como sujetos de derecho. Por ello, es necesario revisar los antecedentes históricos que permitieron la inclusión de estas mujeres en los diferentes espacios de la sociedad ecuatoriana: En primera instancia, es necesario indicar que según el último censo del 2010, más del 74% de los afroecuatorianos viven en zonas urbanas,<sup>3</sup> sin embargo, la mayoría de los afroecuatorianos que residen en zonas rurales, se encuentran viviendo en Esmeraldas y en el Valle del Chota.

Por otra parte, como resultado de la promulgación de la reforma agraria de 1964, muchas familias campesinas y afroecuatorianas migraron a las ciudades, donde se enfrentaron con el racismo y la discriminación étnica, social y cultural, lo cual motivó la creación de diferentes organizaciones que vinculaban actividades de manera local, nacional y transnacional como, por ejemplo, en 1977 se llevó a cabo en Colombia el Primer Congreso de la Cultura Negra en América, y las organizaciones afroecuatorianas que participaron en este Congreso crearon en 1979 el Centro de Estudios Afroecuatorianos (CEA).

Con la desintegración del CEA, muchos de sus miembros formaron en 1983 el Movimiento Afroecuatoriano Conciencia, el mismo que contó con el apoyo de los misioneros combonianos, quienes desde 1981 habían instaurado en Quito la Pastoral Afro y el Centro Cultural Afroecuatoriano, el cual se convirtió en un espacio de diálogo y de accionar cultural y político. En 1997 dentro de los «Encuentros de Familias Negras» organizados por la Pastoral se creó la Federación de Organizaciones Negras de Pichincha (FOGNEP), y el Movimiento de Mujeres Negras de Quito (MOMUNE).

Asimismo, cabe mencionar que con la movilización del sector indígena y afroecuatoriano en la ciudad de Quito a finales de los noventa, permitió que el Estado ecuatoriano, a través de la Constitución de 1998, reconozca a los indígenas y afroecuatorianos como ciudadanos y sujetos de derechos colectivos. Con ello, las mujeres ecuatorianas consiguieron representación política en el gabinete ministerial e inclusive llegaron a encabezar la Función Legislativa, Judicial (Corte Nacional de Justicia), Electoral (Consejo Nacional Electoral) y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

1 Espinoza Vijay, J., *Participación política de la mujer en las elecciones seccionales del Distrito Metropolitano de Quito (DMQ), año 2014* (monografía), Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016, p. 6.

2 Prieto, M. y Goetschel, A., *El sufragio femenino en Ecuador, 1884-1940*, Flacso, sede Ecuador, 2008, p. 310.

3 Vera Santos, R., Mujeres afroecuatorianas en Quito: identidades, resistencia y acción política, en *Mundos Plurales, Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública*, Quito, Flacso, sede Ecuador, 2016, p. 34. DOI: <https://doi.org/10.17141/mundosplurales.1.2016.2317>.

Ahora bien, según los resultados obtenidos de la Presidencia de la república revelan que el porcentaje de la participación política de las mujeres en el Gabinete Ministerial se ha ido incrementando de a poco y, a pesar de que en los años 2009 y 2012 manifiestan un porcentaje del 34% y 35% por ciento, respectivamente, la participación política de las mujeres en el año 2010, supera el 40% (ver Figura 1). De igual forma, se realiza una comparación entre los años 2009 (año que se toma como punto de referencia para la comparación), 2010, 2013-2017 y 2019, donde se observa un crecimiento del 6% a 9% de la representación política de las mujeres en el Gabinete Ministerial. Sin embargo, en el año 2021 se evidencia una baja representación de mujeres en el Gabinete Ministerial, que es del 11%.

Por otro lado, con relación a la participación política de las mujeres, en ciertas funciones del Estado, según el Consejo Nacional de Igualdad de Género, el mayor acceso a cargos públicos por designación proviene de la Corte Nacional de Justicia. A pesar de que su presencia no responde al voto popular, la participación política femenina corresponde a un 43%, es decir, que están designadas 12 mujeres. De manera similar, las cifras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social determinan que existen 3 mujeres, correspondiente al 57% que desempeñan un cargo; al igual que el Consejo Nacional Electoral, tiene 3 consejeras que representan el 40% como autoridades,<sup>4</sup> así lo demuestra la figura 2, donde se observa una significativa presencia de mujeres en los cargos mencionados (ver Figura 2).

También es importante mencionar que la Corte Constitucional del Ecuador está conformada por seis juezas y tres jueces; mientras que en el 2019 la conformaron cuatro juezas y cinco jueces. De modo similar, el Consejo Nacional Electoral (2011-2017) contó con tres vocales hombres y dos vocales mujeres; en cambio, en el 2019 cuenta con una mujer indígena como presidenta, una mujer indígena como vocal, y tres vocales hombres. Igualmente, el Tribunal Contencioso Electoral (2012-2018), se conformó con tres vocales hombres y dos vocales mujeres, lo cual se mantiene en el 2019; y, el Consejo de la Judicatura (2013-2019), cuenta con tres vocales hombres y dos vocales mujeres.

En el caso de la participación política electoral de las mujeres en las elecciones presidenciales y parlamentarias del 2013 y 2017, se cuenta con el 46% de representación de mujeres como candidatas en las diferentes dignidades. Por otra parte, en las elecciones generales del 2013 y 2017 tanto las candidaturas de hombres como de mujeres se han mantenido en el 54% y el 46%. Asimismo, en las elecciones generales del 2021 no se presenta mayor cambio o variación, debido a que la representatividad de hombres y de mujeres disminuyó al 1%, de acuerdo con el siguiente cuadro comparativo de resultados (ver Tabla 1).

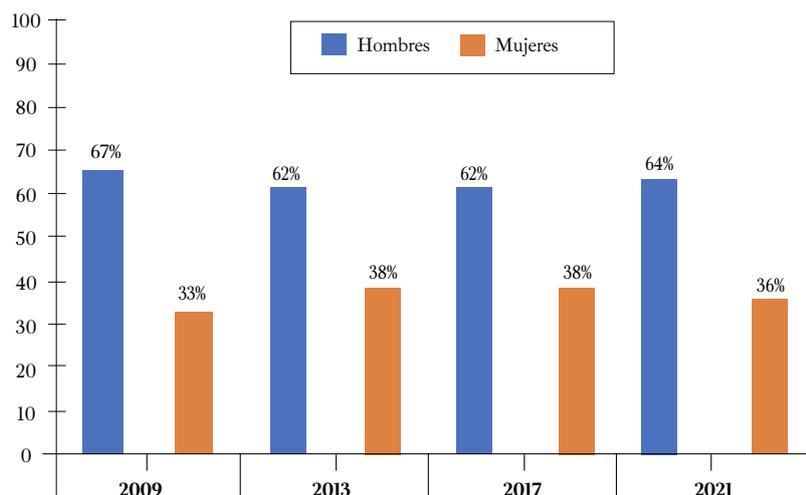
En la tabla 1, se determina que durante las elecciones generales del período electoral 2009-2021, la representación de las candidaturas no presenta una gran diferencia entre ambos géneros, ya que en estas elecciones se destaca la aplicación del principio de paridad para la conformación de las listas con la diferencia porcentual de un 14% tomando en cuenta las elecciones nacionales.

Ahora bien, para ilustrar la tabla 2, por un lado, hay que tomar en cuenta el sistema electoral para las elecciones generales que son unipersonales y pluripersonales. Para la elección de las dignidades de presidente/a y vicepresidente/a, y parlamentarios andinos, son unipersonales; mientras que las dignidades de asambleístas nacionales, asambleístas provinciales, asambleístas del exterior y asambleístas por circunscripción son pluripersonales. Por otro lado, el principio de paridad siempre está presente en las candidaturas. A partir de esta explicación se detallan los datos estadísticos de los candidatos/as inscritos en las diferentes dignidades, según el sexo para las elecciones generales del 2009, 2013, 2017 y 2021 (ver Tabla 2).

Con estos datos estadísticos, se observa que en las elecciones generales del 2009, se evidencia el 25% como mínima participación femenina de candidatas a la dignidad de

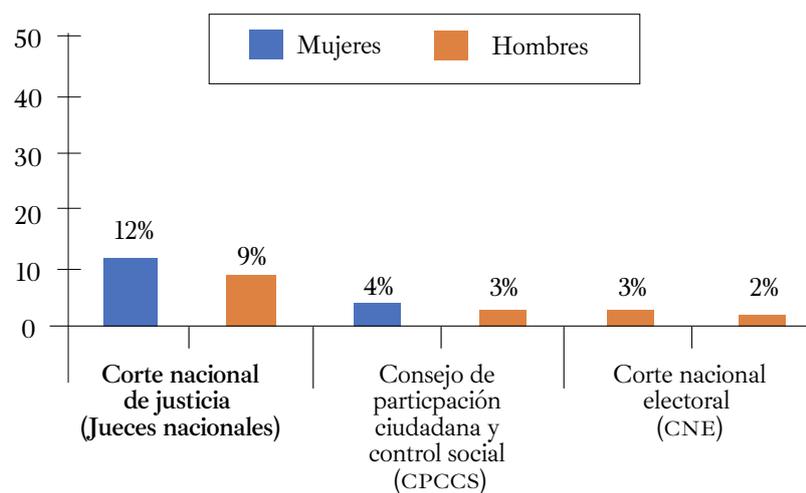
4 Ecuador, Consejo Nacional de Igualdad de Género, Comisión de transición para la definición de la institucionalidad pública que garantice la igualdad entre hombres y mujeres, y Secretaría de Planificación y Desarrollo, «Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017», Secretaría de Planificación y Desarrollo, 2014, pp. 123-124, <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/Agenda-Nacional-de-Mujeres-y-Igualdad-de-Genero.pdf>.

Figura 1. Participación de mujeres en el Gabinete Ministerial (2009-2021)



Fuente: Presidencia de la República

Figura 2. Participación de mujeres en distintas funciones del Estado (2017)



Fuente: Consejo Nacional Electoral

Tabla 1. Participación política de las mujeres en las elecciones generales del 2009-2021

AÑO	ELECCIONES	HOMBRES		MUJERES		TOTAL
		NÚMERO	PORCENTAJE	NÚMERO	PORCENTAJE	
2009	Nacionales	911	53%	810	47%	1.721
2013	Nacionales	769	54%	665	46%	1.434
2017	Nacionales	985	54%	850	46%	1.835
2021	Nacionales	985	54%	850	46%	1.835
	Total	37.314	57%	27.766	43%	65.080

Fuente: Dirección Nacional de Estadística del CNE.

Tabla 2. Candidatos(as) para las elecciones generales del 2009, 2013, 2017 y 2021

AÑO	DIGNIDADES	HOMBRES		MUJERES		TOTAL
		NÚMERO	PORCENTAJE	NÚMERO	PORCENTAJE	
2009	Presidente/ Vicepresidente	6	75%	2	25%	8
	Asambleístas Nacionales	141	52%	129	48%	270
	Parlamentarios Andinos	66	57%	49	43%	115
	Asambleístas Provinciales	698	53%	630	47%	1328
2013	Presidente/ Vicepresidente	8	100%	0	0%	8
	Asambleístas Nacionales	83	50%	82	50%	165
	Parlamentarios Andinos	27	60%	18	40%	45
	Asambleístas Provinciales	394	53%	350	47%	744
	Asambleístas por circunscripción	257	54%	215	46%	472
2017	Presidente/ Vicepresidente	7	87,5%	1	12,5%	8
	Asambleístas Nacionales	116	52%	109	48%	225
	Parlamentarios Andinos	30	54,5%	25	45,5%	55
	Asambleístas prov. y del exterior	832	54%	715	46%	1.547
2021	Presidente/ Vicepresidente	15	93,75%	1	6,25%	16
	Asambleístas Nacionales	131	51%	124	49%	255
	Parlamentarios Andinos	32	43%	43	57%	75
	Asambleístas Provinciales	966	53%	867	47%	1833
	Asambleístas del exterior	15	33%	31	67%	46
Total		3.824	53%	3.391	47%	7.215

Fuente: Dirección Nacional de Estadística del CNE

presidente/a y vicepresidente/a, al contrario del año 2013 donde la participación de las mujeres como candidatas fue nula. Y, aunque en las elecciones generales del 2017 se observa un porcentaje mínimo del 12,5% de participación femenina como candidatas, esta disminuyó en un 6,25% en las elecciones del 2021. Asimismo, en contraste a las demás dignidades como candidatos en los procesos electorales, se evidencia que la diferencia porcentual entre ambos géneros es mínima. A continuación, se señala el porcentaje de

las autoridades electas que hay en las elecciones generales del período 2009-2021, según el sexo y la dignidad (ver Figura 3 y Tabla 3).

Tomando en cuenta la tabla 2 y contrastándola con la tabla 3 y la figura 3, se puede apreciar varios puntos: el primero, respecto a la dignidad presidente/vicepresidente en todos los procesos electorales no hay una mujer electa para ser parte de la función ejecutiva; segundo, para asambleístas nacionales y parlamentarios andinos, la participación política electoral está a la par entre ambos géneros tanto en las candidaturas como en autoridades electas; y, tercero, se aprecia que con los asambleístas provinciales, por circunscripción y del exterior, la diferencia de autoridades electas es cerca del doble a favor del género masculino. Con lo referido, es evidente pensar que el hecho de que una mujer se encuentre inscrita como candidata de alguna lista de organización política, esto no asegura que las posibilidades aumenten para que la mujer sea electa como autoridad a nivel provincial y nacional.

Para concluir, el porcentaje de autoridades electas ha disminuido el 2% en las elecciones generales del 2021 con relación a las elecciones del 2013 y 2017; y, en promedio porcentual, desde el período electoral 2009-2021, el 63% de hombres fueron electos como autoridades, mientras que solo el 37% de mujeres fueron electas para desempeñar algún cargo electoral.

Con la segregación de estos resultados estadísticos, se determina que durante el período 2009-2021, existen 7215 candidatos (as), de los cuales el 53% (3824) son hombres y el 47% (3391) son mujeres. De estos candidatos (as), se eligen 352 (63%) hombres y 204 (37%) mujeres, quedando 6659 personas no electas, lo que equivale al 52% (3472) hombres y 48% (3187) mujeres.

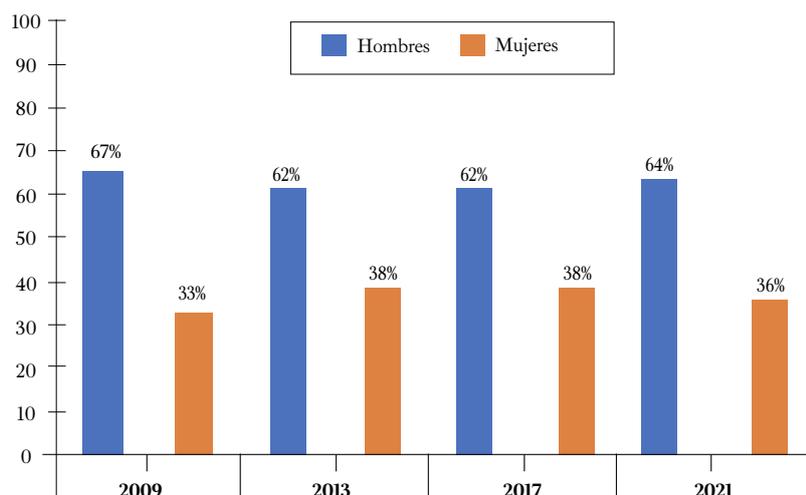
También, se logran segregar los datos de la participación política de las mujeres como candidatas y como autoridades electas según la dignidad y ubicación geográfica a nivel provincial. Así, en términos de paridad, se registra que en el 2009, hay 32 mujeres para el cargo de asambleístas provinciales frente a 71 hombres; en el 2013 son electas 42 mujeres como asambleístas provinciales frente a 74 hombres; en el 2017 se eligen a 41 mujeres como asambleístas provinciales frente a 74 hombres; finalmente, en el 2021 son electas 43 mujeres como asambleístas provinciales frente a 73 hombres.

Por lo tanto, todavía existe la brecha entre la paridad de entrada y salida, por lo que hay un mayor porcentaje de mujeres como candidatas que de mujeres como autoridades electas, e incluso se concluye que no se cumple con los principios de paridad, alternabilidad y secuencialidad ni con la aplicación de las acciones afirmativas en los cargos de elección popular para la conformación o integración de la Asamblea Nacional.

### **PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES AFROECUATORIANAS, 2009-2021 Y ACCIONES AFIRMATIVAS**

En el presente artículo, se analiza cualitativamente cómo las catorce entrevistadas o participantes definen la participación política de las mujeres afroecuatorianas, de acuerdo con las experiencias o vivencias que tienen desde lo académico e institucional, activismo social, trayectoria política y al contexto político/social en el que ellas se encuentran desempeñando sus actividades. Posteriormente, se aborda respecto a las luchas sociales y los espacios de participación organizativa social de las mujeres afroecuatorianas dentro de la sociedad ecuatoriana, a fin de conocer su activismo social y trayectoria política. Consiguientemente, se analiza la participación política electoral de estas mujeres a nivel nacional en las elecciones presidenciales/parlamentarias 2009, 2013, 2017 y 2021, especialmente de las mujeres afros del cantón Esmeraldas (provincia de Esmeraldas), a fin de determinar el índice de candidaturas y de representatividad. Por último, se mencionan los desafíos para el cumplimiento de la participación.

**Figura 3. Autoridades electas en las elecciones generales de los procesos electorales 2009, 2013, 2017 y 2021, según el sexo**



Fuente: Consejo Nacional Electoral

**Tabla 3. Autoridades electas en las elecciones generales del 2009, 2013, 2017 y 2021, según dignidad y sexo.**

AÑO	DIGNIDADES	HOMBRES ELECTOS		MUJERES ELECTAS		TOTAL
		NÚMERO	PORCENTAJE	NÚMERO	PORCENTAJE	
2009	Presidente	1	100%	0	0%	1
	Vicepresidente	1	100%	0	0%	1
	Asambleístas Nacionales	9	60%	6	40%	15
	Parlamentarios Andinos	2	40%	3	60%	5
	Asambleístas Provinciales	75	69%	34	31%	109
2013	Presidente	1	100%	0	0%	1
	Vicepresidente	1	100%	0	0%	1
	Asambleístas Nacionales	8	53%	7	47%	15
	Parlamentarios Andinos	3	60%	2	40%	45
	Asambleístas Provinciales	48	68%	23	32%	71
	Asambleístas por circunscripción	25	56%	20	44%	45
2017	Presidente	1	100%	0	0%	1
	Vicepresidente	1	100%	0	0%	1
	Asambleístas Nacionales	7	47%	8	53%	15
	Parlamentarios Andinos	2	40%	3	60%	5
	Asambleístas prov. y del exterior	78	64%	44	36%	122
2021	Presidente	1	100%	0	0%	1
	Vicepresidente	1	100%	0	0%	1
	Asambleístas Nacionales	8	53%	7	47%	15
	Parlamentarios Andinos	2	40%	3	60%	5
	Asambleístas provinciales	73	63%	43	37%	116
	Asambleístas del exterior	4	80%	1	20%	5
	<b>Total</b>	<b>352</b>	<b>63%</b>	<b>204</b>	<b>37%</b>	<b>556</b>

Fuente: Dirección Nacional de Estadística del CNE.

## I. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DESDE LAS MUJERES AFROECUATORIANAS EN ECUADOR

Las seis mujeres entrevistadas a nivel nacional, que desempeñan cargos importantes y se destacan desde lo institucional, académico-investigativo y organizacional coinciden sobre el reconocimiento del derecho de participación como un derecho civil (ciudadanos), político y electoral (voto/sufragio), tanto para hombres y mujeres que acceden a todos los espacios de poder y a los asuntos de interés público, los cuales son ejercidos «a través de la democracia representativa, directa y comunitaria».<sup>5</sup>

Con relación a esto, se indica que el derecho de participación también es el planteamiento de propuestas y el desempeño de cargos públicos en igualdad de oportunidades y condiciones. No obstante, estos derechos siguen «siendo limitados para las mujeres, porque las mujeres no son informadas sobre los derechos que tienen y el acceso de estos en los distintos espacios de participación».<sup>6</sup>

Por eso, es importante mencionar que el derecho de participación no solamente es reconocido para los hombres y mujeres, sino que también para quienes pertenecen a las organizaciones sociales y colectivos de los pueblos y comunidades afroecuatorianas, y para quienes lucharon desde lo organizativo social, por las desigualdades e injusticias sociales, por la exclusión, por el bajo salario laboral, y por «la incorporación y reconocimiento de los derechos de participación de las mujeres afros e indígenas en igualdad de oportunidades y sin discriminación en la normativa constitucional y legal»,<sup>7</sup> para mejorar las condiciones de vida dentro de su contexto político y social.

En concordancia con esto, las ocho mujeres afroecuatorianas entrevistadas, señalan que todas las mujeres son reconocidas como actrices políticas y sociales, gracias a las luchas sociales de la década de los noventa, en las cuales participaron varias mujeres, entre ellas mujeres indígenas, como Dolores Cacuango y Tránsito Amaguaña, que lucharon por la construcción de los procesos organizativos identitarios. Algo similar ocurre con las luchas sociales del pueblo afroecuatoriano, «en las que participaron destacadas mujeres afros anónimas en la construcción de los procesos comunitarios y ciudadanos».<sup>8</sup>

En este orden de ideas, las mujeres afros entrevistadas señalan las luchas sociales de destacadas mujeres afros, a pesar de que en la historia no se tiene un relato cronológico de sus luchas dentro de los procesos organizativos sociales, culturales y comunitarios. Para ello, toman en cuenta los siguientes hechos: la participación de las mujeres afros anónimas en las luchas sociales «por cuestiones de género y discriminación [...] de la revolución de Concha y alfarista»;<sup>9</sup> «en los procesos de independencia, de integración e inclusión política y social e inclusive por romper las etiquetas y categorías machis-

5 Montaña Valencia, M. Mujer afroecuatoriana, coordinadora del Proyecto de Educación Ciudadana y Formación de Líderes para la Inclusión Social de la Población Afrodescendiente. Fue asambleísta nacional en el 2007, 2013 y fue reelecta en el 2017. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019. Para leer la entrevista completa, ver anexo 1.

6 Olivo Cheme, L. Mujer afroecuatoriana, participó en algunos procesos organizativos y sociales de Esmeraldas. Actualmente, es secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de los Pueblos y Nacionalidades. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 1.

7 Quíñonez Castillo, Ruth. Mujer afroecuatoriana, participó en el Movimiento de Mujeres de Esmeraldas y en los procesos juveniles. Fue activista social del ex Fondo Permanente de Mujeres. Actualmente, se dedica al activismo organizativo social de las mujeres afros. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

8 Quíñonez Castillo, M. Mujer afroecuatoriana, lideró algunos procesos organizativos sociales y culturales. Formó parte del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) y de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Actualmente, se encuentra laborando en la Defensoría del Pueblo. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

9 Ángulo, D. Vicealcaldesa del cantón Río Verde (2009-2014) y de Esmeraldas (2014-2019). Planteó propuestas organizativas sociales para beneficio de las mujeres afros como la Ordenanza de políticas públicas contra la discriminación racial del pueblo afro, la Ordenanza de igualdad de género y la Ordenanza de educación sanitaria «la basura en su lugar». Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

tas». <sup>10</sup> También, por «el reconocimiento de sus Derechos a través del Decenio Afro». <sup>11</sup> Actualmente, las luchas sociales de las mujeres afros se dan por la inclusión de estas mujeres en todos los espacios de participación y en la toma de decisiones; y, por «el direccionamiento del pueblo afro, para que quede en manos de los hermanos afros y no de personas que vienen de otras provincias». <sup>12</sup>

De esta manera, se determina que las mujeres afros conocen de forma general sobre las luchas sociales de las mujeres, en específico sobre sus propias luchas de las desigualdades sociales, necesidades básicas y urgentes en los ámbitos local, provincial y nacional, a fin de mejorar las condiciones de vida, a pesar de que existe un mínimo conocimiento de las luchas sociales de las mujeres afros por los procesos libertarios y por la construcción de los procesos organizativos sociales e identitarios. Por lo tanto, no hay una memoria histórica ni un relato cronológico acerca de las luchas de las mujeres afros. Pero, las mujeres afros entrevistadas coinciden que con las luchas sociales se logró el reconocimiento de sus derechos de participación y su respectivo acceso e inclusión en los diferentes espacios.

Es así como las mujeres afros analizan sobre los derechos de participación dentro de su contexto político-social y coinciden en que los derechos de participación fueron limitados para las mujeres debido a que eran reconocidos y garantizados exclusivamente para los hombres. Pero con las luchas sociales de las mujeres, se logró incorporarlos y reconocerlos en las Constituciones de la República del Ecuador de 1998 y de 2008. De tal manera, Juana Rodríguez Lojanes, señala que el derecho de participación «actualmente es reconocido por las luchas sociales de las mujeres provenientes de los pueblos, comunidades y nacionalidades que buscaron el acceso de las personas en todos los ámbitos y espacios de participación». <sup>13</sup>

Con lo antes referido, Juana Francis Bone hace hincapié en el derecho de participación «como un derecho humano interseccional e incluyente», <sup>14</sup> civil y político, legalmente reconocido para todos los ciudadanos «en igualdad de oportunidades y condiciones sin discriminación». <sup>15</sup> A su vez, Ruth Quiñónez Castillo indica que la mayoría de las mujeres afros ven a la participación como un derecho político electoral, que promueve la incidencia en «la toma de decisiones, la libertad de expresión y opinión pública, elegir y ser elegidos a través del voto y el acceso a los cargos públicos estatales, por designación y por elección popular». <sup>16</sup>

Para Malena Bedón Pata, la participación política tiene que ser igualitaria e incluyente en «la designación de cargos por nominación, por concursos de méritos y oposición, y por elección popular». <sup>17</sup> Pero Ruth Quiñónez, considera que las mujeres afros también incursionan en otros espacios como «los procesos organizativos, en las actividades barriales y comunitarias». <sup>18</sup> Es por eso que Juana Rodríguez Lojanes señala

10 Bedón Pata, M. Mujer afroecuatoriana, fundadora del Foro de Mujeres de Esmeraldas. Fue directora provincial del Departamento de Educación Especial y secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

11 *Ibidem*.

12 Castillo Palma, A. Mujer afroecuatoriana, fue ministra cónsul general del Ecuador en Valencia, Venezuela (2012-2018), fue secretaria de la Fundación «Memoria de mis Ancestros» de Petita Palma, asistente técnica del Centro Cultural de Esmeraldas y coordinadora del Documental «Tal como somos» de la Fundación Amiga. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

13 Rodríguez Lojanes, J. Mujer afroecuatoriana, trabajó en CNEC hasta diciembre del 2018. Fue la primera presidenta de la Asociación de Negros Esmeraldeños. También, fue fundadora y es activista de la Asociación de Negros del Ecuador ASONE. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

14 Francis Bone, J. Activista social y defensora de los derechos de participación las mujeres afros del cantón Esmeraldas. Entrevistada por la autora, 01 de diciembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

15 Vivero Torres, J. Mujer afroecuatoriana, fue presidenta de la Asociación de Migrantes Retornados de la Ciudad de Esmeraldas. Actualmente, trabaja en el Patronato Municipal de Esmeraldas. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

16 Quiñónez Castillo, R. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

17 Bedón Pata, M. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

18 Quiñónez Castillo, R. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

que los derechos de participación son «participar e incidir en los procesos organizativos sociales, comunitarios y políticos»<sup>19</sup> a más de sufragar/votar y ejercer cargos. Esto permite que las mujeres afros sean visibles «en la sociedad en todos los procesos y espacios de participación».<sup>20</sup>

Entonces, los derechos de participación en nuestro contexto político/social, son entendidos como aquellos derechos accesibles e incluyentes, que nos dan la oportunidad de participar y acceder en todos los espacios de participación y empoderamiento, desde un enfoque de derechos humanos y género; y relacionados con los derechos de participación ciudadana, comunitaria, más aún, con los derechos de participación de los grupos colectivos de las mujeres afros.

Desde lo analizado por las participantes que desempeñan u ocuparon cargos importantes y se destacan desde lo institucional, académico-investigativo y organizacional, concluyen que los derechos de participación de las mujeres son comprendidos como derechos civiles y políticos, los cuales se efectivizan con mayor o menor fuerza según el contexto político/social en el que se desenvuelven, y no solo desde el reconocimiento de sus derechos y la reivindicación de estos.

Es por esta razón, que las mujeres afros que participaron en las distintas luchas sociales, como las efectuadas por la fuerte discriminación recibida por parte de las mujeres afros debido a su condición de género, identidad étnica cultural, ruralidad, y por el racismo hacia las mujeres afros; a su vez, por la defensa de los derechos colectivos de las mujeres afros, la promoción y la reivindicación de los mismos que permitieron el reconocimiento del derecho «a la tierra, la propiedad, el acceso a la educación»,<sup>21</sup> llevaron a las mujeres afros e indígenas a empoderarse y contar con una fuerte trayectoria política y social, en relación con las demás mujeres ecuatorianas.

De modo que, las mujeres afros e indígenas han sido parte de las luchas sociales, impulsadas por las diferentes organizaciones y movimientos, que les ha permitido construir sus propios procesos organizativos de participación, como lo señala Luz Haro, a través de «varias agrupaciones el pueblo afro ha consolidado acciones y procesos organizativos, con el propósito de visibilizar su identidad y su efectiva participación ciudadana y política».<sup>22</sup> Al contrario de las mujeres indígenas que, además de consolidar y fortalecer sus procesos políticos y organizativos, buscan destacarse en el planteamiento de propuestas, a fin de crear «modificaciones estructurales al modelo de Estado y a los sistemas políticos y de representación».<sup>23</sup>

Por eso, es necesario referirse a los espacios de participación en los que acceden y participan las mujeres afroecuatorianas. Mae Montaña, considera que las mujeres afros participan a nivel nacional y provincial en «la parte cultural tenemos actrices, escritoras, bailarinas, pintoras de una excelsa calidad que han dejado el nombre del país muy en alto; en la parte deportiva; en la función pública y en la vida política [...] asambleístas electas, alcaldesas, prefectas y varias ministras de Estado».<sup>24</sup>

Asimismo, Loyda Olivo indica que las mujeres afros a más de construir procesos organizativos, sociales y fortalecer los espacios comunitarios, impulsan «el planteamiento

19 Rodríguez Lojanes, J. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

20 Hurtado, M. Mujer afroecuatoriana, fue presidenta de la CONAMUNE y CONAMUNECE de Esmeraldas. Fue vicepresidenta de la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas. Actualmente, activista de la CONAMUNECE. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 2.

21 Garbay, S. Coordinadora de la carrera de Derecho de la Universidad Central. También, es docente titular de Derechos Humanos de la UCE, docente del Programa Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar y docente asociada al Instituto de Género y Derechos de la UCE. Entrevistada por la autora, 16 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 1.

22 Haro Guanga, L. Forjó su vida comunitaria al servicio de la provincia de Pastaza. Fue presidenta de la Junta Parroquial Rural de Fátima (Pastaza), impulsó la creación del Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAJUPARE). Fue exconsejera del Consejo Nacional Electoral en el período 2017-2018. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018. Para leer la entrevista completa, ver anexo 1.

23 Pacari, N., *La participación política de la mujer indígena en el Congreso ecuatoriano. Una tarea pendiente*. p. 2.

24 Montaña Valencia, M. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019, ver anexo 1.

de propuestas en beneficio de las mujeres y acceden a los cargos públicos estatales, por designación y por elección popular [cargos inferiores].<sup>25</sup> No obstante, Marcia Quiñónez, menciona que la mayoría de las mujeres afros en el ámbito provincial «participan más en las actividades culturales, artísticas y comunitarias, que en los cargos de elección popular».<sup>26</sup>

Con lo antes abordado, es importante identificar los espacios de participación, que actualmente las mujeres ocupan a nivel nacional y provincial, específicamente las mujeres afros del cantón de Esmeraldas (Esmeraldas). En primer lugar, las mujeres que desempeñan u ocuparon cargos y se destacan en el ámbito académico o investigativo, coinciden en que las mujeres de manera general participan a nivel nacional en cargos de selección o por designación, como «el Consejo Nacional Electoral, Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Corte Constitucional, Municipio, Ministerios, Secretarías o Subsecretarías, entre otros espacios»;<sup>27</sup> y, en los cargos de elección popular, como autoridades electas en el Parlamento Andino, y en las asambleas nacionales, provinciales y del exterior.

En concordancia con esto, Loyda Olivo indica que las mujeres participan a nivel nacional «en cargos de designación como en el Gabinete Ministerial del 2012, donde el 48% de mujeres accedieron a dichos cargos, y en el 2014 solo ocho mujeres lideraron las Secretarías de Estado».<sup>28</sup> Por otra parte, las mujeres afros «participan a nivel local y provincial en las dirigencias locales, provinciales y nacionales»,<sup>29</sup> en las organizaciones sociales de segundo grado, «en talleres y espacios directivos de las organizaciones políticas».<sup>30</sup>

En suma, los aspectos que requieren ser destacados desde la participación política de las mujeres afros y que han incidido a nivel local, son los siguientes: a) talleres de capacitación y escuelas de formación, b) en las actividades barriales, sociales y comunitarias relacionadas a lo cultural, a lo artístico, al turismo y a las mingas, c) en las actividades deportivas, donde las mujeres afros participan, d) en las directivas de las organizaciones sociales, y e) en los cargos inferiores de las distintas organizaciones o movimientos políticos como secretarías o tesoreras, donde las mujeres afros se destacan mínimamente.

Mientras que en lo provincial, acceden a cargos públicos estatales, cargos por elección popular y por designación. Asimismo, participan en los procesos organizativos sociales, culturales y comunitarios, y en el emprendimiento de actividades turísticas y de artesanías. También en impulsar ordenanzas en beneficio de la comunidad afro. Por último, en el planteamiento de propuestas para beneficio de las mujeres.

Con lo antes referido, se hace alusión que las mujeres afros, además de acceder a estos espacios de participación, también se dedican al cuidado de la familia e incluso a los diferentes emprendimientos que realizan desde el hogar. Estas mujeres, tienen más carga laboral por las actividades que realizan en el hogar (quehaceres domésticos) y por las funciones que desempeñan fueran del mismo, y en caso de no cumplir con sus responsabilidades dentro del hogar, la mayoría de las mujeres afros, son cuestionadas por la sociedad.

A continuación, hay que referirse sobre la aceptación que tienen las mujeres en los diferentes espacios de la sociedad, especialmente las mujeres afros del cantón Esmeraldas (Esmeraldas). La mayoría de las mujeres entrevistadas, coinciden en que las mujeres afros son respetadas, aceptadas y tomadas en cuenta al momento de incidir dentro de los cargos que ocupan o desempeñan por designación, por elección popular o en alguna organización política/social.

Para María Luisa Hurtado, las mujeres afros no reciben un trato diferenciado en los espacios organizativos, pero «en la participación política son tratadas de forma

25 Olivo Cheme, L. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

26 Quiñónez Castillo, M. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

27 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

28 Olivo Cheme, L. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

29 Garbay, S. Entrevistada por la autora, 16 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

30 Cevallos, M. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

minimizada por ser mujer y son discriminadas por ser negras. Así que, hay un trato diferenciado ya que no son valoradas». <sup>31</sup> Para Jeanie Vivero Torres, las mujeres afros que ejercen cargos por designación son tratadas con respeto, «pero queda la duda de que su trabajo sea realizado de forma excelente y que dé buenos resultados». <sup>32</sup> De manera similar, Dannys Cecilia Ángulo Girón indica que las mujeres afros tienen buena aceptabilidad en los distintos espacios de participación, «pero aún palpan un trato diferenciado con respecto a la toma de decisiones». <sup>33</sup>

Por otra parte, las mujeres que desempeñan u ocuparon cargos relevantes y se destacan desde lo institucional, académico e investigativo, y organizacional, manifiestan que la mayoría de las mujeres que logran ser electas para ocupar cargos de elección popular no cuentan con el apoyo respectivo de sus organizaciones políticas (OP) y desempeñan «roles y competencias en un marco de mucha violencia y anulación de sus propuestas, e incluso son víctimas de persecución y violencia política a nivel personal e incluso familiar». <sup>34</sup> Para Mónica Cevallos Alarcón, «aún las mujeres son discriminadas y tienen un trato diferenciado. Pero sí existe la valoración cuando las mujeres afros e indígenas se destacan en cargos superiores». <sup>35</sup>

Actualmente, estos derechos y espacios de participación se encuentran limitados en la sociedad, debido a los factores socioculturales, económicos e inclusive por la falta de cultura política de consenso y por la incipiente fortaleza electoral del movimiento afroecuatoriano, los cuales, no permiten a las mujeres afros acceder a todos los espacios de la sociedad, para incidir en el desarrollo y caminar del pueblo, y alcanzar mejores oportunidades en los diferentes espacios de participación.

También se analiza el derecho de participación desde una perspectiva académica e institucional, para llegar como punto de conexión que los derechos de participación no se refieren únicamente al derecho a elegir y ser elegidas a través del voto/sufragio, a la toma de decisiones y de desempeñar cargos públicos estatales, por designación o nominación, por elección popular o por concursos de méritos y oposición. Al contrario, se refiere a la incursión de los procesos políticos, organizativos sociales, culturales y comunitarios; a la participación en las actividades barriales y comunitarias; a ocupar cargos en las directivas de las organizaciones políticas y sociales; y, al accionar con el planteamiento de las propuestas, proyectos, agendas y acciones como políticas públicas para beneficio de las mujeres.

En esta dirección, Luz Haro menciona que «toda mujer tiene derecho a ser parte de los derechos ciudadanos, políticos y electorales». <sup>36</sup> Así también, Alicia Mosquera Andrade, manifiesta que la participación de las mujeres es fundamental en todos los espacios o ámbitos. Por eso hace énfasis en que la participación de las mujeres es entendida como un mecanismo, «no solo para garantizar su acceso al sistema político, sino también en términos de contribuir a desarrollar capacidades y permitir la elaboración de la propia identidad a través del diálogo con los otros» <sup>37</sup> en los procesos participativos de la sociedad civil. Adicionalmente, las mujeres deben ser consideradas «en los distintos espacios de convivencia y accionar, es decir dentro y fuera de la familia, dentro y fuera de su comunidad». <sup>38</sup>

Sin embargo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, entiende por el derecho de participación que:

31 Hurtado, M. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

32 Vivero Torres, J. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

33 Ángulo, D. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

34 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

35 Cevallos, M. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

36 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

37 Mosquera Andrade, A., *Comunidad, Estado y procesos de subjetivación: análisis de la participación de las mujeres de la parroquia Cusubamba, provincia de Cotopaxi, 1990-2010* (tesis doctoral), Quito, Flasco, sede Ecuador, 2005, p. 17. <http://repositorio.flascoandes.edu.ec/bitstream/10469/8414/2/TflACSO-2015AVMA.pdf>.

38 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

Las personas participan directamente en la gestión de los asuntos públicos al ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos u ocupar cargos ejecutivos. También, participan directa o indirectamente en la elección de los representantes locales, el parlamento, el jefe del Estado y en las consultas nacionales o referendos por ejemplo, de adoptar o modificar la Constitución.<sup>39</sup>

Ante este escenario, se debe hacer hincapié en la formulación y adopción de políticas públicas que inculquen la transformación de la sociedad ecuatoriana y su reconocimiento de lo pluricultural y multiétnico, desde la paridad de género y la igualdad de oportunidades y condiciones sin discriminación.

Al igual que Cecilia Amorós, considero que los derechos de participación de las mujeres se dan en relación con la paridad e igualdad. La «paridad no es lo mismo que la igualdad».<sup>40</sup> Es decir, el primero se refiere a la cantidad, mientras el segundo, implica la forma de hacer y decir la política. Por lo tanto, los problemas de género siguen existiendo gracias al sistema patriarcal que ha dominado durante siglos.

En definitiva, se evidencia que la participación de las mujeres afros es fuerte en el ámbito organizativo social y comunitario, a diferencia de los cargos directivos, de los puestos por designación en los cargos públicos estatales y en los de elección popular. Por último, la mayoría de las entrevistadas mencionan que las mujeres afros también participan en los procesos electorales, que consecuentemente, se van visibilizando los logros del feminismo, y que las mujeres que participan más en política poco a poco van ocupando cargos de máximo poder.

## 2. PARTICIPACIÓN POLÍTICA ELECTORAL DE LAS MUJERES AFROECUATORIANAS 2009-2021

El Ecuador tiene un sistema político electoral democrático, desde una perspectiva de género que permite la estabilidad política del país, en el cual las y los ciudadanos pueden participar activamente de los procesos electorales generales e, incluso, en legitimar la designación de hombres y mujeres como autoridades nacionales. Por ello, el presente artículo académico se centra en los resultados estadísticos electorales de las elecciones generales de 2009-2021, para determinar el número de ciudadanos/as que son elegidos/as mediante cargos de elección popular y por nominación. Sin embargo, no todos los candidatos/as llegan a ser autoridades electas, lo cual genera una controversia entre la paridad de entrada-salida en el sistema electoral vigente.

En este orden de ideas, vale destacar que en las elecciones generales del 2013, cincuenta mujeres fueron electas para ocupar un cargo en la Asamblea Nacional, logrando así mayor incidencia política y representatividad de las mujeres en la tarea legislativa, número mayor que en el año 2009, en el que 40 mujeres lograron ser electas para desempeñar cargos en la Asamblea Nacional. De la misma manera, se debe mencionar que el número de mujeres nominadas como autoridades electas en los años 2017 y 2021, se sigue manteniendo y no logra romper la brecha entre la paridad de entrada-salida ni logra avances en los procesos electorales actuales del país desde una perspectiva de género.

Con este antecedente, se indica que en las elecciones presidenciales y parlamentarias del 2009, 2013, 2017 y 2021, las mujeres afroecuatorianas no accedieron a las dignidades de presidente/vicepresidente. Tampoco se destacaron como asambleístas nacionales ni como parlamentarias andinas en las elecciones del 2009. Sin embargo, en las elecciones del 2009, de las 34 mujeres electas como asambleístas provinciales, solo una mujer afroecuatoriana fue electa para ocupar dicho cargo.

39 ONU, *El derecho a la participación: ¿qué significa la participación en la vida pública en la práctica?*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012. <http://acnudh.org/el-derecho-a-la-participacion/>.

40 Amorós, C., «Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad», *Cátedra, crítica de libros*, 1997, pp. 171-175.

En esta dirección, cabe mencionar que de las 43 mujeres electas como asambleístas provinciales y por circunscripción en las elecciones generales del 2013, tres mujeres afroecuatorianas fueron electas como asambleístas; asimismo, vale destacar la participación de Alexandra Ocles como asambleísta nacional alterna, y de Jazmín Cheme como diputada alterna del Parlamento Andino. De manera similar, en las elecciones generales del 2017, se destaca la participación de tres mujeres afroecuatorianas que integran la Asamblea. No obstante, en las elecciones del 2021, la participación política electoral de las mujeres afroecuatorianas disminuyó notablemente, ya que de las siete mujeres propuestas como asambleístas nacionales, solo una de ellas fue electa para desempeñar dicho cargo.

En definitiva, las mujeres afros, en las elecciones presidenciales y parlamentarias del período electoral 2009-2021, cuentan con una mínima representación en la Asamblea Nacional en comparación a las mujeres de forma general, porque de las 204 mujeres electas, solo ocho (4%) mujeres afros fueron electas para ser asambleístas. Y, de esta manera, se determina que de las ocho mujeres afros electas en el período estudiado, cuatro (2%) son de la provincia de Esmeraldas (ver Tabla 4).

Con estos resultados, se concluye que todavía existe una gran brecha entre la paridad de entrada y salida, e inclusive no hay un cumplimiento total de los principios orientadores de la participación política (paridad, alternabilidad y secuencialidad) ni de las acciones afirmativas (cuotas y paridad) que garantizan la participación y visibilidad de las mujeres afroecuatorianas en los procesos electorales, a pesar de que los porcentajes aumentan mínimamente en ciertas dignidades, estas mujeres son consideradas como cuotas electorales de relleno en las listas de inscripción, además, su participación no cuentan con garantías para acceder a dichos cargos de elección popular, ni son respaldadas por las organizaciones y movimientos políticos a nivel nacional y provincial al momento de la inscripción de candidaturas, debido a su condición étnica y rural.

En este orden de ideas, vale indicar que las mujeres afroecuatorianas entrevistadas coinciden respecto al acceso que tienen las mujeres en los diferentes espacios de participación a nivel nacional. Y, determinan que en los cargos por elección popular, la mayoría de las mujeres afros son electas para desempeñar «cargos inferiores». Para las participantes afros, las mujeres de su misma identidad étnica del cantón Esmeraldas también acceden a los siguientes espacios de participación: «deporte, cultura y educación»;<sup>41</sup> «planteamiento de las propuestas, proyectos, agendas y acciones como políticas públicas»;<sup>42</sup> y «en los espacios de participación ciudadana como la toma de decisiones, veedurías, silla vacía, entre otros».<sup>43</sup>

### 3. DESAFÍOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL ESTADO

En este artículo, es importante indicar las limitaciones que surgen en los derechos de participación de las mujeres, como las limitaciones internas que para Luz Haro se dan en los aspectos socioculturales, considerados naturales, como los comentarios masculinizados de «escuchar una voz masculina diciendo *silencio, tu voz no cuenta* o que de madres a hijas nos digan *cuidado no salgas sola*».<sup>44</sup>

A esto se suma, la discriminación por ser mujer, el racismo, la falta de recursos económicos, los estereotipos de género y la falta creación de oportunidades en los diferentes espacios o ámbitos. Por eso, es necesario abordar las limitaciones que las mujeres afros tienen al momento de participar en lo político y social, a nivel provincial y nacional, las cuales son: la discriminación por condición de género, por la ruralidad,

41 Ángulo, D. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

42 Quiñónez Castillo, R. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

43 Bedón Pata, M. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

44 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

Tabla 4. Mujeres afroecuatorianas electas en las elecciones generales del período electoral 2009-2021

AÑO	NOMBRES	DIGNIDAD	NIVEL	ORIGEN	AUTOIDENTIFICACIÓN ÉTNICA
2009	Zobeida Gudiño Mena	Asambleísta	Provincial	Zamora Chinchipe	Afrodescendiente
2013	Mae Montaña Valencia	Asambleísta	Nacional	Esmeraldas	Afrodescendiente
	Adriana de la Cruz Gaspar	Asambleísta	Circunscripción I del Guayas	Guayaquil	Afrodescendiente
	Zobeida Gudiño Mena	Asambleísta	Provincial	Zamora Chinchipe	Afrodescendiente
2017	Mae Montaña Valencia	Asambleísta	Nacional	Esmeraldas	Afrodescendiente
	Carmen Mercedes Bustos Rivadeneira	Asambleísta	Provincial	Esmeraldas	Afrodescendiente
	Mayra Migdonia Montaña Guisamano	Asambleísta	Provincial	Distrito I del Guayas	Afrodescendiente
2021	Janeth Paola Cabezas	Asambleísta	Nacional	Esmeraldas	Afrodescendiente

Fuente: Dirección Nacional de Estadística del CNE.

por la identidad étnica cultural y racial; asimismo, los estereotipos y roles de género, las categorizaciones o etiquetas socioculturales y la falta de recursos económicos.

En el caso de las mujeres afroecuatorianas, estas limitaciones fuertes se dan al momento de que las mujeres afros participan a nivel provincial y nacional, como por ejemplo: «las del contexto sociocultural machista en el que residen y las del sistema social patriarcalista impuesto desde la familia y el hogar»,<sup>45</sup> la xenofobia, los comentarios diferenciados y machistas con ciertas «etiquetas de inferioridad y discriminatorias como eres mujer, tú no puedes, ¿qué vas a hacer allá, si no te van a escuchar?, entre otras».<sup>46</sup> Por otro lado, para Juana Rodríguez Lojanes estas limitaciones se dan por «la falta de empoderamiento, la falta de respaldo y apoyo por parte de las organizaciones sociales de las mujeres afros a nivel provincial».<sup>47</sup>

Asimismo, las mujeres afros indican que dentro de su contexto político y social, evidencian otras limitaciones internas y externas a nivel general de las mujeres, como lo son: el temor a ser calladas, la falta de recursos económicos, y la existencia de un sistema político patriarcal y machista. Se deben agregar, otras limitaciones específicas dentro de la participación de las mujeres afros como: la falta de creación de oportunidades y espacios de participación en los diferentes ámbitos de la sociedad, los imaginarios machistas que la misma mujer se crea por su entorno familiar y social, como el yo no puedo, esto no es para mí, no cuento con el apoyo de mi familia y de mi comunidad, sin ellos no podré, y, en particular, los roles que las mujeres (afros) deben cumplir o desempeñar en la sociedad, como esposa, madre, líder, entre otros.

Por otra parte, las mujeres que desempeñan u ocuparon cargos importantes y se destacan en el ámbito académico o investigativo, consideran que las limitaciones que enfrentan actualmente las mujeres afroecuatorianas al momento de participar en el

45 Castillo Palma, A. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

46 Vivero Torres, J. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

47 Rodríguez, J. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

ámbito político y organizativo social son: internas y externas. Las limitaciones internas son «los imaginarios que se crean las mismas mujeres como excusa de no participar y la falta de oportunidades o espacios de participación creados para las mujeres»,<sup>48</sup> y las limitaciones externas son las «voces disonantes patriarcales, androcéntricas que dicen *mujeres enemigas de mujeres* o simplemente dicen *no hay mujeres*, todo esto es parte de estrategias machistas para invalidar a las mujeres»,<sup>49</sup> en específico, a las mujeres de los pueblos y comunidades.

Para las mujeres afros entrevistadas, estas limitaciones se dan por las «situaciones de machismo y sexismo que viven las mujeres afros diariamente en los distintos espacios o ámbitos»<sup>50</sup> donde se desenvuelven. De manera análoga, Mae Montaña Valencia hace énfasis en el machismo cultural como limitante que «ha vivido la sociedad en general y el pueblo afro en particular»,<sup>51</sup> lo cual lleva a la fuerte discriminación racial y a los actos de violencia ocurridos en los distintos espacios de participación. Sin embargo, Juana Francis Bone y Mae Montaña Valencia concluyen que las limitaciones cruzan también por un tema económico debido a que las mujeres afros «no tienen una estructura mercadería y les toca negociar los espacios»<sup>52</sup> y «por la pobreza en la que está sumida la gran mayoría del pueblo afro, por no disponer de recursos económicos [...] para aspirar a una candidatura».<sup>53</sup>

En cuanto a lo político electoral, se da por «la falta de implementación de las cuotas electorales en los procesos de elección»,<sup>54</sup> por «el celo político, la falta de compromiso y aceptabilidad»,<sup>55</sup> por la discriminación (étnica racial, por la ruralidad y por ser joven), por la interseccionalidad, por la falta de empatía de las mujeres y apoyo de las mismas, y porque las opiniones de las mujeres afroecuatorianas no son consideradas ni tomadas en cuenta en la toma de decisiones, es por eso que existe una falta de cultura política de consenso, lo cual «retarda la toma de decisiones oportunas, factor que debe ser conjugado con la promoción del desarrollo humano y los procesos sociales y culturales»;<sup>56</sup> y con ello se evidencia notablemente la ausencia de las mujeres afros en los espacios de toma de decisiones, lo cual «afecta al conjunto de la sociedad y muy particularmente a las vidas de las mujeres».<sup>57</sup>

Por lo antes expuesto, en la sociedad ecuatoriana aún existen obstáculos, barreras o limitaciones que impiden a las mujeres afros participar e incidir activamente y de manera empoderada en los diferentes espacios de participación, ya que son excluidas por su color de piel, y porque la sociedad no rompe con los prejuicios, los estereotipos culturales e imaginarios que se crean a partir de los roles de género.

Por eso, es necesario señalar las limitaciones sociales que presentan las mujeres afros en los cargos de designación o por elección popular debido a la fuerte discriminación racial y por su condición de género. Adicionalmente, por la falta de recursos económicos, por los prejuicios, estereotipos de género, fuertes comentarios machistas y sexistas, e incluso, por la xenofobia y la falta de apoyo/acompañamiento por parte de las mujeres afros de su localidad. A esto se le suma, las dinámicas y características propias del quehacer político con las que las mujeres no se sienten identificadas, lo cual las desanima y las regresa a los procesos organizativos sociales y comunitarios.

A continuación, es necesario determinar que el Estado ecuatoriano ha promovido los derechos de participación desde la incorporación de normativas jurídicas y legales

48 Garbay, S. Entrevistada por la autora, 16 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

49 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

50 Ángulo, D. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

51 Montaña Valencia, M. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019, ver anexo 1.

52 Francis Bone, J. Entrevistada por la autora, 01 de diciembre de 2018, ver anexo 2.

53 Montaña Valencia, M. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019, ver anexo 1.

54 Rodríguez, J. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

55 Ángulo, D. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

56 Pacari, N. *op. cit.*, p. 7.

57 Cobo, R. *Democracia paritaria y sujeto político feminista*, p. 31.

vigentes, basadas en el principio de igualdad y no discriminación, con el propósito de que la participación sea real y efectiva. También ha adoptado medidas como las cuotas electorales y de paridad de género a favor de las mujeres, para que ejerzan los derechos de participación de manera incluyente y empoderada, sin ser discriminadas y excluidas por su condición de ser mujer y por su identidad étnica, cultural y racial.

Con lo antes expuesto, las mujeres afros coinciden en que el Estado ecuatoriano no ha hecho ni hace nada para crear más oportunidades de participación para las mujeres afros «porque considera que con los avances que se ha tenido en la participación política de las mujeres en el ámbito político electoral y organizativo social han sido suficientes».<sup>58</sup> Además, el Estado no cumple con «los mecanismos, acciones, la ley de cuotas de la participación política de las mujeres afros en cuanto a la paridad, la equidad, la alternancia»,<sup>59</sup> ni con el Decreto 060 ni con el Decenio Afro. De tal modo que, el Estado ecuatoriano no está haciendo nada para favorecer la inclusión de las mujeres afros en los distintos espacios de participación, debido a que el Estado sigue siendo un «Estado racista y excluyente».<sup>60</sup>

A criterio personal, debo manifestar que se debe exigir al Estado ecuatoriano, el cumplimiento de la normativa constitucional y legal, en cuanto a la aplicación de las acciones afirmativas en los procesos electorales donde las mujeres también participen de manera incluyente, y que se tome en cuenta la participación étnica-cultural de las mujeres, quienes son sujetos de derechos y que tienen las mismas oportunidades de participación que el resto de las demás mujeres de nuestro país.

En resumen, el Estado ecuatoriano ha implementado medidas para beneficiar a las mujeres en el acceso de los espacios de participación, pero estas medidas no han sido suficientes o necesarias para las mujeres afros que residen en zonas rurales ni tampoco que ejercen sus derechos de participación en el ámbito local, provincial y nacional. Por lo tanto, el Estado debe tomar medidas o acciones que incluyan a las mujeres afros con sus propias formas de participación en los distintos ámbitos o espacios, con el objetivo de «equiparar cantidad con calidad y equidad con protagonismo».<sup>61</sup>

Seguidamente, se debe mencionar que con la Constitución de 2008, se logra evidenciar la presencia de las mujeres en los diferentes espacios de participación, en especial, de las mujeres afroecuatorianas en los cargos de designación y públicos. Para Luz Haro, con la Constitución del 2008 las mujeres han logrado «el 37% de presencia entre las que ya fueron parte mujeres indígenas y afros, a quienes les debemos nuestro respeto y reconocimiento y con esta presencia se haga posible concretar entre otras conquistas, la paridad, alternancia y secuencialidad».<sup>62</sup> En relación con esto, Malena Bedón Pata indica que con la Constitución del 2008, la participación política de las mujeres afros tiene un avance formal, el cual, ha permitido «el reconocimiento y garantía de estos derechos, pero respecto a la práctica estos no se logran materializar ni hacer efectivos».<sup>63</sup>

En definitiva, con la Constitución del 2008, se abrió un camino y la posibilidad de reconocer, garantizar, efectivizar el derecho de participación de las mujeres, más aún, de las mujeres afros a través de la normativa constitucional. Pero esto solo ha sido de manera formal porque en la práctica no se materializa su aplicación, debido a que falta más fuerza para la implementación de las normativas, a fin de que las instituciones, las organizaciones políticas y sociales sean obligadas a incluir a las mujeres en los procesos políticos, organizativos y sociales. Además, con la vigencia de la Constitución del 2008 se evidencia que su aplicación queda en el «discurso político más no como un discurso real de igualdad y de respeto».<sup>64</sup>

58 Rodríguez, J. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

59 Ángulo, D. Entrevistada por la autora, 26 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

60 Francis Bone, J. Entrevistada por la autora, 01 de diciembre de 2018, ver anexo 2.

61 Montaña Valencia, M. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019, ver anexo 1.

62 Haro Guanga, L. Entrevistada por la autora, 15 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

63 Bedón Pata, M. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 2.

64 Quiñónez Castillo, M. Entrevistada por la autora, 27 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

Entonces, las mujeres afroecuatorianas que ocupan o desempeñan cargos por designación, por elección popular o en alguna organización política y social a nivel provincial y nacional son más respetadas e incluso tomadas en cuenta para el cargo que ocupan. Pero todavía queda la duda si ejercen bien o no su cargo, si podrán generar resultados positivos y si podrán cumplir con las obligaciones del cargo que desempeñan, adicionalmente a esto, siguen enfrentando mínimamente ciertas trabas como, por ejemplo: el egocentrismo del género masculino —la superioridad y el ego—, el trato discriminatorio, machista y sexista, y el poco respaldo y apoyo de mujeres de su provincia y de su comunidad.

En resumen, la participación política de las mujeres afros demuestra el índice de las candidaturas y de representatividad de estas en los procesos electorales 2009-2021, en donde se evidencia aún la existencia de una gran brecha entre la paridad de entrada y salida, e inclusive el no cumplimiento total de los principios orientadores de la participación política (paridad, alternabilidad y secuencialidad) ni de las acciones afirmativas (cuotas y paridad), que garantiza la real y efectiva participación de las mujeres sin distinción o exclusión de las mismas en los procesos electorales.

Vale destacar que la participación de las mujeres afros no solamente se limita a los procesos electorales, sino que se amplía y se fortalece en las organizaciones políticas/sociales de base, las cuales cuentan con vida jurídica. Asimismo, se destacan en los procesos organizativos sociales y comunitarios, y en la designación de los cargos públicos estatales, sin importar los cargos inferiores que ejercen.

Para que las mujeres afroecuatorianas sigan participando y construyendo una democracia más inclusiva, intercultural y plurinacional, deben contar con acciones afirmativas de carácter temporal, suficientes y necesarias, como las cuotas electorales, que incrementan la participación femenina en los diferentes espacios o ámbitos del país a nivel local, provincial y nacional; y que, además, estas acciones pongan un alto a las barreras socioculturales de la participación política de las mujeres afros y ante el rechazo que ellas reciben en el desempeño de sus funciones.

Las acciones afirmativas aplicadas hasta el momento no responden al reconocimiento del derecho de participación como un derecho humano integral, debido a que los resultados de los avances fueron diferentes a los que se esperaron obtener, por lo que las mujeres afros siguen enfrentándose con dos problemas generales, como el no ser respaldadas por sus organizaciones políticas/sociales y por el poco interés por parte de los votantes en sus posiciones y de sus planteamientos trazados. Además, enfrentan el reto de no ser consideradas o tomadas en cuenta por pertenecer a un determinado grupo étnico. Desafortunadamente, las mujeres afros son consideradas a nivel local, provincial y nacional, como *una cuota o relleno dentro de los procesos políticos electorales y sociales*, debido a que la misma comunidad determina que las mujeres afros e indígenas no cuentan con experticia ni preparación o formación profesional.

No obstante, las acciones afirmativas favorecen positivamente a las mujeres en general, y no a las mujeres afros, en cuanto a los cargos de elección popular y de designación, ya que las mujeres -mestizas e indígenas- tienen mayor respaldo por parte de las organizaciones sociales de base, quienes buscan incluirlas mínimamente en los procesos electorales y de designación/selección en los concursos de méritos y oposición. Por lo cual, no se evidencia ningún avance en el empoderamiento de las mujeres afros a nivel local, provincial y nacional.

En relación con esto, Mae Montaña hace hincapié en que las mujeres afros «no solamente deben contar con cuotas electorales a nivel general, ya que estas mujeres necesitan cuotas electorales específicas desde el reconocimiento de sus identidades étnicas culturales»,<sup>65</sup> con el propósito de que puedan acceder a los procesos electorales y de selección sin exclusión o discriminación. Sin embargo, Loyda Olivo indica que «así se empleen cuotas electorales como acciones afirmativas, estas no promoverán la partici-

65 Montaña Valencia, M. Entrevistada por la autora, 22 de abril de 2019, ver anexo 1.

pación de las mujeres afros, ya que se debe obligar a las organizaciones políticas incluir a las mujeres afros en los procesos de elección popular, designación y de selección». <sup>66</sup>

En conclusión, el Estado ecuatoriano debe fijar lineamientos claros para exigir a las instituciones públicas y órganos de poder la ejecución de las acciones afirmativas, más aún, la aplicación de los principios orientados de la participación basados en la paridad de género, la alternabilidad, la secuencialidad y la igualdad de oportunidades-condiciones sin discriminación.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo analizado, se enfatiza que las mujeres hemos sido siempre partícipes muy activas de la vida, de la sociedad, de la comunidad y de las familias. Por este motivo, es necesario que se fortalezca nuestra presencia en los ámbitos donde se toman las decisiones en los asuntos públicos y en los cargos de elección popular. Por ello, considero fundamental designar un presupuesto financiero destinado a la promoción de los derechos de participación de las mujeres para incentivarlas a participar en talleres, foros, capacitaciones constantes e incluso, impulsar escuelas de liderazgo para que las mujeres afros e indígenas pierdan el temor, salgan del anonimato y dejen a un lado las limitaciones u obstáculos con los que se enfrentan cotidianamente.

## REFERENCIAS

- Amorós, C., «Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad», en *Catedra, crítica de libros*, 1997, pp. 171-175.
- Cobo, R. *Democracia paritaria y sujeto político feminista*, p. 31
- Ecuador Consejo Nacional Electoral, *Indicadores de participación política de la mujer ecuatoriana: Elecciones seccionales 2014*, 2014.
- Espinoza Vijay, J., *Participación política de la mujer en las elecciones seccionales del Distrito Metropolitano de Quito, año 2014* (monografía), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016.
- Estrada, J., *Matilde Hidalgo de Procel: una mujer total. Biografía y poemario*, xv ed., Loja, Casa de la Cultura Benjamín Carrión Núcleo de Loja, 2015.
- Ferrajoli, L., «Igualdad y diferencia: cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia», Instituto de Derechos Humanos, 2005, pp. 7-33. <http://idh.uv.es/principiajuris/articulos/ferrajoli/1.pdf>.
- Mosquera Andrade, A., *Comunidad, Estado y procesos de subjetivación: análisis de la participación de las mujeres de la parroquia Cusubamba-provincia de Cotopaxi, 1990-2010* (tesis doctoral), Quito, Flacso, sede Ecuador, 2015, p. 17. <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8414/2/TFLACSO-2015AVMA.pdf>.
- OEA, CIDH, *En el Día Internacional de la Mujer Afro-latinoamericana, Afrocaribeña y de la Diáspora la CIDH hace un llamado a los Estados a fomentar y fortalecer su participación política*, 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/161.asp>.
- ONU, *El derecho a la participación: ¿qué significa la participación en la vida pública en la práctica?*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012. <http://acnudh.org/el-derecho-a-la-participacion/>.
- Pacari, N., *La participación política de la mujer indígena en el Congreso ecuatoriano. Una tarea pendiente*, p. 2.
- Páez Moreno, A., «La participación ciudadana desde la perspectiva de género: Ecu-

<sup>66</sup> Olivo Cheme, L. Entrevistada por la autora, 28 de noviembre de 2018, ver anexo 1.

- dor», en *Revista Derecho Electoral*, N.º 13, Quito, Tribunal Supremo de Elecciones, 2012, pp. 259-281. [http://www.tse.go.cr/revista/art/13/paez\\_moreno.pdf](http://www.tse.go.cr/revista/art/13/paez_moreno.pdf).
- Prado, M. *El rol de la mujer en la vida ferroviaria del Ecuador*, Quito, 2013. <http://trenecuador.com/ferrocarrilesdeecuador/wp-content/uploads/pdf/Rol-de-la-Mujer-Vida-Feroviaria.pdf>.
- Prieto, M. y Goetschel, A., *El sufragio femenino en Ecuador, 1884-1940*, Quito, Flacso, sede Ecuador, 2009.
- Porras, M., Juncosa, J., Sosa J. y Tadeo J. «Los movimientos cimarrones en la costa del Pacífico: héroes para la memoria y la resistencia», en M. L. Hurtado (ed.), *Encuentro internacional de reflexión y participación: Al otro lado de la raya, Memoria*, Quito, Editorial Universitaria Abya-Yala, 2012. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/10812/1/Los%20movimientos%20cimarrones%20en%20la%20costa%20del%20Pacifico.pdf>.
- Quinatoa Cotacachi, E., *Historia de mujeres e historia de género en el Ecuador*, Quito, Instituto Iberoamericano de patrimonio natural y cultural del Convenio Andrés Bello, IPANC, 2009.
- Rodríguez, G., Gil Flores, J. y García, E., *Metodología de la investigación cualitativa*, Ediciones Aljibe, 1999.
- Torres García, I., «Promoviendo la igualdad: cuotas y paridad en América Latina», en *Revista Derecho Electoral*, N.º 14, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2012, pp. 27-41.
- Vera Santos, R., «Mujeres afroecuatorianas en Quito: identidades, resistencia y acción política», en *Mundos Plurales, Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública*, Quito, Flacso, Sede Ecuador, 2016, p. 34. DOI: <https://doi.org/10.17141/mundosplurales.1.2016.2317>.

#### NORMATIVA INTERNACIONAL

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999: Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, 13 de abril de 2000. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, capítulo X, *Los derechos humanos de los afroecuatorianos: recomendaciones*, 24 de abril de 1997. <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%2010.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, capítulo XI, *Los derechos humanos de la mujer ecuatoriana: recomendaciones*, 24 de abril de 1997. <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%2011.htm>.
- Declaración y Programa de Acción de Durban, *Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. [https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban\\_sp.pdf](https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf).
- Ecuador, Consejo de Derechos Humanos, Examen periódico universal, «Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la Resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos», A/HRC/WG.6/27/ECU/1, mayo de 2017.
- OEA, *Carta Democrática Interamericana*, 11 de septiembre de 2001. [https://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm).
- OEA, *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (A-69)*, 05 de junio de 2013.

- OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem Do Pará»*, 14 de agosto de 1995. [https://www.oas.org/dil/esp/convencion\\_belem\\_do\\_para.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf)
- ONU, Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 26 de agosto de 1789.
- ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo*, 10 diciembre de 1948.
- ONU, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 18, Sobre la no discriminación*, 37.º período de sesiones, 1989.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Ecuador: participación en la vida pública y política*, 11 de marzo de 2015. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10813.pdf>.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Informes periódicos cuarto y quinto combinados del Ecuador*, 18 de julio de 2003, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5379.pdf>.
- ONU, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada el 8 de diciembre de 1977, en vigor el 18 de julio de 1978.
- ONU, Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, 20 de diciembre de 1952, ratificada el 31 de marzo de 1953, en vigor el 7 de julio de 1954.
- ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, 21 de diciembre de 1965.
- ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *La Declaración y Programa de Acción de Durban de un vistazo*. Accedido 26 de agosto de 2019. [https://www.un.org/es/durbanreview2009/pdf/ddpa\\_at\\_a\\_glance\\_sp.pdf](https://www.un.org/es/durbanreview2009/pdf/ddpa_at_a_glance_sp.pdf).
- ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

## NORMATIVA NACIONAL

- Ecuador, *Codificación Ley Orgánica de Elecciones*, Registro Oficial, año I, N.º 117, 11 de julio del 2000.
- Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 21 de agosto de 2018.
- Ecuador, Consejo Nacional de Igualdad de Género, Comisión de transición para la definición de la institucionalidad pública que garantice la igualdad entre hombres y mujeres, Secretaría de Planificación y Desarrollo, *Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017*, Secretaría de Planificación y Desarrollo, 2014. <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/Agenda-Nacional-de-Mujeres-y-Igualdad-de-Genero.pdf>.
- Ecuador, Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Agenda Nacional de las Mujeres y Personas LGBTI 2018-2021*, Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2018. [https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/Agenda\\_ANI.pdf](https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/Agenda_ANI.pdf).
- Ecuador, Consejo de Transición, Consejo Nacional de las Mujeres y la Igualdad de

- Género, *Informe sobre el cumplimiento del Consenso de Quito*, Consejo de Transición, Consejo Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género, 2010. <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/ecuador.pdf>.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. Disposición Transitoria, Decimoséptima, [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_ecu\\_anexo15.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf).
- Ecuador, *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*, Registro Oficial 283, Suplemento, 07 de julio de 2014.
- Ecuador, *Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social*, Registro Oficial 175, Suplemento, 22 de septiembre de 2009.
- Ecuador, *Ley Orgánica Electoral*, Código de la Democracia, Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009.
- Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Elecciones*, Registro Oficial N.º 370, Suplemento 39, 20 de marzo del 2000.

## ANEXOS

### ANEXO 1.

**Entrevistas a las mujeres que desempeñan u ocuparon cargos importantes y se destacan en el ámbito académico, institucional, investigativo y organizacional defendiendo o promoviendo los derechos de participación de las mujeres afros e indígenas.**

ENTREVISTADA	PERFIL
Luz Haro Guanga	Forjó su vida comunitaria al servicio de la provincia de Pastaza hace más de 30 años. Fue presidenta de la Junta Parroquial Rural de Fátima, cantón de la provincia de Pastaza y como resultado de su gestión en ese gobierno parroquial rural, impulsó la creación del Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAJUPARE). Desde entonces, ha trabajado en las Escuelas de Formación para Mujeres Rurales. Fue exconsejera del Consejo Nacional Electoral en el período 2017-2018.
Mónica Cevallos	Fue militante de Mujeres por la Democracia, organización de la sociedad civil. Asimismo, fue directora de la Fundación Mujer y Sociedad de Mujeres por la Democracia; y fundadora de la Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas. Por último, fue asambleísta electa de Pichincha en el período 1996 a 1998.
Susy Garbay	Coordinadora de la carrera de Derecho de la Universidad Central (UCE). También, es docente titular de Derechos Humanos de la UCE, docente del Programa Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar y docente asociada al Instituto de Género y Derechos de la UCE.
Loyda Olivo Cheme	Participó en algunos procesos organizativos y sociales de Esmeraldas y actualmente es secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de los Pueblos y Nacionalidades.
Marcia Raquel Quiñonez Castillo	Lideró algunos procesos organizativos sociales y culturales. Formó parte del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) y de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Actualmente, se encuentra laborando en la Defensoría del Pueblo.
Mae Montaña Valencia	Fue fundadora, coordinadora y trabajadora voluntaria del Foro Permanente de Mujeres. Creó la Comisaría de la Mujer y la Familia en su provincia natal de Esmeraldas. Fue coordinadora del Proyecto de Educación Ciudadana y Formación de Líderes para la Inclusión Social de la Población Afrodescendiente. Fue asambleísta nacional en la Asamblea Nacional Constituyente del 2007. Asimismo, fue asambleísta nacional electa para la Asamblea Nacional en el 2013 y fue reelecta en las Elecciones Legislativas del 2017.

## ANEXO 2.

## Entrevistas a las mujeres afros destacadas de Esmeraldas que participan en organizaciones políticas/sociales, y promueven o defienden los derechos de participación.

ENTREVISTADA	PERFIL
Jeanie Gandie Vivero Torres	Mujer migrante retornada, que participó en algunos programas para beneficio de los migrantes retornados. Fue presidenta de la Asociación de Migrantes Retornados de la ciudad de Esmeraldas. Actualmente trabaja en el Patronato Municipal de Esmeraldas.
Dannys Cecilia Ángulo Girón	Vicealcaldesa por dos períodos consecutivos: el primero, en el cantón Río Verde (2009-2014); luego, en Esmeraldas (2014-2019). Planteó propuestas organizativas sociales para beneficio de las mujeres afros como la Ordenanza de políticas públicas contra la discriminación racial del pueblo afro, la Ordenanza de igualdad de género y la Ordenanza de educación sanitaria «la basura en su lugar».
María Luisa Hurtado	Fue presidenta de la CONAMUNE y CONAMUNECE de Esmeraldas. Fue vicepresidenta de la Organización Palenque de la Libertad. Es integrante de la Mesa Pedagógica de la Etnoeducación a nivel nacional. Fue vicepresidenta de la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas y exdirectora del Distrito de Educación de Esmeraldas. Actualmente, sigue siendo activista de la Coordinadora de Mujeres Afrodescendientes Esmeraldas (CONAMUNECE).
Malena Bedón Pata	Es abogada en libre ejercicio profesional y psicóloga clínica. Es fundadora del Foro de Mujeres de Esmeraldas. Fue directora provincial del Departamento de Educación Especial y directora de la Unidad de Apoyo a la Inclusión del Ministerio de Educación. También, fue secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades. Participó como candidata a la alcaldía del cantón Río Verde de la provincia de Esmeraldas, en las elecciones de 2019.
Annita Castillo Palma	Fue ministra cónsul general del Ecuador en Valencia, Venezuela (2012-2018). Fue secretaria de la Fundación «Memoria de mis Ancestros» de Petita Palma, asistente técnica del Centro Cultural de Esmeraldas y coordinadora del Documental «Tal como somos» de la Fundación Amiga.
Ruth Janet Quiñónez Castillo	Participó en el Movimiento de Mujeres de Esmeraldas y en los procesos juveniles. Fue activista social del ex Fondo Permanente de Mujeres. Actualmente, se dedica al activismo organizativo social de las mujeres afros impulsando talleres, escuelas de formación, mingas y demás actividades para el desarrollo de los procesos comunitarios.
Juana Rodríguez Lojanes	Trabajó en CNEL hasta diciembre del 2018. Fue primera presidenta de la Asociación de Negros Esmeraldeños. También, fue fundadora y es activista de la Asociación de Negros del Ecuador (ASONE).
Juana Francis Bone	Activista social y defensora de los derechos de participación las mujeres afros del cantón Esmeraldas





## Tiwintza, de la confrontación a la cooperación binacional

María Hidalgo Fierro |  Investigadora independiente

**RESUMEN** La guerra de Tiwintza fue el paso final para obtener una paz definitiva entre Ecuador y Perú. Tiwintza es una montaña ubicada en el corazón fronterizo de Ecuador y Perú. Para sellar la paz, esta montaña, con un kilómetro cuadrado, fue parte de las condiciones que Ecuador presentó como innegociable para sellar la tan anhelada paz. A través de una breve reseña histórica del origen del kilómetro cuadrado de Tiwintza, se hace una aproximación teórica a las minas antipersonales que los dos Estados sembraron y que ambos han trabajado para desinstalarlas; y, plantea algunas propuestas de la agenda bilateral de ambos Estados, luego de la tan anhelada paz.

**PALABRAS CLAVE** Ecuador, Perú, Tiwintza, resolución de conflictos, minas antipersonales, relaciones internacionales.

FECHA DE RECEPCIÓN 20/7/2022 FECHA DE APROBACIÓN 3/9/2022

## Tiwintza: from confrontation to bilateral cooperation

**ABSTRACT** The Tiwintza conflict was the final step to get the final moment of peace between Ecuador and Peru. Tiwintza is a mountain located in the border heart of these states. To seal peace, this mountain, with one square kilometer, was part of the conditions that Ecuador created as non-negotiable to obtain the long-awaited peace. On behalf a brief historical review of the origin of the Tiwintza Square Kilometer, it makes a theoretical approach to the antipersonnel mines that both states planted and that both have worked to remove; and, it raises some proposals of the bilateral agenda of both states, after the long-awaited peace.

**KEY WORDS** Ecuador, Peru, Tiwintza, bilateral relations, antipersonal mines, international relations.

## INTRODUCCIÓN

La firma de los acuerdos de paz de Brasilia, en 1998, no solo selló casi dos siglos de diferencias limítrofes y enfrentamientos desde la época republicana, sino que generó un cambio en la política exterior del Ecuador y del Perú, y marcó el punto de inflexión para el inicio de una amplia agenda de cooperación binacional.

Las expectativas eran múltiples y demandaban de un esfuerzo conjunto, que permitiera materializar lo logrado en Brasilia, sobre todo crear las bases para una nueva

etapa de vecindad, capaz de reemplazar las estrategias y tácticas militares del pasado, por una cooperación constructiva y propositiva, que incluyera, entre otras áreas, las esferas clave de la seguridad y la defensa, que por décadas habían constituido puntos neurálgicos no negociables.

Durante el conflicto bélico no declarado del Cenepa, en 1995, mientras Ecuador y Perú reivindicaban la posesión de territorio, sus ejércitos sembraron minas antipersonales como una estrategia disuasiva en una extensa línea de la frontera de 1500 km, en las provincias fronterizas de Morona Santiago, Zamora Chinchipe, Pastaza, Loja y El Oro; y en los departamentos de Tumbes, Piura, Cajamarca y Amazonas, respectivamente.

Aunque las hostilidades en la frontera cesaron, los rezagos del conflicto permanecen latentes hasta hoy en los cientos de minas antipersonales que quedaron sembradas. Esta situación hizo que, contrario a la praxis, los ejércitos que un día se enfrentaron hoy trabajen coordinadamente en tareas de desminado humanitario, para proteger a las poblaciones civiles del actual enemigo en común, las minas antipersonales que, un día, ellos mismos plantaron.

Esta práctica inédita que ha convertido al Ecuador y al Perú en referentes de cooperación a nivel internacional ha planteado, también, el desafío de recuperar y potenciar el valor histórico del kilómetro cuadrado de Tiwinza, aspecto esencial de las negociaciones de 1998.

Bajo estas premisas, este artículo presenta una breve reseña histórica del origen del kilómetro cuadrado de Tiwinza, hace una aproximación teórica a las minas antipersonales, aborda la exitosa experiencia binacional en desminado humanitario en la frontera común y plantea algunas reflexiones sobre la proyección que podría tener el kilómetro cuadrado de Tiwinza en la agenda bilateral de los próximos años.

## ANTECEDENTES

Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo mutuamente aceptable para superar el diferendo limítrofe, conforme la Declaración de Brasilia del 26 de noviembre de 1997 y el Cronograma de Río de Janeiro del 19 de enero de 1998, los entonces presidentes de la República del Ecuador, Jamil Mahuad Witt, y de la República del Perú, Alberto Fujimori Fujimori, solicitaron formalmente al presidente de Brasil, Fernando Henrique Cardoso, el concurso de los jefes de Estado de los países garantes del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro (Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos) para formular una propuesta global y definitiva al referido *impasse*. Al respecto, los países garantes condicionaron su pronunciamiento a la aceptación previa por ambos gobiernos y sus respectivos Congresos del carácter vinculante para las partes de su punto de vista. (Plan Binacional, Registro Oficial N.º 137)

El conflicto llegó a su término de manera definitiva el 26 de octubre de 1998, con la suscripción del Acta Presidencial de Brasilia. Parte importante de este instrumento fue el punto de vista vinculante emitido por los países garantes, el 23 de octubre del mismo año, el cual, a más de determinar la fijación en el terreno de la frontera terrestre común, estableció, entre otros, que (Plan Binacional, Registro Oficial N.º 137):

2. [...] el Gobierno del Perú dará en propiedad privada al Gobierno del Ecuador un área de un kilómetro cuadrado, en cuyo centro se encontrará el punto que el Ecuador proporcionó a la MOME<sup>1</sup> denominado como Tiwinza, en el sector reconocido en el Ecuador bajo la denominación de Tiwinza.

En virtud de lo acordado en Brasilia, una vez que concluyó el proceso de colocación del último hito demarcatorio (entre diciembre de 1998 y mayo de 1999), inició el proceso de ejecución de los convenios suscritos el 26 de octubre. En este contexto, merece

1 Misión de Observadores Militares Ecuador-Perú, MOME<sup>1</sup>.

especial atención la suscripción de la escritura pública mediante la cual se entregó en propiedad privada y a título gratuito al Gobierno del Ecuador, el terreno de un kilómetro cuadrado, localizado dentro de la zona denominada Tiwinza, en el distrito de El Cenepa, provincia de Condorcanqui, departamento de Amazonas (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2000, p. 168)

Las autoridades del momento iniciaron la ejecución de los acuerdos de Brasilia con gran interés y celeridad. No obstante, con el transcurrir del tiempo, algunos de los compromisos fueron postergándose, entre ellos la posesión efectiva del Ecuador en el kilómetro cuadrado de Tiwintza, acción que previamente demandaba de tareas de desminado humanitario, en virtud de que, dicha zona, por haber sido parte central del conflicto, fue un campo altamente minado.

## LAS MINAS ANTIPERSONALES

Estos explosivos tienen un diámetro inferior a los 10 centímetros, ciclos de vida que superan los 50 años y precios que oscilan entre 3 y 70 dólares americanos. Son difíciles de detectar y han sido diseñados para mutilar o destrozarse miembros, desanimando el avance de las tropas contrarias.

Se estima que actualmente existen más de 100 millones de minas antipersonal dispersas en más de 68 países. Según Naciones Unidas, cada año más de 26.000 personas, en su mayoría civiles, son víctimas de estos artefactos. Su diversidad (tipo y tamaño) ha dificultado el desarrollo de tecnologías unificadas para el desminado humanitario. En tal virtud, la limpieza manual continúa siendo el mecanismo más confiable, pese a ser «un proceso lento, laborioso y extremadamente peligroso y estresante» (Habib, 2017, p. 153). Se considera que la limpieza manual puede costar entre 300 y 1000 dólares por mina.

Una persona que realiza este tipo de limpieza normalmente puede realizar esta tarea durante veinte minutos antes de requerir un relevo, dado el alto nivel de estrés al que está expuesto. A manera ilustrativa, un desminador puede despejar entre 20 y 50 m<sup>2</sup> de terreno en un día (Habib, 2017).

Mientras la colocación de estos artefactos demanda de un presupuesto reducido, la liberación de una zona minada o que se sospecha que está minada implica un trabajo arduo, metódico y oneroso, basado en el cumplimiento de normas internacionales y nacionales que, entre otros, establecen la realización de estudios técnicos y no técnicos para ubicar las minas; la elaboración de mapas de localización; el barrido al 100% de las áreas peligrosas para encontrar y destruir *in situ* los artefactos,<sup>2</sup> la realización de actividades de control de calidad; la certificación de la liberación total de la zona; y, a través de las entidades competentes, la entrega de las tierras liberadas a las poblaciones afectadas para su incorporación a la vida económica y productiva del país.

## EL DESMINADO HUMANITARIO EN EL ECUADOR

Mientras persistía el diferendo limítrofe, Ecuador y Perú suscribieron, en diciembre de 1997, la Convención de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. Este instrumento que fue ratificado por el Ecuador el 20 de abril de 1999 y por el Perú el 24 de mayo de 1998, entró en vigor el 1 de octubre y el 1 de marzo de 1999, respectivamente.

<sup>2</sup> Es la parte más costosa del proceso.

Ante la firma de los acuerdos de Brasilia y el carácter vinculante de la Convención de Ottawa, la cual otorgaba un plazo perentorio de diez años desde su entrada en vigor para la eliminación total de las minas antipersonales, Ecuador y Perú estaban doblemente comprometidos con la erradicación de este tipo de artefactos. Las primeras tareas de desminado en la frontera común se ejecutaron en el marco de la Comisión ecuatoriana peruana para la fijación de la frontera terrestre común, para la colocación de los hitos, entre enero y mayo de 1999.

Ese mismo año, en septiembre, a través del Decreto Ejecutivo N.º 1297, se creó el Centro de Desminado del Ecuador (CENDESMI), presidido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y conformado por los ministerios de Defensa Nacional y Salud, la Agencia Ecuatoriana de Cooperación Internacional y el Comando General de Desminado (CGD), este último encargado de ejecutar las operaciones técnicas. Entre sus atribuciones destacan: impulsar el proceso de desminado, capacitar al personal, desarrollar programas de asistencia y rehabilitación de las víctimas de las minas antipersonales, gestionar financiamiento internacional para ejecutar las tareas de desminado, desarrollar programas informativos para sensibilizar a la opinión pública sobre las minas, entre otros.

Al iniciar el año 2000, CENDESMI aprobó el Plan Nacional de Desminado, el cual incluía campañas de educación preventiva, asistencia a víctimas de minas antipersonales, destrucción de minas almacenadas, y desminado humanitario (CENDESMI 2); iniciando una segunda etapa del desminado, esta vez con un componente humanitario.

En este punto resulta imprescindible tener en consideración, conforme lo señala el coronel del ejército brasileño Duizit Brito, coordinador del Sector de Desminado de la Junta Interamericana de Defensa (JID) que,

«[A] diferencia del desminado militar, que generalmente se realiza en épocas de guerra y cuyo objetivo es abrir un estrecho camino en la línea de defensa del enemigo, protegida por minas terrestres, para que puedan pasar los efectivos militares; el desminado humanitario se realiza en amplias extensiones de terreno y el objetivo es eliminar el riesgo de accidentes con civiles, devolviendo a la comunidad su espacio de trabajo y convivencia» (Garonce, 2010, p. 58).

Ante estos desafíos en la frontera terrestre común, Ecuador y Perú suscribieron la primera Acta de Entendimiento, en junio de 2002, con el propósito de realizar las operaciones de desminado humanitario de manera coordinada y combinada.

En esta coyuntura, era fundamental transparentar la información y entregar mutuamente la documentación conocida sobre la existencia de campos minados en el territorio del país vecino. Sin el intercambio bilateral de información de las áreas peligrosas hubiese sido imposible planificar las operaciones de desminado. Como resultado de esta medida de confianza mutua, la cual implica una política de «desarme», Ecuador entregó a Perú, entre el 2010 y 2015, documentación de aproximadamente 158 áreas peligrosas, entre las que se circunscriben 10 áreas ubicadas en el antiguo destacamento Tiwintza<sup>3</sup> del Ecuador, parte de lo que hoy se conoce como el kilómetro cuadrado de Tiwinza. De manera similar, Perú entregó documentación de 15 áreas peligrosas localizadas en territorio ecuatoriano.

El desminado humanitario se ha convertido en una política de Estado, y como tal, los dos países han gestionado, de manera conjunta, desde el 2001, aportes internacionales en varios foros multilaterales, logrando significativas donaciones de la Organización de Estados Americanos, así como de los gobiernos de Canadá, Estados Unidos, Japón, Italia, Noruega y la Unión Europea, a través de asistencia financiera, técnica, préstamo de equipos, procesos de supervisión, entre otros (CENDESMI, 2008, p. 3).

Según información del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, durante la primera fase del desminado comprendida entre 1999 y 2007, los aportes in-

3 Según los archivos históricos del Ecuador, la zona involucrada en el conflicto con el Perú se denominaba «Tiwintza», y es así como consta en todos los partes militares de la época. Sin embargo, en el Punto de Vista vinculante de los Países Garantes se hace referencia a «Tiwinza», dejando sin vigencia la toponimia ecuatoriana.

ternacionales representaron casi el 44% del presupuesto total designado a dichas tareas (USD 3.579.538), frente a un 56% de fondos nacionales (USD 4.500.000).

Desde el inicio de las operaciones de desminado, año 2000, hasta fines del año 2021, Ecuador liberó un total de 551.741,56 m<sup>2</sup> de áreas peligrosas y destruyó 12.193 minas antipersonal, 74 minas antiataque y 35 restos de explosivos de guerra (CENDESMI, 2022, 4). Pese al gran esfuerzo desarrollado por las unidades de desminado humanitario ecuatorianas, a través de operaciones manuales y técnicas, no fue posible culminar con este proceso en el 2017, conforme se había comprometido el Ecuador en la primera solicitud de prórroga presentada y otorgada por la Reunión de Estados Parte, en el 2008, en función del artículo 5 de la Convención de Ottawa.

La priorización y reubicación de recursos financieros y logísticos tras el terremoto de 7,6 grados que azotó al Ecuador en abril de 2016, junto con las condiciones del terreno, factores climáticos, nuevas áreas peligrosas entregadas por Perú después del año 2008, fueron los argumentos presentados por el Ecuador en una segunda solicitud de prórroga de cinco años, 2018-2022, misma que fue aprobada favorablemente en el marco de la XVI Reunión de Estados Partes de la Convención (Viena, 19-22 de diciembre de 2017).

Lamentablemente las continuas y exitosas tareas de desminado efectuadas en 2018 y 2019 se vieron afectadas en 2020 y 2021 por la pandemia de la covid 19, lo que motivó la presentación en marzo de 2022 de una tercera solicitud de prórroga de tres años, hasta diciembre de 2025 (CENDESMI, 2022, p. 4). Se estima que para esta nueva fase de desminado se requerirán aproximadamente USD 9.449.519,80, para liberar un total de 53 áreas peligrosas, 40.056,00 m<sup>2</sup> y 2941 minas antipersonales, en la provincia de Zamora Chinchipe (CENDESMI 2022, Anexo 3).

Antes de finalizar esta sección, es necesario destacar que el trabajo conjunto y la experiencia alcanzada en zonas de complicado acceso como la cordillera del Cóndor ha permitido desarrollar varias iniciativas que se han concretado a través de:

- La creación de la Unidad Binacional de Desminado Humanitario, con el propósito de realizar operaciones de desminado humanitario en el territorio del Ecuador o del Perú, o en el extranjero, así como apoyar en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.
- La adopción del Protocolo de Evacuación Aeromédica, cuyo propósito es facilitar el traslado aéreo inmediato de heridos ecuatorianos o peruanos, a territorio ecuatoriano para que sean atendidos de manera urgente, por la cercanía geográfica.
- Capacitación y entrenamiento binacional en desminado humanitario.
- La elaboración y adopción de un Manual de Empleo de Desminado Humanitario de la Unidad Binacional, el cual entró en vigor el 1 de junio de 2015, previo al inicio del desminado humanitario en el kilómetro cuadrado de Tiwinza.
- La adopción del Manual Binacional de Procedimientos de la Unidad Binacional de Desminado, el cual busca homologar las actuaciones en esta materia.

Es justamente en este contexto de cooperación y confianza mutua, donde el kilómetro cuadrado de Tiwinza vuelve a ser un punto protagónico de la relación bilateral, esta vez desde una perspectiva integradora y propositiva.

El kilómetro cuadrado de Tiwinza y la Unidad Binacional de Desminado Humanitario

Desde la firma de los Acuerdos de Paz de Brasilia, el Ecuador no había contemplado el despeje de las minas en el kilómetro cuadrado de Tiwinza. Tampoco había realizado ningún acto de dominio en dicha zona, pese a la trascendencia histórica que representaba para el país.

De manera coyuntural, vale señalar que en el 2014 se produjo el fallo de la Corte de La Haya a favor de Perú, respecto a la delimitación marítima con Chile, y en tal

contexto las autoridades peruanas reivindicaban públicamente que los convenios y acuerdos internacionales eran de cumplimiento inmediato. Era entonces, el momento preciso para retomar este compromiso, tras más de 15 años de la vigencia de los Acuerdos de Brasilia.

En esta línea, en la X Reunión Binacional de Autoridades Nacionales de Acción contra las Minas Antipersonales, efectuada en Lima, el 26 de agosto de 2014, el Ecuador planteó retomar el tema del desminado humanitario en Tiwinza, aspecto que luego de intensas negociaciones quedó plasmado en la respectiva acta de la siguiente manera:

La delegación del Ecuador, de acuerdo con el compromiso asumido por los Jefes de Estado en el Encuentro Presidencial de Piura<sup>4</sup>, de 22 de octubre de 2009, informó su intención de iniciar el desminado humanitario en el «kilómetro cuadrado de Tiwinza» en el corto plazo, de ser posible, mediante la Unidad Binacional de Desminado Humanitario, para lo cual se retomarán las conversaciones con las autoridades peruanas correspondientes y se entregará la información de gabinete disponible.<sup>5</sup>

Este fue el punto de partida para retomar a nivel bilateral la trascendencia del kilómetro cuadrado de Tiwinza. Sobre esta base, posteriormente, en el Encuentro Presidencial de Arenillas, en octubre del mismo año, los mandatarios Rafael Correa y Ollanta Humala instruyeron a las autoridades competentes, a través del Plan de Acción, «iniciar el desminado humanitario en el km<sup>2</sup> de Tiwinza, mediante acciones coordinadas de los comandos de desminado de los dos países y la participación de la Unidad Binacional de Desminado, con miras a la habilitación del camino carrozable por parte del Gobierno del Perú».

Tras varias reuniones e intercambio de información, la Unidad Binacional de Desminado Humanitario, concebida inicialmente para brindar cooperación a terceros países, estrenó sus operaciones de limpieza y desminado en el kilómetro cuadrado de Tiwinza, en el 2015. La planificación inicial contemplaba operaciones hasta el 2017; sin embargo, la conclusión de las tareas se dificultó por varias condiciones externas como: diferencias entre los reportes de coordenadas existentes y el terreno; la emergencia decretada en el Ecuador por el terremoto ocurrido en el 2016; desplazamientos de minas en el terreno<sup>6</sup> debido a lluvias, creciente de ríos y deslizamientos por irregularidades del relieve del terreno y condiciones meteorológicas y topográficas.

Durante el período de desminado en el kilómetro cuadrado de Tiwinza (2015-2018), la Unidad Binacional de Desminado Humanitario liberó un total de 19.561,39 m<sup>2</sup>, localizó y destruyó 852 minas antipersonales tipo TAB-I y realizó un eficiente control de calidad interno (CCI) y control de calidad externo (CCE) de acuerdo con los reportes registrados (CENDESMI 2022, p. 5). Gracias al profesionalismo y meticulosidad de los equipos de desminadores no se registró ningún accidente personal (CENDESMI, 2022, Anexo1, p. 11).

Finalmente, en el 2018 concluyeron las operaciones de desminado humanitario en el kilómetro cuadrado de Tiwinza, y quedó pendiente la ejecución de las operaciones de limpieza del área de batalla de la zona —restos de explosivos y otros materiales de guerra—, previa a la entrega de la certificación de tierras despejadas (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana), requisito indispensable para avanzar en el cumplimiento de los demás compromisos de Brasilia asociados a esta área.

4 «9. [...] Con la finalidad de realizar el desminado humanitario en el kilómetro cuadrado de Tiwinza se concluirá a fines del presente mes el estudio de impacto correspondiente. Ello permitirá la habilitación de un helipuerto para el acceso a dicha zona».

5 Numeral 4 del párrafo tercero del Acta de la X Reunión binacional de autoridades nacionales de acción contra las minas antipersonales.

6 Estos desplazamientos a más de tornar más compleja la localización de las minas antipersonales, ponen en riesgo a poblaciones que se encuentran en zonas aledañas y que desconocen de tales amenazas.

## TIWINZA Y SU PROYECCIÓN

La terminación del despeje de las minas antipersonales en Tiwinza, por parte de los Ejércitos del Ecuador y del Perú, coincidió con el vigésimo aniversario de la firma de la paz, siendo un caso emblemático, que marca un nuevo punto de partida para la cooperación binacional.

En este contexto, los dos países deben aunar esfuerzos y comprometer su voluntad política para avanzar en el cumplimiento de varios temas que, en cierta medida, estaban supeditados a la remoción y liberación de estos artefactos explosivos en el kilómetro cuadrado. La cancillería ecuatoriana está llamada a liderar la construcción de una estrategia transversal y una hoja de ruta a largo plazo, que trascienda los gobiernos de turno y permita al país ejercer una presencia efectiva en dicha zona, recuperar y reivindicar nacionalmente su simbolismo, impulsar la ejecución de todos los enunciados emitidos en el Punto de Vista Vinculante de los Países Garantes de 1998 e, incluso, facilitar las oportunidades de cooperación internacional para la liberación de las áreas peligrosas remanentes en la frontera común, a fin de concretar, entre otros:

### A. EL CAMINO CARROZABLE QUE CONECTARÁ EL TERRITORIO ECUATORIANO CON EL KILÓMETRO CUADRADO DE TIWINZA

El punto de vista vinculante de los países garantes estipula que el Perú tiene la obligación de «construir una vía pública carrozable de hasta cinco metros de ancho que conecte el área transferida en propiedad con el territorio del Ecuador, vía que deberá ser habilitada treinta meses después de la entrada en vigor del Acuerdo Global y Definitivo y mantenida por el Perú [...]» (Plan Binacional, Registro Oficial N.º 137).

En la segunda reunión de las comisiones binacionales sobre vías y centros de comercio y navegación (Lima, 26 y 27 de abril de 1999), efectuada, entre otros, para concluir «el trazado de la vía pública carrozable que conecte el área transferida en propiedad privada (Tiwinza) con el territorio del Ecuador», las dos delegaciones acordaron que: «2. La vía pública carrozable en territorio peruano se iniciará en las coordenadas: 805,020 (E) – 9´ 616,580 (N) denominado punto «I», contenido en un lado del perímetro que circunda el kilómetro cuadrado, hasta las coordenadas: 806,560 (E) - 9´ 619,720 (N) denominado punto «F» sobre la línea de frontera, de acuerdo con el trazo contenido en el anteproyecto entregado por ambas comisiones con una longitud aproximada de 7 a 9 kilómetros». Asimismo, las partes convinieron que la vía carrozable, a nivel de proyecto definitivo, tuviera entre otros: un radio de curvatura mínimo de 20 m; ancho de 5 m con corona con refugios o plazoletas de paso cada 500 m; capacidad para la circulación de vehículos de pasajeros de hasta 30 personas; etc. (Ministerio de Relaciones Exteriores 2000, p. 200).

En esta línea, entre 1999 y 2000, Perú, a través de desminado militar, destruyó 963 minas antipersonales en la zona donde se construiría la carretera desde la frontera Perú-Ecuador a Tiwinza, limpiando un área aproximada de 202,905 m<sup>2</sup> (CONTRAMINAS, 2008, p. 3).

En el Encuentro Presidencial y Primera Reunión del Gabinete de Ministros Binacional (Tumbes, 1 de junio de 2007), Ecuador se comprometió a concluir en el más breve plazo el tramo faltante de su lado, con el fin de permitir el ingreso de la maquinaria peruana para continuar con los trabajos de la vía carrozable, cuyas obras debían finiquitarse en diciembre de 2008. Además, se acordó realizar el cambio de placas en los tres vértices del kilómetro cuadrado de Tiwinza, para lo cual era necesario proceder con el desminado previo del área y culminar la construcción de la vía carrozable (acta del Encuentro Presidencial).

Las características y detalles de la vía, así como las tareas de desminado emprendidas por el Perú, evidencian que en varias oportunidades existió el interés de las dos partes por avanzar con este acuerdo; sin embargo, paulatinamente este tema fue relegado por la dinámica y la aparición de nuevos asuntos en la agenda bilateral.

En la actualidad, el acceso al kilómetro cuadrado de Tiwinza, tanto desde el Ecuador como desde el Perú continúa siendo exclusivamente vía aérea. Desde una visión pragmática, este hecho es comprensible, visto que ese territorio era una zona peligrosa y minada.

El arduo trabajo desarrollado por la Unidad Binacional de Desminado Humanitario no puede acabar simplemente en la liberación de las zonas minadas del kilómetro cuadrado, es necesario, por tanto, el impulso político para lograr que el Ecuador concluya la carretera nacional que debe empatarse con la vía carrozable en la frontera común, y, Perú, en cambio, 1.) habilite la referida vía conforme las características convenidas; 2) certifique oficialmente el levantamiento de minas en dicho territorio para asegurar el libre tránsito de personas; y, 3.) una vez habilitada la vía, realice el mantenimiento permanente a la misma, dadas las condiciones de la zona y las inclemencias del clima.

Se hace notar que las altas autoridades políticas y militares en materia de desminado no están facultadas para decidir sobre la vía carrozable. No obstante, hay que tomar en cuenta que el terreno por donde atravesaría este camino estuvo minado y, por tanto, mientras formalmente no exista una certificación del levantamiento de minas, la construcción de esta vía debería mantenerse en la agenda de las reuniones de desminado, pues la ejecución de esa obra depende del despeje total de explosivos. Es más, debería aprovecharse las competencias de la Unidad Binacional de Desminado para, en su momento, certificar la liberación de la zona, con el fin de habilitar el referido acceso y garantizar el libre tránsito en el menor tiempo posible. Si bien en el momento actual el Ecuador vive una coyuntura de austeridad y este tema, obviamente, no consta entre las prioridades nacionales, no se puede permitir, con base en la experiencia, que la construcción de la vía carrozable deje de estar presente en la mesa de las negociaciones bilaterales.

## **B. LA HABILITACIÓN DE LOS RESPECTIVOS PUESTOS DE CONTROL FRONTERIZO A AMBOS LADOS DE LA FRONTERA**

Si bien el kilómetro cuadrado de Tiwinza es propiedad privada del Ecuador, el Perú ejerce plena soberanía sobre esa zona y su espacio aéreo por encontrarse dentro de su territorio. Con esta precisión y mientras la única vía de acceso a Tiwinza sea aérea, sería conveniente que Quito coordine con Lima la elaboración de un proyecto de protocolo de acceso, que incluya el procedimiento a seguir cuando aeronaves peruanas y/o extranjeras deseen aterrizar e ingresar al kilómetro cuadrado de Tiwinza, bien privado del Ecuador, en territorio del Perú. Las aeronaves ecuatorianas deben sujetarse a los procedimientos establecidos en la normativa peruana.

La presencia efectiva del Ecuador en su propiedad privada implica tácitamente que cualquier ingreso al kilómetro cuadrado de Tiwinza, sea por parte de instancias civiles o militares, peruanas o extranjeras, con fines de observación, académicos u otros, debe ser previamente coordinado con el Ecuador.

Aunque para el Ecuador resulta imposible controlar lo que sucede en Tiwinza, en el marco del respeto y la confianza mutua, si Perú, por ejemplo, quisiera promocionar unilateralmente el exitoso trabajo de desminado humanitario realizado en el kilómetro cuadrado, con el fin de obtener cooperación internacional para el resto de sus tareas de desminado, cualquier ingreso y aterrizaje en esta zona debería previamente ser notificado y consensuado con el Ecuador.

Por otro lado, una vez habilitada la vía carrozable será indispensable contar con los puestos de control respectivos a cada lado de la frontera, conforme los Acuerdos de Brasilia. Cabe señalar que el kilómetro cuadrado de Tiwinza se circunscribe a la zona de libre tránsito fronterizo, por lo que no se requeriría de controles migratorios.

### C. CREACIÓN DE ZONAS DE PROTECCIÓN ECOLÓGICA

Otro de los criterios de los países garantes que ha tenido una ejecución parcial es el referente a la constitución de una zona de protección ecológica, bajo soberanía y jurisdicción de cada Estado, en las áreas y perímetros determinados. Estas zonas ecológicas debían tener un mismo nombre y ser colindantes y coincidentes en el sector de la frontera común.

Las zonas de protección ecológica fueron creadas en 1999, por Ecuador, y en 2007 por Perú, bajo denominaciones diferentes: Parque Nacional «El Cóndor», ubicado entre las provincias de Morona Santiago y Zamora Chinchipe; y el Parque Nacional «Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor», ubicado en el departamento de Amazonas<sup>7</sup> (Decreto Supremo N.º 023-2007-AG-Zona Reservada Santiago-Comaina 2007), respectivamente.

En vista que estas zonas fueron concebidas, entre otros, con el propósito de conservar la diversidad natural y cultural de la cordillera del Cóndor, y que dicha zona pronto estará libre de minas, debería considerarse la opción de retomar el espíritu de este compromiso, unificar su denominación y crear el Comité Técnico Ecuatoriano-Peruano, encargado de coordinar acciones de protección medioambiental, las cuales incluso podrían limitar la explotación de flora y fauna, así como las actividades de minería y tala ilegal.

### D. POSICIONAMIENTO EN EL CONTEXTO AMBIENTAL, TURÍSTICO Y EDUCATIVO

Mediante Acuerdo Ministerial N.º 0000208, la Cancillería ecuatoriana (22 de julio 1999) dispuso que tanto en el mapa físico como en el político se incluya, en el recuadro de signos convencionales, una leyenda relativa a la entrega por parte del Perú del kilómetro cuadrado de Tiwinza, junto con las coordenadas respectivas; sin embargo, esta referencia pasa por desapercibida.

En el escenario actual habría que potenciar esta zona desde una óptica de posconflicto e integración, con un enfoque histórico, ambiental, turístico y educativo. Así también, al acercarse la conmemoración de los 25 años de los Acuerdos de Brasilia, podría propiciarse una ceremonia especial al más alto nivel, con presencia de los países garantes y potenciales donantes, para conmemorar la histórica firma de la paz, ratificar el compromiso binacional por el bienestar de los dos pueblos y promover el apoyo de nuevos cooperantes.

<sup>7</sup> Artículo 1 del Decreto Supremo N.º 023-2007-AG:

«Categorícese la superficie de OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTAS SETENTA Y SIETE HECTÁREAS (88 477.00 ha) de la Zona Reservada Santiago-Comaina, establecida por Decreto Supremo N.º 029-2000-AG, como “Parque Nacional Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor”, la cual abarca los distritos de Río Santiago y El Cenepa, provincia de Condorecanqui, departamento de Amazonas; ...

La Zona de Protección Ecológica, establecida por el “Punto de Vista Vinculante de los Jefes de Estado de los Países Garantes del Protocolo de Río de Janeiro”, aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26982, forma parte del “Parque Nacional Ichigkat Muja-Cordillera del Cóndor”.

Dicha zona de protección ecológica se rige por lo establecido en el “Acta Presidencial de Brasilia” de 26 de octubre de 1998 y por sus normas de desarrollo. Se le aplica, en lo que fuera pertinente, la legislación correspondiente a áreas naturales protegidas».

## E. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

En el 2012, a través de la iniciativa «Ecuador y Perú-walking together», los dos países mostraron a la comunidad internacional el trabajo conjunto desarrollado en materia de desminado humanitario. Hoy, la experiencia de la Unidad Binacional en el kilómetro cuadrado de Tiwinza ha superado ampliamente los objetivos de aquel momento, y ha devenido en una excelente carta de presentación para incentivar y gestionar cooperación internacional para las áreas pendientes de desminar, las cuales, como se mencionó anteriormente, requerirán de ingentes recursos.

En tal virtud, Ecuador debería seguir el ejemplo de sus países vecinos, quienes, ante la disminución general de la cooperación extranjera, han iniciado fuertes campañas para obtener nuevas fuentes de financiamiento internacional.

## F. SOSTENIBILIDAD DE LA UNIDAD BINACIONAL DE DESMINADO HUMANITARIO

Aunque las operaciones de desminado humanitario en el kilómetro cuadrado de Tiwinza concluyeron en el 2018, la Unidad Binacional de Desminado debería mantener su estructura y vigencia, con una perspectiva de futuro, actualizando su experticia ante las nuevas amenazas internacionales de artefactos explosivos.

Los grupos irregulares y disidentes de la guerrilla en la frontera norte del Ecuador, quienes sistemáticamente recurren a la utilización de minas antipersonales con el objetivo de precautelar las áreas de cultivo de coca y corredores para el narcotráfico y otras actividades ilícitas, incrementan los riesgos para la seguridad nacional y, por tanto, es imprescindible contar con profesionales capacitados permanentemente en materia de explosivos.

Adicionalmente, Naciones Unidas requiere de unidades especializadas en eliminación de artefactos explosivos (explosives ordnance disposal), por lo que la Unidad Binacional de Desminado, con preparación y entrenamiento permanente, bien podría prestar sus servicios a esta organización multilateral y ofrecer cooperación sur-sur a los más de sesenta países, que aún son víctimas del flagelo de los explosivos.

## REFLEXIONES FINALES

Ecuador y Perú han transitado hacia una verdadera materialización de la paz. El kilómetro cuadrado de Tiwinza, zona que un día fue un punto álgido del conflicto, se ha convertido en la piedra angular del trabajo mancomunado de los dos ejércitos. Es un verdadero hito en la historia binacional, cuya recuperación y proyección futura dependerá, en gran medida, del impulso y realce político que la Cancillería ecuatoriana le asigne en esta nueva etapa.

La experiencia conjunta y la conclusión de las operaciones del desminado humanitario en el kilómetro cuadrado de Tiwinza, deben catapultar a la Unidad Binacional de Desminado Humanitario como un ícono de cooperación sur-sur, basado en transparencia, profesionalismo y confianza mutua.

Finalmente, el cambio de autoridades, la rotación de personal y la débil memoria institucional no deben limitar las aspiraciones nacionales. La elaboración de una estrategia transversal y una hoja de ruta de largo plazo podrían marcar las pautas para los años inmediatos, de lo contrario, los esfuerzos realizados y los recursos asignados habrán sido poco efectivos.

## REFERENCIAS

- Acta del Encuentro Presidencial, «Encuentro Presidencial y Primera Reunión del Gabinete de Ministros Binacional», 1 de junio de 2007. 25 de julio de 2022. <<https://planbinacional.org.ec/wp-content/uploads/2016/04/acta-tumbes-2007.pdf>>.
- Acta Presidencial, «Plan Binacional, Registro Oficial N.º 137», 26 de octubre de 1999. *Plan Binacional*, 11 de agosto de 2022. <<https://planbinacional.org.ec/wp-content/uploads/2016/03/1-acuerdo-de-paz.pdf>>.
- CENDESMI, *Informe anual, presentado en función del artículo 7 de la Convención sobre la prohibición del uso, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y su destrucción*, 2017. <<https://www.apminebanconvention.org/fileadmin/APMBC/clearing-mined-areas/2017-Ecuador-Article7Report.pdf>>.
- CENDESMI, «Reunión de los Estados Partes en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción», 19 de noviembre de 2008. Solicitud de prórroga del plazo para terminar de destruir las minas antipersonales de conformidad con el artículo 5 de la Convención. 11 de agosto de 2022. <[https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/\\_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-Ecuador-ExtReq-summary-sp.pdf](https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-Ecuador-ExtReq-summary-sp.pdf)>.
- CENDESMI, «Solicitud de prórroga de la fecha límite para completar la destrucción de minas antipersonales en objetivos de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1, de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales», 31 de marzo de 2008. 11 de agosto de 2022. <[https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/\\_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-Ecuador-ExtReq-sp.pdf](https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-Ecuador-ExtReq-sp.pdf)>.
- CENDESMI, «Solicitud de renovación de prórroga de la fecha límite para completar la destrucción de minas antipersonales en zonas minadas». 28 de julio de 2022. <[https://www.apminebanconvention.org/fileadmin/\\_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2022/20\\_MSP-Ecuador-ExtReq.pdf](https://www.apminebanconvention.org/fileadmin/_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2022/20_MSP-Ecuador-ExtReq.pdf)>.
- CONTRAMINAS, «Perú-Solicitud de prórroga de la fecha límite para completar la destrucción de minas antipersonales en zonas minadas de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1 de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas», 2008. 11 de 08 de 2022. <[https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/\\_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-extension-request-exec-summary-Peru-sp.pdf](https://new.apminebanconvention.org/fileadmin/_APMBC-DOCUMENTS/Meetings/2008/9MSP-extension-request-exec-summary-Peru-sp.pdf)>.
- CONTRAMINAS, «Solicitud de renovación de prórroga del plazo para finalizar la destrucción de minas antipersonales de acuerdo con el artículo 5 de la convención», 2017. <<https://www.apminebanconvention.org/fileadmin/apmbc/msp/15msp/15msp-Peru-executivesummary-3Oct2016-SP.pdf>>.
- Convención de Ottawa, 18 de septiembre de 1997. Agosto de 2019. <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch\\_XXVI\\_05p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf)>.
- Dávila, Andrés, *Los costos y posibilidades de eliminar las minas antipersonales*, 25 de septiembre de 2016. 11 de agosto de 2022. <<https://razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/9737-los-costos-y-posibilidades-de-eliminar-las-minas-antipersonales.html>>.
- Garonce, Francisco, Organización de Estados Americanos, 2010. 11 de agosto de 2022. <[http://www.oas.org/es/americas/pdf/2010/sep/InterAm510\(S\).pdf](http://www.oas.org/es/americas/pdf/2010/sep/InterAm510(S).pdf)>.
- Habib, Maki K., «Humanitarian demining: reality and the challenge of technology. The state of the arts», *SAGE Journals*, 2007. 11 de agosto de 2022. <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.5772/5699>>.
- Habib, Maki K., «Mine detection and sensing technologies-new development potentials in the context of humanitarian demining», *IECON'01. 27th Annual Conference of the IEEE Industrial Electronics Society (Cat. N.º 37243)*, Denver, 2001.

- Ministerio de Relaciones Exteriores, *Paz con dignidad*, vol. III, Quito, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2000, 3 vols.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Ecuador y Perú fortalecen cooperación bilateral para avanzar en proceso de desminado humanitario*, 8 de agosto de 2019. <<https://www.cancilleria.gob.ec/ecuador-y-peru-fortalecen-cooperacion-bilateral-para-avanzar-en-proceso-de-desminado-humanitario/>>.
- Países Garantes, *Propuesta definitiva de los países garantes sobre la fijación en el terreno de la frontera terrestre común*, 1998.
- Presidencia de la República del Perú, *Decreto Supremo N.º 023-2007-AG - Zona Reservada Santiago-Comaina*. 2007. 20 de agosto de 2022. <<https://legislacionanp.org.pe/zona-reservada-santiago-comaina/>>.
- Watson, Peter, *China dona 18 millones de dólares en equipamiento militar a Perú*, 30 de noviembre de 2017. <<https://www.infodefensa.com/latam/2017/11/30/noticia-china-formalizan-sensos-protocolos-donacion-equipos-respuesta-desastres-naturales-desminado.html>>.



## El comodín de la crisis climática: roles y regulación del sector empresarial desde un enfoque de derechos en Ecuador

Lucía Salazar Gómez |  Investigadora independiente

**RESUMEN** El presente trabajo evalúa las intervenciones del sector empresarial en la gobernanza climática. Posteriormente, enfoca la regulación ecuatoriana del sector desde una perspectiva de derechos humanos, con el propósito de aportar con una visión objetiva de la situación jurídica óptima, que oriente las acciones de los actores involucrados en la adopción e implementación de medidas de mitigación o adaptación al cambio climático. Los actores son el sector empresarial industrial y financiero; el Estado como garantista de derechos y control del comportamiento empresarial; y la sociedad civil como observadora, fiscalizadora y accionante en caso de vulneración a derechos.

**PALABRAS CLAVE** manipulación genética, terapia génica, clonación, delito de peligro abstracto, derechos genéticos.

FECHA DE RECEPCIÓN 1/8/2022      FECHA DE APROBACIÓN 3/9/2022

## The joker in the climate crisis: roles and regulation of the business sector from a rights-based approach in Ecuador

**ABSTRACT** This paper aims to evaluate the interventions of the business sector in the climate governance. Subsequently, it focuses on the business sector regulation in Ecuador from a human rights approach. To contribute with an objective vision of the optimal legal situation which would guide the actors involved in the adoption and implementation of abatement and adaptation measures to climate change. These actors are the industrial and financial business sector, the State as guarantor of rights and control of business behaviour, and the civil society as observer, supervisor, and petitioner in case of rights' violations.

**KEY WORDS** Business sector, climate change, climate governance, regulation, human rights approach.

### INTRODUCCIÓN

El cambio climático es un hecho. Existe evidencia suficiente<sup>1</sup> de que la concentración de emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera van en alza. Mediante el icónico Acuerdo de París de 2015, 195 suscriptores de la Convención

1 Véase entre otros reportes, IPCC, «Summary for policymakers», en Masson-Delmotte, V. et. al. (eds.), *Climate Change 2021: the physical science basis. Contribution of working group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2021. DOI:10.1017/9781009157896.001.

Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) consensuaron en disminuir las emisiones para llegar máximo a 2° celsius por debajo de los niveles preindustriales; y un esfuerzo por llegar a 1,5 °C.

El fondo de este conflicto socioambiental es que no todos los actores generadores de GEI son igualmente responsables y directamente imputables. Mas aún si existen actores no estatales que en toda la cadena de producción y consumo no internalizadas, producen mayor cantidad de emisiones que un país en vías de desarrollo con menor producto interno bruto (PIB).<sup>2</sup>

Es decir, un porcentaje considerable de las emisiones de GEI globales son causadas por actividades, productos y servicios de corporaciones de consumo intenso o masivo.<sup>3</sup> Es de conocimiento científico que, de las emisiones acumuladas por contribuciones históricas, las empresas más contaminantes, conocidas como *carbon majors*, contribuyen con 71% del total de emisiones globales.<sup>4</sup> Esto convierte al sector privado en un actor clave por el impacto ambiental como consecuencia de sus giros de negocio.

El cambio climático genera un dilema hacia la empresa en relación con los negocios y sus relaciones con el sector público y con otros actores privados-sociedad civil o sus mismos consumidores. El ideal que beneficie a todas las partes involucradas sería generar lo que Le Menestrel<sup>5</sup> denomina una *situación óptima*; donde los Estados se comprometen a reducir emisiones mediante políticas climáticas idóneas e implementadas adecuadamente. Mientras actores, también contaminantes como las empresas, acaten no solo las directrices internacionales, sino que no evadan responsabilidades a nivel local de conformidad con las leyes nacionales sobre la materia.

Sin embargo, la realidad es que solamente enunciando a las más de cien empresas que tienen por giro base al crudo, gas natural, carbón y cemento, como principales actores que aceleran el cambio climático, lo niegan o no quieren reparar. Esto, evidentemente solo señala a un sector empresarial. Existe otro sector que sí se ha interesado favorablemente con el ambiente al aceptar la existencia del cambio climático y su avance por el tipo de actividades humanas. Desde ya se avizora una aparente dualidad entre la necesidad de regular y el interés voluntario en cooperar.

Es pertinente recalcar que, hoy por hoy, se vive la globalización de actividades empresariales y que éstas se ven condicionadas por consensos internacionales. No obstante, dicha globalización ha permitido que el poder de regulación se incline a favor del sector privado y cada vez con más frecuencia.<sup>6</sup> Esto se conoce como la gobernanza climática privada. Es probable que las relaciones en materia climática dieran ese giro debido a la falta de peso vinculante de los lineamientos generales de la CMNUCC y limitaciones de control tanto para los Estados parte como para las empresas.

Si bien se reconoce la importancia del Estado como ente regulador, los modelos de desarrollo de políticas a lo interno incluyen al sector privado. En varios ámbitos y mucho más en el sector ambiental, las empresas han retado al Estado por años al momento de crear regulaciones privadas que superan las limitadas acciones estatales. Es

2 Pozzi, S., «10 empresas más grandes que 180 países», en *El País*, 30 de septiembre de 2016. [https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102\\_454818.html](https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102_454818.html)

3 CIDH, *Informe empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/REDESCA/INF.1/19. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párr. 242. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

4 Iglesias Márquez, D., «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XX, 2020, pp. 85-134. DOI:10.22201/ij.24487872e.2020.20.14472

5 Le Menestrel, M. et al., «Process and consequences in business ethical dilemmas: the oil industry and climate change», en *Journal of Business Ethics*, N.º 41, 2002, pp. 251-266. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/25074922>

6 La regulación privada es fácticamente vista como una autoridad cuando no existen actores estatales que regulen o establezcan estándares regulatorios. En el ámbito del cambio climático se ha observado en las iniciativas privadas esquemas de reducción de emisiones, transparencia y participación en el mercado de carbono. Véase Auld, G. y Green, J., *Unbuilding the regime complex: the effects of private authority*, York University: comparative research in law & political economy, 2012. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/15>

esta potencialidad que Nicholas Stern reconoció en su informe,<sup>7</sup> al manifestar que las soluciones al conflicto socioambiental del cambio climático requieren la intervención tanto del sector público como del privado con soluciones multinivel e intersectoriales.

Ahora bien, el presente artículo tiene dos objetivos. El primero, evaluar los roles de intervención del sector empresarial en la gobernanza del cambio climático a nivel global. Y segundo, enfocar la regulación del sector en Ecuador desde una perspectiva de derechos. A fin de aportar con una visión objetiva de la situación *jurídica* óptima que oriente el actuar de los actores involucrados en la generación e implementación de medidas de mitigación o adaptación al cambio climático. En específico, actos del sector empresarial, el control público de su comportamiento y monitoreo por la sociedad civil.

Para tal efecto, el estudio se fundamenta, en primera instancia, en el análisis de la agenda corporativa en la gobernanza climática a nivel global. A partir del análisis gramsciano de poder instrumental, estructural y de discurso del sector empresarial que pongan en evidencia la interacción de «[...] las empresas en la política ambiental [...] según el sector, entre sectores y contextos institucionales, y sobre el curso del ciclo de la política».<sup>8</sup> En vista de que, según el liberalismo económico, las empresas son vistas como parte de la solución, mientras la economía política crítica los ve como los generadores y responsables del cambio climático. Estas bases teóricas distinguirán a dichos interlocutores en tres bloques. Primero, quienes se oponen a regulaciones sobre el clima, que ignoran su responsabilidad o que de preferencia no participan. En un segundo bloque se encontrarán quienes apoyan y sus motivos en el contexto del cambio climático. Estos son aquellos a quienes importa, ya sea la regulación pública o privada, por motivos de rentabilidad y reputación. Finalmente, y no menos importante, el presente estudio incorpora al sector financiero sostenible como parte del sector empresarial ya que tiene por giro de negocio brindar un servicio en favor del clima y otros actores privados.

La segunda sección orienta el análisis regulatorio del comportamiento empresarial en el contexto del cambio climático, desde la primacía de los derechos humanos. Mediante un breve recuento de la relación entre empresa y derechos humanos. Posteriormente puntualiza un aspecto trascendental en derecho que es el carácter vinculante que genera obligaciones y que se traduce en el proyecto de tratado vinculante para las empresas y derechos humanos. A fin de concluir con demostrar en qué consiste la regulación del comportamiento empresarial con enfoque de derechos en contexto de cambio climático.

Finalmente, la tercera sección tiene como propósito situar el estudio de los roles y regulación del sector empresarial en el contexto de cambio climático en Ecuador. Con base en la observancia de la agenda corporativa a nivel nacional y cómo esta se articula actualmente con el gobierno. No sin antes dar su respectiva importancia a particularidades características del neoconstitucionalismo andino, como son los derechos de la naturaleza.<sup>9</sup> En Ecuador el reto es ese, evaluar a las empresas como sujeto de derecho mientras se protege y garantiza tanto los derechos humanos como los derechos de la naturaleza. Mas todavía con una política de transición ecológica.

## LA AGENDA CORPORATIVA FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Los roles de los actores globales determinan *ex ante* los intereses de grupo, la participación, exclusión o división de grupo y *ex post* sus interacciones externas. En principio,

7 Stern, N., *Stern review: la economía del cambio climático*, HM Treasury, 2007. [https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/informe\\_stern.pdf](https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/informe_stern.pdf)

8 Meckling, J., *Oppose, support, or Hedge? Distributional effects, regulatory pressure, and business strategy in environmental politics*, Global Environmental Politics, 15.2., Massachusetts Institute of Technology, 2015, p. 19. DOI:10.1162/GLEP\_a\_00296. p. 19

9 Ávila Santamaría, R., *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, Ecuador, Huaponi Ediciones, 2016.

entender y cuestionar los roles que cumple la empresa en la gobernanza climática permite, a su vez, entender y cuestionar el origen de la crisis climática. No obstante, el cambio climático impacta a todos, también a las empresas en su infraestructura e inversiones. Las cadenas de valor en varios sectores como el agrícola, ya se ven y verán afectados.<sup>10</sup> Desde adentro, posicionarse a favor de pensar y ejecutar soluciones ante la crisis climática se convierte también en un aspecto *de beneficio* en cuestión de ahorro y competitividad. El sector empresarial es una ficha trascendental en el tablero climático. Es un estratega, un *comodín*.

En este orden de asuntos, las empresas son actores complementarios en la gobernanza pública de cambio climático y principales en la gobernanza privada. Las empresas no son, y no tienen por qué ser, iguales ni tener los mismos intereses y objetivos. Muchas veces se contradicen e inclusive aquellas contradicciones pueden resultar en beneficios con frutos a largo plazo. Lo que sí es necesario en este momento de la crisis climática es definirse. Los agentes empresariales participan en el plató del cambio climático, según lo que para este estudio comprenden tres grandes grupos, definidos por sector, cálculo del costo potencial de no hacer nada frente al cambio climático y el prestigio de permanencia o generado a causa del conflicto socioambiental.

El primer rol lo tienen las industrias extractivas de bienes y servicios. Un grupo evidentemente opositor a cualquier atención que beneficie al clima y, por tanto, a los seres humanos. El segundo grupo se ha llegado a consolidar como el ambientalismo corporativo. En este se observa, por un lado, una responsabilidad socio-empresarial fortalecida y, por otro lado, a quienes encuentran un nicho de mercado en plena crisis. Si esto último es positivo, es un tema ético donde el factor tiempo y estrategia van ganando terreno; al tiempo que al aplicar el principio *bona fide* son agentes con una reputación mayor. Por último, los agentes de financiamiento e inversión, enfocados en generar acciones, concretamente en beneficio del ambiente y la sostenibilidad. A continuación, se detalla con mayor profundidad las características de estos roles.

## INDUSTRIAS EXTRACTIVAS

Las industrias extractivas tienen interés en las negociaciones climáticas desde que se adoptó la CMNUCC. De conformidad con el artículo 7.6 los grandes contaminantes o *carbon majors* participan en calidad de observadores individuales y también como grupos de presión hacia las coaliciones de países que se forman durante las negociaciones en las conferencias de las partes. Su objetivo radica en mantener su giro de negocio, la extracción, consumo y comercialización de bienes primarios y derivados del petróleo, gas natural, carbón y cemento. El beneficio surge de obstaculizar las negociaciones y reducir los compromisos estatales sobre las soluciones al conflicto.

De acuerdo con la CMNUCC las industrias están llamadas a cooperar, lo que no se limita al cumplimiento de responsabilidad socio-empresarial, sino de algo mucho más contundente e inmediato, el cambio de la base del negocio, para este caso el recambio de materia o recurso natural. En vista de que el recurso utilizado es ambientalmente perjudicial y generador de la mayor concentración de GEI en la atmósfera. «La industria petrolera entonces afronta un conflicto mayor: su materia prima fundamental, petróleo como fuente de energía, es potencial y considerablemente de gran impacto negativo para el ambiental global».<sup>11</sup>

10 IPCC, «Resumen para responsables de políticas», en P. R. Shukla et al. (eds.), *El cambio climático y la tierra: Informe especial del IPCC sobre el cambio climático, la desertificación, la degradación de las tierras, la gestión sostenible de las tierras, la seguridad alimentaria y los flujos de gases de efecto invernadero en los ecosistemas terrestres*, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, 2019, ISBN 978-92-9169-354-2

11 Le Menestrel, M. et al., *op. cit.* p. 254.

En cualquier caso, «[...] el régimen internacional de cambio climático no contempla obligaciones ni compromisos directos para las empresas, lo que les permite evadir responsabilidad de adoptar acciones climáticas que cumplan con el objetivo [...]»<sup>12</sup> de reducir emisiones y, por tanto, de cambiar su base de negocio. Según el Acuerdo de París, «la obligación ulterior sobre reducción de emisiones GEI en todos los sectores recae en los Estados; las empresas estarían en su lugar sujetas a la jurisdicción que corresponde su inscripción, matriz y lugares de actividades a nivel estatal».<sup>13</sup> Es decir, que las empresas responden siempre que un Estado o comunidades afectadas en un Estado recurran a específicas acciones legales a nivel nacional e internacional.

«La falta de un marco regulatorio industrial que aborde la responsabilidad social y ambiental [...]»<sup>14</sup> a nivel global sí tiene repercusiones graves a nivel interno. Es de conocimiento público que un Estado tiene capacidades limitadas al momento de hacer responsable a una empresa transnacional de vulneraciones a los derechos humanos y al ambiente. No obstante, existen afortunadamente referencias en jurisprudencia comparada que permiten avizorar un futuro distinto.

Las prescripciones climáticas acordadas en la CMNUCC y el Acuerdo de París se transforman en vinculantes al momento de generar líneas jurisprudenciales. Tal es el caso de la ONG *Urgenda*, un ejemplo de litigio estratégico sobre cambio climático. En 2015 un Tribunal del Distrito de La Haya, en Países Bajos, exigió al Estado el cumplimiento del artículo 2 de la CMNUCC —reducción de emisiones GEI según niveles preindustriales— fundamentado en el derecho humano al ambiente sano. A este caso le siguió otro en 2019, esta vez dirigido a la corporación transnacional Shell. La ONG *Friends of the Earth Netherlands* mantuvo la *ratio decidendi* de cumplir con la CMNUCC y el Acuerdo de París, pero sobre todo con el *deber de cuidado* y respeto a los derechos humanos, contenido en la legislación holandesa.<sup>15</sup> Desde ese entonces, el litigio estratégico climático basado en derechos humanos contra empresas tiene por insignias a casos en Colombia, Estados Unidos, Reino Unido, entre otros.

### AMBIENTALISMO CORPORATIVO

No obstante, parte de la *situación jurídica óptima* es la prevención y no el litigio. Mas aún si se trata de una situación apremiante como es el cambio climático; donde más que sanción se necesita acción preventiva. De ahí que se considera favorable la regulación privada climática, donde la autoridad generada por actores no estatales se ha convertido en esencial y complementaria a nivel técnico, inclusive para los mismos Estados parte de la CMNUCC. La regulación privada sobre el clima incluye aspectos como códigos de buenas prácticas ambientales, publicidad, transparencia, fiscalización y certificaciones externas.<sup>16</sup> El desarrollo de la regulación climática por parte del sector privado se enmarca en un formato *ganar-ganar*. Donde las soluciones planteadas para reducir emisiones GEI también benefician al giro de negocio de las empresas involucradas.

Las empresas con un rol de *ambientalistas corporativos* durante las negociaciones climáticas crearon una coalición denominada Zona de los Actores No Estatales para la Acción Climática (NAZCA). Esta, se diferencia de las BINGO y otras coaliciones de agentes corporativos observadores y coaliciones de la industria extractiva.

Mas allá de la pertenencia a coaliciones, lo que caracteriza al rol ambiental de las empresas en la gobernanza climática es la interpretación del desarrollo sostenible. Para

12 Iglesias Márquez, D. *op. cit.*, p. 90

13 *Ibidem*, p. 99.

14 Contreras, G. et al., «Self-regulation in sustainable finance: the adoption of the Equator principles», en *World Development*, vol. 122, 2019, pp. 306-324. DOI:10.1016/j.worlddev.2019.05.030

15 *Ibidem*, p. 89.

16 Auld y Green, *op. cit.*

el ambientalismo corporativo, la sostenibilidad es un buen negocio. Si bien se mantiene un enfoque de *desarrollo* este debe cumplir con criterios de interés social y ambiental que permitan mantener o regenerar el equilibrio de los ecosistemas. El desarrollo sostenible es parte de la implementación de sistemas de comercio de emisiones, actualmente en ejecución.<sup>17</sup>

Las empresas ambientalistas consideran —al igual que los signatarios del Protocolo de Kyoto, en su tiempo— que poner un precio al carbono e intercambiar reducción de emisiones de otro lugar aumenta la sensibilidad de los consumidores hacia otros nuevos mercados, p. ej. el mercado de desarrollo limpio manifiesto en el cambio hacia renovables y eficiencia energética. El aumento del precio del carbono es una oportunidad y *triumfo a futuro* ya que aumenta la productividad e ingresos en otros nichos de mercado sustentables.<sup>18</sup> Las nuevas áreas de negocio también incluye el interés en conservación y reducción de pérdida de biodiversidad.<sup>19</sup>

Desde un análisis del discurso, la narrativa del ambientalismo corporativo es de una industria amigable que transita de un entorno insustentable hacia uno sustentable, transparente, verificado.<sup>20</sup> Un ejemplo práctico de regulación privada que ha beneficiado a muchos estados de la Unión Europea y empresas es el Esquema de Contabilidad de GEI o GHG *Accounting Scheme*. Un esquema creado en 1995 a la par del inventario de emisiones GEI del Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC); en calidad de emprendimiento y que provee un reporte detallado de emisiones GEI corporativas por sector y sitios específicos de generación. Es posible que en una situación de lucha de poderes privada-pública en un asunto que interesa a nivel global como es el cambio climático, el interés de generar estos esquemas se debe anticiparse a regulaciones intergubernamentales.<sup>21</sup>

## FINANCIAMIENTO SOSTENIBLE

El sector financiero observa el compromiso internacional de responsabilizarse por el cambio climático. A su vez, reconoce la necesidad de los países en vías de desarrollo tanto por expectativas de bienestar y mejora como en el caso de implementación de proyectos de mitigación y adaptación. De conformidad, varios agentes inversores y financistas al menos a nivel América Latina y el Caribe, se han comprometido con una *reactivación transformadora* pospandemia.<sup>22</sup> La reactivación transformadora se plantea concienciar sobre los riesgos de inversión durante la crisis climática y alternativas de financiamiento a nivel institucional como de sectores y actividades a ser priorizadas. El financiamiento de actividades para países y empresas debe ser sustentable.

El financiamiento sostenible o *climático* tiene por objetivo prever los riesgos de regulación y mercado, junto a riesgos físicos que incrementan toda vez que no se actúa para enfrentar el cambio climático.<sup>23</sup> Este tipo de financiamientos se fundamenta en los Principios de Ecuador de 2003 que tienen calidad de voluntarios. El control se basa

17 Falkner, R., «Private environmental governance, and international relations: exploring the links», en *Global Environmental Politics*, vol. 3, issue 2, 2003.

18 Bristow, S., «Empresa y cambio climático: el aumento de la sensibilización pública crea una oportunidad significativa», en *Crónica ONU*, s/f Retrieved from <https://www.un.org/es/chronicle/article/empresa-y-cambio-climatico-el-aumento-de-la-sensibilizacion-publica-crea-una-oportunidad>

19 Dauvergne, P., «The global politics of the business of ‘Sustainable’ Palm Oil», en *Global Environmental Politics*, vol. 18, N.º 2, 2018, pp. 34-52. DOI:10.1162/glep\_a\_00455

20 *Ibidem*.

21 Auld, G. y Green, J., *op. cit.*

22 Wolfenson, A. *et. al.*, «Hacia una reactivación transformadora en América Latina y el Caribe», en *Resumen para tomadores de decisiones*, 2020. [https://reactivaciontransformadora.com/storage/doc-material-file/1612186121\\_policy-brief-reactivacion-transformadora.pdf](https://reactivaciontransformadora.com/storage/doc-material-file/1612186121_policy-brief-reactivacion-transformadora.pdf)

23 Lorenzo Alonso, S., *Finanzas y clima. Dos sistemas que deben converger*, Conferencia magistral CEPAL, Instituto de Investigaciones Económicas PUCE, 2021, 12 03. <https://www.youtube.com/watch?v=x4IJTrL9rxk&t=2116s>

en el reporte de las empresas vinculadas por autonomía de la voluntad privada. Según estos principios, la sustentabilidad debe permear las actividades empresariales y de otro lado, los bancos deben redirigir sus inversiones a actividades no intensivas en carbono y que prioricen la transparencia climática. Hasta la actualidad, 92 instituciones de 37 Estados han adoptado esta Carta de Intención. Acuerdo similar a los Principios para las Finanzas de Impacto Positivo de las Naciones Unidas (ONU) de 2017.<sup>24</sup>

En síntesis, el sector empresarial en la gobernanza climática global mantiene una agenda diversa, plural y dividida en tres roles por intereses de giro de negocio, sector y costo sobre omisión frente a la acción climática. De los tres sectores, solamente dos comulgan y se alimentan entre sí, el ambientalismo corporativo y el sector de financiamiento sostenible. El sector industrial extractivista si bien se ve beneficiado por el sector financiero en cuestión de inversiones; al momento que este último prioriza la sustentabilidad, no recibe financiamiento que favorezca las actividades intensivas en carbono consistentes en extracción, consumo y producción de derivados del petróleo, gas natural, carbón y cemento.

## LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, es necesario recalcar que en la gobernanza privada climática existen otros actores privados; estos son las organizaciones no gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y los individuos. Las organizaciones no gubernamentales que trabajan en la promoción de derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales contemplan al sector industrial como un actor con mayor poder en las negociaciones sobre cambio climático. No es lo mismo ser un defensor de la naturaleza que una empresa asociada a la sostenibilidad; mucho menos una industria extractiva.

Además, desde un enfoque de ecología política una cosa es el conflicto y otra la regulación ante el conflicto. El conflicto socioambiental del cambio climático es una *oportunidad* para las empresas con un giro de negocio enfocado a la sostenibilidad. Mientras la regulación del comportamiento empresarial ante dicho conflicto es una amenaza para la industria extractiva. Las empresas como personas jurídicas experimentan afectaciones de tipo colectivo hacia bienes jurídicos distintos a los de una persona o una comunidad de personas no asociada en una ficción jurídica.

«El cambio climático repercute en el disfrute y/o la realización de todos los derechos humanos, aunque diferentes individuos y grupos pueden sentir el impacto de manera diferente y desproporcionada».<sup>25</sup> El cambio climático afecta directamente a las personas naturales en sus derechos humanos, en particular al habitar zonas con vulnerabilidad climática alta.<sup>26</sup>

Las motivaciones por las que las personas naturales se encuentran en el tablero de la gobernanza climática son las pérdidas económicas, sociales, psicológicas y de diferente índole que decantan de la inacción ante el avance inminente de la crisis climática. La búsqueda de soluciones reales y la exigibilidad del pleno ejercicio de sus derechos inalienables e interdependientes. Situación que nuevamente coloca la interrogante de si la voluntad empresarial es una solución o un parche de mercado que culmina justificando

24 UNEP, «The principles for positive impacts in finance. A common framework to finance the sustainable development goals», en *Finance UNEP Initiative*, 2015. <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2017/01/POSITIVE-IMPACT-PRINCIPLES-AW-WEB.pdf>

25 ACNUDH, *Cambio climático y los principios rectores*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022. <https://www.ohchr.org/es/business/climate-change-and-ungps> Véase también ACNUDH, *Derechos humanos, cambio climático y empresas. Mensajes clave*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022.05. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/MKBusiness-SP.pdf> ACNUDH. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)

26 CIDH, *op. cit.*

los estándares regulatorios públicos deficientes y la flexibilización ambiental nacional y global.<sup>27</sup> No hay que obviar que el papel protagónico de la crisis climática debido a su tipo de actividad lleva en la delantera al poder corporativo y financiero ejercidos por la banca y empresas transnacionales contaminantes.

El rostro del ambientalismo corporativo demuestra que las empresas bien pueden evadir proyectos que vulneran derechos y producen pasivos ambientales. Las empresas pueden recambiar su base de negocio y adaptarse a condiciones favorables para el ambiente y los seres humanos. Empero, qué sucede si esta es solo una guerra de trincheras más, donde las fichas hegemónicas del tablero logran absorber las demandas sociales y discursos a fin de proteger su posición desde una *pseudorevolución pasiva*.<sup>28</sup>

Levy y Newell recuerdan la noción de hegemonía gramsciana como una entidad no fija, la cual «[...] se encuentra en frecuentes procesos de disputa y realineación de fuerzas centrales».<sup>29</sup> No se puede ignorar que en el sistema mundo capitalista persisten grupos y estructuras económicas con ventaja sistémica<sup>30</sup> y sería muy ingenuo apresurarse a homologar demandas legítimas sobre derechos de personas naturales y en colectivo, con el interés utilitario propio de un actor hegemónico, la empresa.

Robert Falkner argumenta que

El incremento de la gobernanza privada significa una nueva fase en el proceso de reestructuración de la hegemonía global, donde las firmas establecen los estándares ambientales con el objetivo de dar un giro ideológico de mercado en la política ambiental con enfoque de mercado y de sistema desregulador de gobernanza. El surgimiento de regímenes ambientales patrocinados por corporaciones implica un cambio ideológico en respuesta a la crisis ecológica, que en última instancia fomenta el control de la clase dominante sobre fuerzas anti-sistémicas.<sup>31</sup>

Un ejemplo de este tipo de intervenciones en temas ambientales es la formación de la Comisión Mundial sobre Represas, constituida en 1997. Las empresas que conforman esta gobernanza delimitaron la visión de represas a gran escala y sus alternativas; al igual que su reporte de lineamientos para edificación de represas promulgado al año 2000.<sup>32</sup> Por su parte, en el cambio climático existen esquemas de gobernanza privada donde se debería cuestionar quiénes toman las decisiones y por qué surge la *autoridad* privada de control. Tal es el caso del establecimiento de taxonomías<sup>33</sup> de sostenibilidad. Lugar donde se desconoce quién fiscaliza, cómo se controla su cumplimiento y en qué condiciones resultan efectivas sus evaluaciones.

Desde la economía política crítica se considera que este tipo de gobernanza sin regulación pública puede llevar a la desmovilización de actores contrahegemónicos. Los actores de menor jerarquía y que a pesar de ser esenciales, no son *el comodín* en el tablero de juego. La desmovilización de actores necesariamente opuestos —contrapeso— genera un desequilibrio en las decisiones globales donde los intereses corporativos muchas veces ya se han opuesto al bien común. Esto es evidente cuando en el balance *costo-beneficio* de una empresa, esta opta por ejecutar actividades no sustentables o sustentables que generan ingresos económicos para la misma sin beneficiar a las comunidades locales a nivel de desarrollo y generado pasivos y vulneración a derechos.<sup>34</sup>

27 Levy, D. & Newell, P., «Business strategy and international environmental governance: Toward a No-Gramscian Synthesis», en *Global Environmental Politics*, 2002, p. 83, 84-101. doi:10.1162/152638002320980632

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 Falkner, R., *op. cit.*, p. 75.

32 Dingwerth, K., «Private transnational governance and the developing world: a comparative perspective», en *International Studies Quarterly*, vol. 52, N.º 3, 2008, pp. 607-634. DOI:10.1111/j.1468-2478.2008.00517.x

33 Las taxonomías son clasificadores efectuados en base a criterios e indicadores, que permiten diferenciar actores, en este caso empresas y financistas conforme a sus actividades económicas. La taxonomía sostenible tiene por objetivo definir qué actividades son consideradas como tal. Véase ABM, *Taxonomía de financiamiento verde*. <https://abm.org.mx/banca-sostenible/taxonomia.html> Iniciativas de la sociedad civil como EU-Taxonomy.info y Banktrack.org observan y hacen monitoreo cívico al respecto.

34 Nesadurai, H. E., «Transnational private governance as a developmental driver in southeast Asia: the case of sustainable palm

Los desenlaces de monopolizar la gobernanza en aspectos ambientales tienen un historial crítico de tragedias ante el mínimo o prácticamente nulo respeto a las leyes ambientales junto a actividades que, a pesar de ser legales, vulneran derechos. En el caso de que sean legales, las respuestas al cambio climático también son propensas a amenazar o vulnerar derechos humanos si no se encuentran alineados a esta perspectiva. Por ejemplo, la tragedia de Brumadinho donde ...<sup>35</sup> Así, la legitimidad de la gobernanza privada entra en disputa.

Los Tratados de 1969 estipulan en su preámbulo la *primacía* de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Toda vez que un Estado o una empresa que realice actividades, estas deben acatar un mandato de *ius cogens*. La prioridad en el caso de actividades empresariales relacionadas con el conflicto socioambiental de cambio climático consiste en hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo sobre la sanción y consecuente reparación.

El litigio estratégico en cambio climático es necesario, aunque lento y reparatorio. Hay que reconocer que gracias a las acciones litigiosas «[...] está quedando más claro [...] que las empresas no deben solo analizar el daño al medio ambiente de manera independiente, sino que también deben analizar cómo han afectado de manera negativa a los derechos humanos de las personas».<sup>36</sup> Reconocimiento que sirve de precedente para no volver a vulnerar derechos.

Es ahora cuando la gobernanza y regulación del comportamiento empresarial debe contener parámetros preventivos de justicia climática, entre los que se encuentra el enfoque de derechos humanos. A continuación, se expone una breve reseña de la relación regulatoria entre empresas y derechos humanos. Posteriormente, se dedicará una subsección a analizar la pertinencia del borrador de tratado vinculante global sobre corporaciones, empresas y derechos humanos, que está en debate desde el año 2002. Un tratado que cubriría lo que ha planteado voluntariamente la gobernanza privada, más lineamientos de las Naciones Unidas y regulaciones de algunos Estados, con efectos *erga omnes*. Terminando con la síntesis del alcance regulatorio del enfoque de derechos humanos sobre el comportamiento empresarial en el contexto del cambio climático.

## EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

La Organización Internacional de Empleadores (OIE) asume que existen derechos ‘contrapuestos’ al momento de tener que respetar derechos humanos como el derecho al ambiente sano.<sup>37</sup> Esta aseveración es en sí cuestionable ya que el derecho al ambiente sano es un bien jurídico supraindividual del cual las personas miembros de la empresa y la persona jurídica misma son beneficiarias. No son derechos contrapuestos cuando se trata de intereses utilitaristas vs. derechos humanos.

La OIE, en su reporte sobre cambio climático y derechos humanos de 2021, plantea que se deben cuestionar aspectos como la *equidad* ya que, tratándose específicamente de un litigio, el momento que la empresa resulte con responsabilidad y se obligue «[...] a interrumpir, adaptar o restringir su actividad puede tener consecuencias laborales y sociales

---

oil standards in Indonesia and Malaysia», en *The Journal of Development Studies*, vol. 55, N.º 9, 2019, pp. 1892-1908. DOI:10.1080/00220388.2018.1536262

35 CIDH, *op. cit.*, párr. 243.

36 OIE, *El cambio climático y las implicaciones en materia de derechos humanos para las empresas*, Organización Internacional de Empleadores, Konrad Adenauer Stiftung, 2021, p. 5. <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156254&token=4aebdb597c057cecef8496caec4bbc7ea369e897>

37 *Ibid.*, p. 3. Esto podría dar pie a una prueba de ponderación, pero no es el caso, ya que se trata de intereses de la empresa y no de derechos como tal. Un interés no es un derecho. Otro asunto sería si la postura se fundamentara en el derecho al desarrollo, como se verá más adelante. Para el análisis de juicio de ponderación, véase Alexy, R., «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 11, 2009, pp. 3-14, Biblioteca virtual de la Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

en la propia empresa y en su cadena de suministro, tanto nacional como internacional». <sup>38</sup> De acuerdo a su caso hipotético, a) se trata de un fallo que acarrea responsabilidades y estas según se observa se darían por vulnerar derechos y generar daño ambiental, y b) la primacía de los derechos humanos genera obligaciones de no hacer y por tanto de respetar los derechos humanos, inclusive sin amenaza de vulneración de derechos.

Con base en la Declaración de Derechos Humanos (1948), los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, <sup>39</sup> sustentan esta última precisión. Porque si bien los Estados están llamados a proteger y a reparar por responsabilidad ulterior; las empresas *ex ante* están llamadas a respetar y a reparar efectivamente en caso de vulneración de derechos. La obligación de *respetar* constituye una *norma de conducta esperada a nivel mundial* aplicable a todas las empresas donde operen e inclusive va más allá del mero cumplimiento de la legislación ambiental nacional. Es una conducta para acatar así no existan obligaciones claras en el derecho interno. <sup>40</sup>

No obstante, es necesario no dar cabida a lagunas jurídicas o flexibilidad normativa, necesario para prevenir impactos negativos de proyectos empresariales que amenacen con poner en desmedro al ambiente y atenten contra los derechos ambientales. De ahí que, cada vez más y más organismos internacionales se han unido para fortalecer directrices que suplan generalidades respecto al respeto, protección y promoción de derechos humanos en el contexto ambiental.

Los principios rectores son de interpretación y desarrollo progresivo, en tal razón, la Relatoría de Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (REDESCA) desarrolló estándares sobre empresas y Derechos Humanos frente a varios conflictos socioambientales a nivel interamericano; uno de ellos el cambio climático. <sup>41</sup> En dicho informe, la REDESCA hace un recorrido pertinente sobre los avances en la materia y posiciona los derechos que aparentemente estarían en colisión, pero que, interpretados de manera interdependiente, no se contraponen. Estos derechos son el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente sano.

El derecho al desarrollo tiene su particularidad en la línea del ambientalismo corporativo, ya que debe éste debe ser sustentable. En consecuencia, las personas y comunidades se encuentran en el centro de atención, desplazando a las mercancías. Mientras que el derecho al medio ambiente sano aclara que, durante sus actividades, las empresas deben respetar este derecho *junto al uso sostenible y conservación de ecosistemas*. <sup>42</sup>

En referencia a la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <sup>43</sup> la REDESCA insiste en la *interdependencia* de los derechos con las obligaciones estatales y empresariales. A su vez que amplía los estándares del informe incluyendo la *debida diligencia* como parte de la *responsabilidad socio-empresarial*.

Conviene subrayar que la responsabilidad socio-empresarial

[...] se refiere al reconocimiento de la industria de su rol en el desarrollo sustentable, así como los esfuerzos en regularse voluntariamente. La debida diligencia [...] es una noción más radical. Implica obligaciones legales hacia corporaciones a fin de promover el desarrollo sustentable y proveer de compensación cuando dichas obligaciones se han incumplido. <sup>44</sup>

38 *Ibid.*, p. 6.

39 ACNUDH, *op. cit.*, 2011.

40 ACNUDH, *op. cit.*, 2022.

41 CIDH, *op. cit.*

42 *Ibid.*, párr. 45.

43 En Corte-IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17* de 15 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) La Corte-IDH se plantea interpretar el objeto y alcance del derecho al ambiente sano contemplado en el Protocolo de San Salvador. La solicitud se enmarca en el contexto de construcción de megainfraestructuras que afecten gravemente al ambiente. Adicionalmente, la Corte-IDH considera pertinente interpretar otros aspectos vinculados como la interdependencia de derechos colectivos con el ambiente sano y sus dimensiones sustantivas y procedimentales.

44 Reinhart, F. y Stavins, R., «Corporate social responsibility, business strategy, and the environment», en *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, pp.164-181. DOI:10.1093/oxrep/grq008

Mientras que la debida diligencia o *accountability* implica reportar por mandato sobre los potenciales impactos sociales y ambientales previamente a las comunidades de incidencia al lugar donde se realice las actividades. Según la REDESCA la debida diligencia es una medida preventiva y un proceso. Un proceso que inicia con identificar los potenciales impactos y cómo estos podrían afectar a derechos humanos específicos. Posterior a esto, incorporar en sus estudios de impacto ambiental las medidas oportunas para prevenir y mitigar los impactos. Luego, hacer un seguimiento y siempre transparentar el proceso de reparación en caso de existir. La debida diligencia es tanto una responsabilidad estatal como empresarial.

Todavía cabe señalar que organismos de derechos humanos constantemente procuran llenar vacíos y profundizar en las directrices de cumplimiento respecto a la garantía de que derechos en contextos de actividades empresariales y ambiente se cumplan. Afortunadamente, otros organismos como el Pacto global de las Naciones Unidas sobre empresas y comportamiento corporativo, constituido en el año 2000 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han emitido principios y lineamientos a los que voluntariamente se adhieren las empresas que ejecuten actividades en los Estados miembros. Los principios del Pacto Global dan importancia al principio precautorio e impulsan el cambio de base de negocio hacia tecnologías limpias. Algo semejante sucede con los lineamientos de la OCDE para empresas multinacionales donde operen tratados de libre comercio (TLC). Los lineamientos de la OCDE existen desde 1976 y entre ellos está la existencia de Puntos Nacionales de Contacto, como agentes fiscalizadores imparciales que varias veces han llevado a juicio casos de falta de transparencia, demostrando que es un sistema efectivo a nivel europeo.<sup>45</sup>

Lamentablemente en América Latina y el Caribe la impunidad por vulneración a derechos humanos y generación de daño ambiental es recurrente. Pueden existir un sinnúmero de estándares y lineamientos de referencia para empresas y de obligatorio cumplimiento para los Estados; pero es hacia las empresas donde la voluntariedad queda corta al hablar de respetar los derechos humanos. En definitiva, se requiere de regulación contundente, seria y eficaz sobre todo para afrontar y controlar el auge de proyectos en *sectores estratégicos* de la economía dependiente extractivista. Esto solo puede ocurrir gracias a un tratado vinculante sobre la materia.

Finalmente, la responsabilidad de debida diligencia repercute en la visión que se tiene de las y los defensores de la naturaleza y los pueblos. En Latinoamérica alrededor de 200 defensores son asesinados anualmente.<sup>46</sup> Un dato alarmante que debe generar empatía por parte de las empresas en cualquier actividad que se vinculen de cualquier modo con el ambiente. Es una reflexión hacia la violencia política y corporativa por la que pasan personas que luchan contra las actividades que vulneran derechos colectivos, económicos y ambientales. Un tratado vinculante es visto por defensores como una justa medida preventiva al igual que el Acuerdo de Escazú adoptado en 2018.

## UN TRATADO VINCULANTE EN MARCHA

Las inversiones, y por tanto intervención de empresas transnacionales a nivel nacional, son reguladas y protegidas por los tratados bilaterales de inversión o libre comercio (TBI). Resultando en una *arquitectura jurídica* que tiene la capacidad de incidir

45 Iglesias Márquez, D., *op. cit.*

46 Paz Cardona, A. J., «Latinoamérica sigue siendo la región más peligrosa para los defensores ambientales», en *Nuevo Reporte. Mongabay Latam*. Periodismo Ambiental Independiente, 2021, septiembre 13. <https://es.mongabay.com/2021/09/latinoamerica-asesinatos-defensores-ambientales-global-witness/>

hasta en la regulación interna de los Estados.<sup>47</sup> Sin embargo, muchas veces sirven de blindaje para el acometimiento de actos que vulneran derechos humanos.<sup>48</sup>

Por integración sistémica de los instrumentos de derechos internacional, los TBI se deben interpretar a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>49</sup> Desafortunadamente, en América Latina los TBI han condicionado el ejercicio de derechos en beneficio de actividades de corporaciones transnacionales donde el Estado no controla las externalidades o efectos derrame que estas producen. Entre estas, el incremento de GEI concentrados en la atmósfera.

Expertos en la materia argumentan que los TBI son regulaciones directamente responsables del cambio climático. Regulaciones que estarían beneficiando a la industria extractiva, en menor medida al ambientalismo corporativo y pertenecerían a las instituciones financieras que no se alinean con la sostenibilidad. De donde se infiere la necesidad inminente de un *tratado vinculante* que asegure un performance empresarial adecuado en lo ambiental y social.

Sin desmerecer que es un tema de debate histórico, se tiene como referencia que los primeros esfuerzos por regular los TBI surgieron en 1997 cuando el Centro para las Corporaciones Transnacionales (UNCTC) —hoy UNCTAD— emite un Código de Conducta de buenas prácticas para corporaciones. En sentido contrario, también sirve de referencia que las industrias han resistido e inclusive han consolidado coaliciones como la Acción Empresarial por el Desarrollo Sustentable<sup>50</sup> que se encuentra en contra del tratado vinculante. Las trabas surgen en vista de que dicho «[...] acuerdo tendrá enormes repercusiones para los países del Sur global, ya que es frecuentemente difícil de monitorear y reforzar la regulación ambiental, particularmente en un clima de relativo enfriamiento regulatorio»<sup>51</sup> para las empresas.

Pues bien, el Tratado vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos fungiría de marco normativo internacional para garantizar el *respeto, protección y promoción* de los derechos humanos, frente a violaciones y abusos resultantes de actividades de empresas transnacionales y otras empresas.<sup>52</sup> Abarca el asegurar las responsabilidades estatales y corporativas incluyendo mecanismos preventivos y de reparación. Obligaciones que no se limitarían por fronteras.

Es interesante observar la amplitud de la propuesta y se puede intuir por qué varias empresas temen su adopción. La esencia de obligaciones para transnacionales u otras empresas se enfoca en el *respeto irrestricto* a todos los derechos humanos en toda la cadena de suministro.<sup>53</sup> Lo importante es cubrir los vacíos legales existentes, que los Estados no se vean intimidados por las empresas y, por tanto, poner fin a la impunidad empresarial ante atentados a derechos producto de sus actividades.

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana se han pronunciado favorablemente sobre el asunto. Mediante opinión consultiva OC-23/17,<sup>54</sup> la Corte IDH respondió a la pregunta «¿De qué forma se debe interpretar [el derecho al ambiente sano-Protocolo de San Salvador] cuando existe riesgo de construcción de megainfraes-

47 Pahis, S., *Bilateral investment treaties and international human rights law. Harmonization through interpretation*. International Commission of Jurists, Geneva, 2011. <https://www.icj.org/bilateral-investment-treaties-and-international-human-rights-law-harmonization-through-interpretation/>

48 Pérez Orozco, A., *Aprendizajes de las resistencias feministas latinoamericanas a los tratados de comercio e inversión: del No al ALCA, al cuestionamiento del capitalismo patriarcal*, Observatorio de Multinacionales en América Latina.

49 Pahis, S., *op cit.*, p. 19.

50 Clapp, J., *Global environmental governance for corporate responsibility and accountability*, Global Environmental Politics, Massachusetts Institute of Technology, 5.3., 2005. DOI 10.1162/1526380054794916

51 *Ibid.*, p. 25.

52 OEIG WG-HCR-UN, *Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, Grupo Intergubernamental de Trabajo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución A/HRC/RES/26/9, 2014. [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)

53 *Ibid.*, p. 7.

54 Corte-IDH, *op. cit.*

estructuras y que afecten gravemente el ambiente [...]».<sup>55</sup> Del análisis de la opinión consultiva, se desprende también que, para garantizar el derecho al medio ambiente sano, debe ir respaldado con una mejor formulación de políticas ambientales que garanticen este y otros derechos conexos. Entonces se reconoce la necesidad de un instrumento vinculante adicional. Por su parte, la Comisión Interamericana DD. HH. menciona la pertinencia del tratado en la Resolución 26/9 de 2019.

### REGULANDO EL COMPORTAMIENTO CORPORATIVO DURANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO

En el contexto de cambio climático, el Comité de la ACNUDH sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha señalado que los derechos humanos tienen un rol importante a fin de evitar la aceleración del cambio climático. En esto coinciden las cada día más frecuentes leyes marco de cambio climático a nivel nacional<sup>56</sup> y las decisiones jurisprudenciales sobre la materia.<sup>57</sup>

Simultáneamente, los Estados deben asegurar que las empresas eviten generar impactos negativos que afecten derechos humanos. La responsabilidad de los Estados sobre acciones empresariales según la REDESCA debe consistir en una *combinación inteligente* de medidas que beneficien a las partes involucradas.<sup>58</sup> Estas medidas deben alinearse a que todas las empresas deben reducir emisiones, prevenir daños ambientales y gestionar riesgos en asuntos de no retorno como la colaboración ante pérdida y daño por eventos extremos presentes y futuros.

La celeridad con la que deben accionarse los Estados, las empresas y la ciudadanía para enfrentar el cambio climático se ve reflejada en la exigibilidad de hacer de las medidas y acciones, inclusivas. La REDESCA «[...] subraya la obligación de implementar estrategias y políticas con perspectiva de género en la que se incluya las responsabilidades jurídicas de las empresas y la debida protección de las personas defensoras del medio ambiente».<sup>59</sup>

Cabe reiterar que las empresas pueden ser agentes positivos para el respeto y garantía de los derechos humanos; generar o motivar con sus acciones comportamientos claves; dar ejemplo para transformar experiencias de impunidad y abuso sobre derechos humanos; así como coadyuvar a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.<sup>60</sup>

En el marco de la gobernanza privada climática, se precisa recordar que durante la Convención de Río de 1992 se constituyó el Consejo Mundial Sobre Empresas y Desarrollo Sostenible. Todo esto confirma que si existe un interés legítimo de varias empresas en beneficio del ambiente y los derechos humanos. Sin embargo, existe mayor experiencia sobre atentados a los derechos humanos, lo que obnubila acciones propositivas por parte de las empresas. Sería pertinente que las empresas del ambientalismo corporativo superen el *greenwashing* y así despejen las dudas sobre su *bona fide* con la voluntad de favorecer las negociaciones y la adopción del tratado vinculante. Ya que, actualmente el único instrumento para prevenir y hacer frente a las

55 *Ibidem*, p. 6.

56 En América Latina, Perú promulgó su Ley Marco de Cambio Climático en 2018. Por su parte, Chile la promulgó este año 2022. Poco a poco, la región va positivizando remedios regulatorios al cambio climático. Guzmán, S. y De La Fuente, A., *Índice de Finanzas Sostenibles. Informe de Resultados para América Latina y el Caribe*, GFIAC, 2020 [https://www.sustainablefinance4future.org/\\_files/ugd/32948d\\_7bd04be2a8f54e3ea165b1b188d0ec74.pdf](https://www.sustainablefinance4future.org/_files/ugd/32948d_7bd04be2a8f54e3ea165b1b188d0ec74.pdf)

57 Al respecto, la Corte Suprema colombiana ha marcado un precedente nacional en el caso sobre la Amazonía y la amenaza con afectación al derecho al ambiente sano por justicia intergeneracional. Véase Dejusticia, *El fallo histórico. Corte Suprema concede tutela de cambio climático y generaciones futuras*, 2018 <https://www.dejusticia.org/en-fallo-historico-corte-suprema-concede-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/>

58 CIDH, *op. cit.*

59 *Ibid.*, párr. 46.

60 *Ibid.*, párr. 26.

consecuencias negativas sobre derechos humanos, empresas y crisis climática son los principios rectores de la ONU.

Las empresas deben y pueden tomar medidas en todas las facetas de la regulación climática-mitigación, adaptación y daños. Su intervención favorable es evidente en el aumento del uso eficiente de energía gracias al recambio a energías renovables.<sup>61</sup> Espacio de políticas donde todavía falta promover el enfoque de derechos humanos a fin de verdaderamente beneficiar a comunidades donde se desarrollan las actividades.

En lo que se refiere a la debida diligencia y la importancia de prevenir eventos climáticos; la debida diligencia debe incluir más especificidades. Los estudios de impacto ambiental deben ser consistentes con cada componente analizado, sobre todo con medidores de GEI y gestión para reducirlos. Al mismo tiempo que incorporar informes de emisiones, públicos y transparentes. La rendición de cuentas iría alineada al mandato del Acuerdo de Escazú. Y no menos importante, el financiamiento climático debe sustituir progresivamente al financiamiento intensivo en carbono.

## RESPONSABILIDAD CORPORATIVA CLIMÁTICA EN ECUADOR

Ecuador, país de economía primario extractivista, es uno de los países con mayor riesgo climático de América Latina y el Caribe.<sup>62</sup> La economía de desarrollo antropogénico es el bucle interminable de causa-efecto que el país tiene como precondition de vulnerabilidad climática.<sup>63</sup> A fin de focalizar el presente estudio a nivel local, se precisa comprender estas condiciones y cómo influyen en el actuar corporativo frente al clima.

El Ecuador como país no industrial, biodiverso con una alta variedad de microclimas y recursos naturales, ha captado el interés por *desarrollarse* en base a recursos naturales primarios. Desde tiempos coloniales, pasando por la neófita república, los recursos hegemónicos han variado. De la producción agrícola hasta la extracción de recursos no renovables, gracias a la primera detección de yacimientos petrolíferos en 1940.<sup>64</sup>

La ubicación de los yacimientos hizo que el desarrollo esté vinculado a políticas colonizantes y de imposición en lo que se denominaría el modelo de *integración* de la región amazónica.<sup>65</sup> El enfoque de desarrollo desde aquel consistió en utilizar a la naturaleza desde su valor económico e *incluir* a las y los habitantes nativos de la Amazonía considerando la expansión urbana de migrantes colonos, la culturización occidental y adoctrinamiento. Así, Iván Narváez recuerda que

El proceso integracionista implica la sobreposición de intereses agropecuarios, madereros, energéticos, viales, urbanos, étnicos, extractivistas, de protección, etc., que sumados a otros de carácter geopolítico han convertido al nororiente ecuatoriano en un espacio violento en construcción, acen-tuando los conflictos por violación de derechos individuales y colectivos.<sup>66</sup>

Existe entonces certeza de que la integración no ha sido un proceso pacífico. Más aún, revela que tanto el Estado como la industria extractiva cargan una responsabilidad histórica de vulneración de derechos humanos y de daño ambiental que todavía tiene repercusiones legales, sociales y económicas. El modelo de integración amazónico mantiene cuatro formas de ejecución. Ya que no se ha detenido. La integración se entiende como

61 OIE, *op. cit.*

62 Larrea, C., *Petróleo o conservación en el Parque Nacional Yasuni: una opción histórica*. Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, 2010, pp. 1-14. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1216/1/LARREACON0011-PETROLEO.pdf>

63 Salazar Gómez, L., «Los impactos al implementar los derechos de la naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador», en *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*, pp. 77-100. DOI. 10.26807/rr.v3i03.102

64 Narváez Quiñónez, I., *Derecho ambiental y sociología ambiental*, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica Cevallos, 2004.

65 *Ibidem.*

66 *Ibid.*, p. 104.

el desarrollo hacia el crecimiento económico industrial de todo el territorio nacional. Un desarrollo similar al de países del norte global.

La primera forma de ejecución de la integración fue cultural y demográfica, caracterizada por vulneración de derechos humanos sin destrucción de ecosistemas naturales y manteniendo las prácticas ancestrales de las poblaciones originarias. La segunda forma de integración es la primera manifestación de destrucción y sustitución de ecosistemas por agricultura intensiva, explotación maderera y agroindustria. Particular que comparte con la deforestación y degradación de los suelos en otras zonas del país. La Costa por ejemplo caracteriza la alteración de las fuentes de vida por la expansión camaronera y también de frontera agropecuaria.<sup>67</sup>

La tercera y más conocida intervención en la Amazonía para *integración* de esta en la economía del país es el modelo extractivista de explotación de recursos no renovables. Intervención replicada después del *peak petrol* con otro no renovable sustitutivo, la minería-pequeña y de gran escala, legal e ilegal. El impacto ambiental que este modelo representa como el mayor generador de GEI en Ecuador<sup>68</sup> incluye la exploración, construcción de vías de acceso y distribución.

Por último, la forma de integración que suele confundirse con el *greenwashing* que pueden hacer ya sea el Estado o las empresas es la regeneración de bosque y sistemas agroforestales.<sup>69</sup> La razón de que se confunda con una falsa solución ambiental surge cuando la conservación de cobertura vegetal no representa reducción real de GEI en la atmósfera por más buenas intenciones que existan.<sup>70</sup>

Hecha la salvedad sobre las precondiciones que conectan la economía nacional con la vulnerabilidad climática del entorno, cabe observar lo que manda la Constitución de la república de 2008. La *Carta Magna* en sus artículos 83 y 395, respectivamente, manda a que el desarrollo sea sustentable, sostenible, equilibrado con el ambiente y que asegure la regeneración natural.<sup>71</sup> Esto es, que el desarrollo sostenible es equiparable al *buen vivir*.<sup>72</sup> Entonces, las actividades que se contraponen con este mandato serían inconstitucionales.

Empero, más han resistido a este mandato los poderes hegemónicos, que en acatar su cumplimiento. Evidencia de vulneración a derechos en este contexto hay varias. Unas de larga data como es el caso Chevrón-Texaco<sup>73</sup> y otra reciente es Cónдор Mirador.<sup>74</sup>

67 Moreano, M., «Socio Bosque y el capitalismo verde», en *La Línea de Fuego, Revista Digital*, 2012, septiembre 4. <https://lalineadefuego.info/socio-bosque-y-el-capitalismo-verde-por-melissa-moreano-venegasi/>

68 Narváez Quiñónez, *op. cit.*

69 *Ibidem.*

70 Socio Bosque, ahora Socio Bosque II y REDD+ son iniciativas para poner precio al carbono según el Protocolo de Kyoto, 1997. De acuerdo con el protocolo, los países desarrollados, también industrias, pueden transar sus emisiones contabilizadas financiando conservación o mecanismos de desarrollo sostenible. El conflicto surge cuando no existe correlación fáctica de que sea un mecanismo efectivo de mitigación al cambio climático y, en su lugar, surjan pugnas de poder, conflictos de interés privado y vulneración a derechos colectivos como tenencia de la tierra. Véase Moreano, M., *op. cit.*

71 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

72 Salazar Gómez, L., *op. cit.*, 2016.

73 En su tiempo fue calificado por el expresidente Rafael Correa como el caso históricamente más grave de crimen ambiental y de lesa humanidad, véase Cancillería del Ecuador, *El caso Chevron-Texaco en Ecuador. Una lucha por la justicia ambiental y social*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador. Apoya al Ecuador, 2015. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf> Sin lugar a duda, el caso Chevron-Texaco es paradigmático en vista de que trata el juego de actores para resolver un conflicto socioambiental producto de pasivos ambientales en la Amazonía ecuatoriana; donde inclusive dos nacionalidades indígenas perecieron. Un breve recuento de los hechos hace memoria de que el proceso de reparación integral. Inicialmente se da la victoria a los demandantes, la Unión de Afectados por Texaco (UDAPT), pero posteriormente Chevron desconoce las sentencias dictadas en Ecuador, Argentina y Canadá: jurisdicciones de actividades de la transnacional. Es más, esta empresa amenazó al Estado y demandó por supuesto incumplimiento del TBI. Chevron se encuentra en la impunidad.

74 Un proyecto que surge en la última década con el *boom minero e inversión para el desarrollo* proveniente de China. La minería en Condor Mirador desde la exploración y su actividad de explotación comenzada hace apenas un par de años, ya han ocasionado impactos negativos a las comunidades de incidencia directa e indirecta. Cónдор Mirador se encuentra ubicado en la provincia de Morona Santiago. A fin de cumplir con la locación de prospección, varias comunidades como Nankints fueron despojadas y desplazadas sin compensación. Una deuda de extracción con regalías anticipadas que no reparan la vulneración a derechos como hábitat, salud, seguridad y vida. Véase Garzón, P., «Algunas aproximaciones

De manera análoga ha existido vulneración de derechos por omisión de responsabilidad estatal de actuar *in dubio pro-natura*. Este es el caso de la iniciativa Yasuní ITT. Debido a su relevancia respecto al cambio climático. En 2010 el Ecuador presentó ante la comunidad internacional la propuesta de mantener el crudo bajo tierra.<sup>75</sup> Porque su explotación es la primera causa de mayor concentración de GEI en la atmósfera a nivel mundial. La propuesta consistía en hacer corresponsable a la comunidad internacional de pagar mediante un fondo y de esta forma reducir aproximadamente 407 millones de toneladas de dióxido de carbono.<sup>76</sup> Es de conocimiento público que no se logró concretar dicha acción climática y el Estado optó por iniciar sus operaciones en 2011.

Ante esto, la pregunta es ¿qué puede hacer la gobernanza privada? Si la industria extractiva se ve beneficiada de que iniciativas como Yasuní ITT no sean exitosas, poco pueden incidir favorablemente el ambientalismo corporativo y el financiamiento sostenible. No sin antes agregar que, el ambientalismo corporativo es parte del conflicto con REDD+ y fallas en la construcción de represas para extracción de recursos renovables como Coca Codo Sinclair.<sup>77</sup>

La ausencia de responsabilidad empresarial genera responsabilidad ulterior de los Estados. Pero ya no hay que esperar al incumplimiento de obligaciones de protección al ambiente para preocuparse por las faltas empresariales. Ecuador no se encuentra en la década de los setenta, cuando a [...] falta de mayor conocimiento y fundamentalmente de responsabilidad socio-empresarial por parte de las autoridades responsables sobre la necesidad de preservar la naturaleza, no se tomaron en consideración los efectos contaminantes que generaba esta actividad y solo en la década de los 80 se establecieron normas de protección ambiental.<sup>78</sup> Hoy por hoy, las regulaciones públicas existen y deben ser acatadas.

Ahora bien, en cuanto al tema de estudio, de existir daño ambiental y consecuente afectación a derechos humanos en contexto de cambio climático, el acceso a reparación se rige por los principios rectores de la ONU que se encuentran estipulados en el Código Orgánico del Ambiente y conductas ilícitas tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal. El Estado, al momento de activar los mecanismos de reparación, deberá asegurar su eficacia ya sea judicial, extrajudicialmente, mediante tribunales medioambientales, instituciones nacionales de derechos humanos y, para el caso, al punto de contacto de la OCDE en Ecuador.<sup>79</sup>

En cuanto a la prevención, el Ecuador carece de una Ley Marco sobre Cambio Climático y, por tanto, no existe estipulación taxativa de mecanismos de cumplimiento para empresas en el asunto. Aún así, las empresas deben cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos de buena fe en atención directa a los tratados internacionales de *ius cogens*.

En el siguiente subapartado se ha optado por especificar un cambio más profundo que existe en la Constitución de la República del Ecuador y que es de directa aplicación. La naturaleza como sujeto de derechos. El verdadero reto es que las empresas acaten este mandato constitucional sobre todo en base a una política pública ambiental de transición ecológica.<sup>80</sup> Con estas consideraciones en mente, concluirá esta sección

---

sobre la relación China-América Latina», *Informe Ambiental Anual*, FARN <https://chinaenamericalatina.info/wp-content/uploads/2017/04/05Garzo%CC%81n.pdf>

75 Larrea, C., *op. cit.*

76 *Ibidem*.

77 Centro de información sobre empresas y derechos humanos. Ecuador: Contraloría halla fallas en la construcción de represa Coca Codo Sinclair, de Sinohydro, *Business and human rights*, 2019. <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/ecuador-contralor%C3%ADa-halla-fallas-en-la-construcci%C3%B3n-de-represa-coca-codo-sinclair-de-sinohydro/>

78 Narváz Quiñónez, I., *op. cit.*, p. 119.

79 ACNUDH, *op. cit.*, 2022.

80 Castro, M., *La clave en la transición ecológica es la voluntad política, pero también la inversión*. Entrevista a Luis Suárez IUCN, 2021, junio 6 <https://gk.city/2021/06/06/que-es-transicion-ecologica-ecuador/>

con la evaluación de roles y regulación del sector empresarial en el contexto de cambio climático a nivel nacional. Esto, desde el estudio de la agenda corporativa y su articulación con las políticas del gobierno actual.

## LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-23/17 menciona que el derecho al ambiente sano es un derecho autónomo que protege los componentes del medio ambiente.<sup>81</sup> El elemento objetivo del derecho humano. Esto en un contexto internacional y regional donde la Carta de los Derechos de la Naturaleza de la ONU 1982 no es vinculante.

En su lugar, países como Bolivia, Ecuador y próximamente Chile, han optado por reconocer legalmente la personería jurídica de la naturaleza o el entorno natural que nos rodea y del que somos parte. La Corte Constitucional colombiana ha reconocido los derechos de la naturaleza con base en precedentes y líneas jurisprudenciales.<sup>82</sup>

En lo que respecta a Ecuador, la naturaleza es reconocida como sujeto de derechos en el artículo 10 de la Constitución de la república. Una entidad autónoma con valor intrínseco, derechos específicos de igual jerarquía e interdependencia con los derechos humanos. Esto, en una Constitución visionaria que reconfigura el pacto social en base a un nuevo paradigma, el neoconstitucionalismo andino.<sup>83</sup>

Este nuevo paradigma atraviesa todas las relaciones sociales y con los ecosistemas naturales, de una racionalidad instrumental a una racionalidad ambiental de convivencia. La Constitución de la República de Ecuador manda el respeto, protección y promoción de los derechos de la naturaleza (DDNN) —estipulados en el artículo 71 y subsiguientes— por parte del Estado y las empresas que desarrollen actividades dentro del territorio y la jurisdicción ecuatoriana. Es decir, es un reconocimiento local y situado.<sup>84</sup>

El reciente informe sobre empresas y derechos humanos en el contexto del cambio climático emitido por la OIE también menciona este acontecimiento. La OIE ve al reconocimiento de DDNN como una *tendencia* a otorgar personería jurídica a *recursos* naturales. Y que esto mina los esfuerzos por lograr la *transición justa* hacia una economía más sostenible.<sup>85</sup> La percepción de este postulado se enmarca en la racionalidad utilitarista de relacionarse con la naturaleza como una cosa, adicional a que estas *cosas* tengan atributos *humanos*. Pero lo que nunca se hace referencia es que se defiende en este orden de cosas a una ficción jurídica sin vida autónoma y compuesta por personas naturales: la empresa.

El cambio de paradigma constitucional no debe verse como una afrenta; en su lugar debe enfocarse a propender un diálogo de perspectivas. La transición justa en Ecuador contempla el respeto a los DDNN, como los derechos humanos y el respeto a los intereses de las empresas que se encuentren protegidos en el ordenamiento jurídico nacional. Se trataría con precisión de una *transición socio-ecológicamente justa*.

El reconocimiento de DDNN repercute en regulaciones y planes de Estado; así también en las actividades de particulares como las empresas. Los DDNN son una herramienta de presión ante la gobernanza climática a nivel local y con potencial global. Esto porque la naturaleza no tiene límites ni fronteras.

81 Corte-IDH, *op. cit.*

82 Dejusticia, *op. cit.*

83 Salazar Gómez, L., *Discriminación ambiental por disposición final de desechos sólidos: caso relleno sanitario de El Inga*, Quito-Ecuador (tesis de pregrado), PUCE, Quito, 2016.

84 Gudynas, E., *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Quito-Ecuador, Ediciones Abya Yala, 2016.

85 OIE, *op. cit.*

## LA AGENDA CORPORATIVA CLIMÁTICA EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

Llegando a este punto, la referencia de la agenda corporativa a nivel global permite obtener un panorama amplio de tendencias sobre roles y regulación del comportamiento empresarial en contexto de cambio climático. Ahora bien, el enfoque en lo local-nacional tendrá sus particularidades correspondientes a la situación geopolítica y de normativa interna. Es por eso por lo que ya se ha visto la preponderancia de los DDNN y los derechos humanos en la Constitución de la república.

A condición de que la economía es primario extractivista, Ecuador como país en vías de desarrollo depende geopolíticamente de Estados *desarrollados* y financiamiento tanto para la conservación como para el desarrollo. Latinoamérica parte de una predisposición a inversiones intensivas en carbono mayores en los denominados sectores estratégicos, vinculadas a la violencia sistemática de corporaciones e impunidad.

De alguna manera, la pandemia fue un punto de inflexión en muchos sentidos. El mundo reconoció el estado de crisis *sistémica*. El planeta tiene límites y su funcionamiento óptimo depende del desarrollo de nuevos modelos de negocio que integren la sostenibilidad.<sup>86</sup> En consonancia, los países en vías de desarrollo deben recibir mayor apoyo tecnológico y financiero en rubros sostenibles de su presupuesto nacional. Ecuador debe ir por esa dirección.

Lo que sucede es que, en este caso, crisis como la del clima pueden generar una afectación mayor a países como Ecuador, al menos de un 75-80% del costo global de impacto.<sup>87</sup> Esto supera a expectativas de desarrollo económico de crecimiento estándar. El cambio climático es más caro. De ahí la importancia de la participación, cabildeo y decisión en las negociaciones climáticas.

En cuanto a la influencia de la gobernanza climática privada en países en vías de desarrollo, esta sí ha calado en cuanto a discurso, regulación y estructura.<sup>88</sup> Los efectos discursivos hacen referencia a la importancia del conflicto socioambiental *global* y de responder con acciones eficientes. Los efectos regulatorios implican la generación de leyes marco sobre la materia y planes de acción. Por su parte, los efectos materiales se relacionan con la inversión en sustentabilidad para mitigar la generación de GEI. Por último, los efectos dinámicos serían la interacción público-privada en el discurso de desarrollo sostenible.

Lo que importa es materializar el derecho al ambiente sano en el contexto climático. Para esto, se deben generar estrategias coordinadas y que no se limiten a abordar el problema desde la sanción, sino desde la prevención. A su vez que sea un diálogo multinivel e intersectorial. Desde un enfoque costo-beneficio esto es óptimo.

En el caso particular de Ecuador, no solo la normativa es de vanguardia, sino su propuesta de política ambiental. Se ha hablado de *transición ecológica*. Esta nueva orientación del ejecutivo debería ser más allá de un cambio administrativo. A breves rasgos, es un cambio sustancial en el modelo económico y de sistemas de producción y consumo.<sup>89</sup>

Según Santiago Lorenzo Alonso de CEPAL, la transición involucra reducir emisiones hacia el carbono neutralidad  $-1,5\text{ }^{\circ}\text{C}$ , desarrollar tecnología y nuevos modelos de negocio. Todo esto, en el aspecto de inversiones alineado a portafolios donde se coloque mayor financiamiento a actividades sostenibles.<sup>90</sup> Esto porque, «[...] la transición implica al menos ir de una racionalidad instrumental hacia una racionalidad ambiental y con perspectiva decolonial, donde las decisiones en pro de la naturaleza no puedan limitarse a un análisis costo-beneficio».<sup>91</sup>

86 Wolfenson, A. et al., *op. cit.*

87 Larrea, C., *op. cit.*

88 Dingwerth, K., *op. cit.*

89 Castro, M., *op. cit.*

90 Lorenzo Alonso, S., *op. cit.*

91 Salazar Gómez, L., *op. cit.*, p. 83.

Durante la transición ecológica las relaciones de poder asimétricas entre personas y empresas, empresas y estados, deben ser superadas.<sup>92</sup> Esto se logra con apertura y escucha mutua. Implicar a más actores como pequeñas y medianas empresas hacia la descarbonización y resiliencia al clima. Es decir, garantizar la coherencia de acciones enfocadas hacia una verdadera transición socio-ecológicamente justa.<sup>93</sup> Esto, por un lado, libera al Estado de la responsabilidad ajena ulterior, y por otro, permite evidenciar la posibilidad real del cambio en los giros de negocio.

Actualmente no se encuentran reformas y transformaciones en el sector empresarial tan radicales como el ideal de transición ecológica. No obstante, existen avances que merecen celeridad. Uno de ellos es la apuesta a la *economía circular* como parte de las soluciones y acciones climáticas. La economía circular reduce costos y optimiza materias primas y energía.<sup>94</sup> Ecuador ya dispone de una Ley de Economía Circular Inclusiva, de la Estrategia Nacional de Economía Circular y del Libro Blanco de Economía Circular.<sup>95</sup>

Un puntal de este avance es la medición de *innovación* de proyectos de desarrollo sostenible en lo que Deloitte denomina *capitalismo consciente*.<sup>96</sup> De sus estadísticas, las empresas encuestadas a nivel nacional, el 88% mencionan que sí pueden adoptar las medidas de innovación enmarcadas en la economía circular inclusiva y que ya disponen de un plan para ello. Mientras que un 37% menciona que incorporará concretamente en procesos, productos y servicios.<sup>97</sup>

En los meses de junio y julio de 2022, el Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica ha constituido el *Reconocimiento Ecuatoriano Ambiental Carbono Neutral*. Según sus parámetros, consiste en premiar y por tanto incentivar a empresas públicas y privadas que *voluntariamente* eviten emisiones GEI y desarrollen proyectos de compensación.<sup>98</sup> La reducción de emisiones se evalúa al final de la actividad productiva o de servicio. Adicional a generar un *incentivo tributario* si por motivos de reducción de emisiones, la empresa adquiere equipos tecnológicos. Los beneficiarios son: el sector productivo por reputación y los consumidores por la oferta ecológica.<sup>99</sup> Iniciativa apoyada por Pacto Global de la ONU-Ecuador y Produbanco.

A pesar de todo esto, el enfoque de derechos humanos parece ausente de toda planificación estatal. Es de reconocer que según la firma Deloitte, el 68% de empresas que desarrollan actividades en Ecuador admiten no contar con herramientas para implementar el enfoque de derechos humanos en sus actividades.<sup>100</sup>

## CONCLUSIONES

Las empresas, corporaciones industria y la banca, todas cumplen un rol determinado en la gobernanza climática global. Porque las empresas tienen diferentes intereses, participan en diversos sectores y su perspectiva ante la crisis climática no es homogénea. Estas particularidades hacen del sector empresarial el comodín de la crisis climática. Un actor relevante que puede jugar de opositor, como es el caso de las industrias extractivas.

92 CIDH, *op. cit.*

93 ACNUDH, *op. cit.*, 2022.

94 CERES, *Líneas estratégicas: ambiente y desarrollo*. Responsabilidad Social & Sostenibilidad Ecuador. 2022. <https://www.redceres.com/lineas>

95 Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca et al. *Primera fase del Libro Blanco de Economía Circular. Resumen Ejecutivo*, 2020. Vía CERES: [https://www.redceres.com/\\_files/ugd/8c779e\\_90b656eb47e4431f8b0ce7b93a2cf610.pdf](https://www.redceres.com/_files/ugd/8c779e_90b656eb47e4431f8b0ce7b93a2cf610.pdf)

96 Deloitte Ecuador, *Estudio tendencias de sostenibilidad, 2019*. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ec/Documents/about-deloitte/Estudio%20RCS%202019.pdf>

97 *Ibidem*.

98 Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica, *Carbono neutral, empresas líderes en cuidado ambiental comparten sus experiencias*, 2022. <https://www.ambiente.gob.ec/empresas-lideres-en-cuidado-del-ambiente-comparten-sus-experiencias/>

99 *Ibidem*.

100 *Ibidem*.

Aunque también juegue de aliado beneficiándose del ambientalismo corporativo y enfocándose en el financiamiento sostenible.

De conformidad con la CMNUCC, el sector empresarial está llamado a cooperar accionándose favorablemente ante los eventos climáticos presentes y futuros. No obstante, el derecho internacional del cambio climático se caracteriza por ser *soft law*, es decir, casi nada es vinculante. De ahí que el ambientalismo corporativo haya optado por expresar su interés en la problemática al intervenir mediante regulación privada. El rol del sector empresarial puede ser cuestionable, pero su participación favorable es una luz al final del túnel. Se reconoce que sus lineamientos existen a falta de regulación taxativa, desarrollada y vinculante.

Ahora bien, la regulación que falta por parte de los Estados y que abarca el interés por enfrentar el cambio climático, es el tratado vinculante para las transnacionales y otras empresas respecto a derechos humanos. Del análisis efectuado, se concluye que los derechos humanos son prioridad, ante todo. Además, las relaciones entre empresas y personas y entre empresas y Estados no es equitativa. Una norma de *ius cogens* hace que estas relaciones logren ser en promedio equitativas y así mejorar la gobernanza climática. Y ante la celeridad del asunto, es óptimo prevenir a sancionar.

A nivel nacional, Ecuador no está exento de experiencias nefastas surgidas de las relaciones entre empresas, Estado y ciudadanía en temas ambientales. Hay eventos lacerantes para la historia y para el planeta en nombre del desarrollo. Esto porque todavía el modelo económico es dependiente-extractivista. Un modelo de desarrollo contraproducente para enfrentar el cambio climático.

Como dice el adagio, de la experiencia, sabiduría. Hoy por hoy no cabe duda de que los derechos de la naturaleza son una herramienta y oportunidad hacia la transición socio-ecológica justa. En Ecuador, el avance de políticas ambientales favorables al contexto es muy lento. La tarea pendiente es que en la transición ecológica prevalezcan derechos y que se supere la indulgencia de la voluntariedad, hacia acciones consistentes por el bien del planeta.

La situación jurídica óptima que orienta las acciones de las empresas debe ser mandatoria y dialogante. Mandatoria en lo que respecta a la regulación con perspectiva de derechos. Una regulación precautoria y preventiva sobre el cambio climático. Por su parte, la situación es óptima en cuanto a gobernanza cuando las partes se escuchan y ceden. Las empresas deben ceder ante un peligro inminente que amenaza con la vida inclusive de quienes trabajan y aparentemente se benefician de los réditos extractivistas. Es preciso escuchar a la naturaleza y saber que, si trabajamos todos a su favor, podremos mantenernos como especie en ella.

## REFERENCIAS

- ABM, *Taxonomía de financiamiento verde*. <https://abm.org.mx/banca-sostenible/taxonomia.html>
- ACNUDH, *Cambio climático y los principios rectores*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022. <https://www.ohchr.org/es/business/climate-change-and-ungps>
- ACNUDH, *Derechos humanos, cambio climático y empresas. Mensajes clave*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022.05. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/KMBusiness-SP.pdf>
- Auld, G., y Green, J. *Unbuilding the Regime Complex: The Effects of Private Authority*. York University: Comparative Research in Law & Political Economy. 2012. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/15>

- ACNUDH, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)
- Alexy, R., «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 11, 2009, pp. 3-14. Biblioteca virtual de la Corte IDH <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Ávila Santamaría, R., *El neoconstitucionalismo andino*, Quito-Ecuador, Huaponi Ediciones, 2016.
- Bristow, S., «Empresa y cambio climático: el aumento de la sensibilización pública crea una oportunidad significativa», *Crónica ONU*, s/f Retrieved from <https://www.un.org/es/chronicle/article/empresa-y-cambio-climatico-el-aumento-de-la-sensibilizacion-publica-crea-una-oportunidad>
- Cancillería del Ecuador, *El caso Chevron-Texaco en Ecuador. Una lucha por la justicia ambiental y social*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador, Apoya al Ecuador, 2015. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf>
- Castro, M., *La clave en la transición ecológica es la voluntad política, pero también la inversión*, entrevista a Luis Suárez IUCN, 2021, junio 6. <https://gk.city/2021/06/06/que-es-transicion-ecologica-ecuador/>
- Clapp, J., *Global environmental governance for corporate responsibility and accountability*, Global Environmental Politics, Massachusetts Institute of Technology, 5.3, 2005. DOI: 10.1162/1526380054794916
- Centro de Información sobre empresas y derechos humanos, «Ecuador: Contraloría halla fallas en la construcción de represa Coca Codo Sinclair, de Sinohydro», *Business and human rights*, 2019. <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/ecuador-contralor%C3%ADa-halla-fallas-en-la-construccion-de-represa-coca-codo-sinclair-de-sinohydro/>
- CERES, *Líneas estratégicas: ambiente y desarrollo*, Responsabilidad Social & Sostenibilidad Ecuador, 2022. <https://www.redceres.com/lineas>
- CIDH, *Informe Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/REDESCA/INF.I/19, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales REDESCA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párr. 242. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>
- Contreras, G. et al., «Self-regulation in sustainable finance: the adoption of the Equator Principles», en *World Development*, N.º 122, 2019, pp. 306-324. doi:10.1016/j.worlddev.2019.05.030
- Corte-IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*, solicitada por la República de Colombia. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)
- Dauvergne, P., «The global politics of the business of ‘sustainable’ palm oil», en *Global Environmental Politics*, vol. 18, N.º 2, 2018, p. 34-52. DOI:10.1162/glep\_a\_00455
- Dejusticia, *El fallo histórico, Corte Suprema concede tutela de cambio climático y generaciones futuras*, 2018 <https://www.dejusticia.org/en-fallo-historico-corte-suprema-concede-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/>
- Deloitte Ecuador. *Estudio tendencias de sostenibilidad 2019*. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ec/Documents/about-deloitte/Estudio%20RCS%202019.pdf>
- Dingwerth, K. «Private transnational governance and the developing world: a comparative perspective», en *International Studies Quarterly*, 52(3), 2008, p. 607-634. DOI:10.1111/j.1468-2478.2008.00517.x

- Falkner, R., «Private environmental governance, and international relations: exploring the links», en *Global Environmental Politics*, vol. 3, issue 2, 2003.
- Garzón, P., Algunas aproximaciones sobre la relación China-América Latina, *Informe Ambiental Anual*, FARN <https://chinaenamericalatina.info/wp-content/uploads/2017/04/05Garzo%CC%81n.pdf>
- Gudynas, E., *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Quito-Ecuador, Ediciones Abya Yala, 2016.
- Guzmán, S. y De La Fuente, A., *Índice de finanzas sostenibles. Informe de resultados para América Latina y el Caribe*, GfIAC, 2020. [https://www.sustainablefinance4future.org/\\_files/ugd/32948d\\_7bd04be2a8f54e3ea165b1b188d0ec74.pdf](https://www.sustainablefinance4future.org/_files/ugd/32948d_7bd04be2a8f54e3ea165b1b188d0ec74.pdf)
- Iglesias Márquez, D., «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, xx, 2020, pp. 85-134 DOI:10.22201/ij.24487872e.2020.20.14472
- IPCC, «Summary for policymakers», en Masson-Delmotte, V., et al. (eds.), *Climate change 2021: the physical science basis. Contribution of working group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2021. doi:10.1017/9781009157896.001.
- IPCC, «Resumen para responsables de políticas», en P. R. Shukla, et al. (eds.), *El cambio climático y la tierra: Informe especial del IPCC sobre el cambio climático, la desertificación, la degradación de las tierras, la gestión sostenible de las tierras, la seguridad alimentaria y los flujos de gases de efecto invernadero en los ecosistemas terrestres*. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, 2019. ISBN 978-92-9169-354-2
- Larrea, C., *Petróleo o conservación en el Parque Nacional Yasuni: una opción histórica*, Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, 2010, pp. 1-14. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1216/1/LA-RREAC-CON0011-PETROLEO.pdf>
- Le Menestrel, M. et al., «Process and consequences in business ethical dilemmas: the oil industry and climate change», en *Journal of Business Ethics*, N.º 41, 2002, p.251-266. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/25074922>
- Levy, D., & Newell, P. «Business strategy and international environmental governance: toward a no-gramscian synthesis», *Global Environmental Politics*, 2002, p. 83, 84-101. DOI:10.1162/152638002320980632
- Lorenzo Alonso, S., *Finanzas y clima. Dos sistemas que deben converger*, Conferencia Magistral CEPAL, Instituto de Investigaciones Económicas PUCE, 2021, 12 03. <https://www.youtube.com/watch?v=x4IJTrL9rxk&t=2116s>
- Meckling, J., «Oppose, support, or Hedge? Distributional effects, regulatory pressure, and business strategy in environmental politics», *Global Environmental Politics*, 15.2, Massachusetts Institute of Technology, 2015, p. 19. DOI:10.1162/GLEP\_a\_00296. p. 19
- Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; Vicepresidencia de la República y Ministerio de Ambiente y Agua. *Primera Fase del Libro Blanco de Economía Circular. Resumen Ejecutivo*, 2020, Vía CERES: [https://www.redceres.com/\\_files/ugd/8c779e\\_90b656eb47e4431f8b0ce7b93a2cf610.pdf](https://www.redceres.com/_files/ugd/8c779e_90b656eb47e4431f8b0ce7b93a2cf610.pdf)
- Moreano, M., «Socio Bosque y el capitalismo verde», *La Línea de Fuego, revista digital*, 2012, septiembre 4. <https://lalineadefuego.info/socio-bosque-y-el-capitalismo-verde-por-melissa-moreano-venegasi/>
- Narváez Quiñonez, I., *Derecho Ambiental y sociología ambiental*, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica Cevallos, 2004.
- Nesadurai, H. E. «Transnational private governance as a developmental driver in Sou-

- theast Asia: The case of Sustainable Palm Oil Standards in Indonesia and Malaysia», *The Journal of Development Studies*, vol. 55, N.º 9, 2019, pp. 1892-1908. DOI:10.1080/00220388.2018.1536262
- OEIGWG-HCR-UN, *Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, Grupo Intergubernamental de Trabajo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/26/9, 2014. [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)
- OIE, *El cambio climático y las implicaciones en materia de derechos humanos para las empresas*. Organización Internacional de Empleadores, Konrad Adenauer Stiftung, 2021, p. 5. <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156254&-token=4aebdb597c057cecef8496caec4bbc7ea369e897>
- Pahis, S., *Bilateral investment treaties and international human rights law. Harmonization through interpretation*, International Commission of Jurists. Geneva, 2011. <https://www.icj.org/bilateral-investment-treaties-and-international-human-rights-law-harmonization-through-interpretation/>
- Paz Cardona, A. J., «Latinoamérica sigue siendo la región más peligrosa para los defensores ambientales», en *Nuevo Reporte. Mongabay Latam*. Periodismo Ambiental Independiente, 2021, septiembre 13. <https://es.mongabay.com/2021/09/latinoamerica-asesinatos-defensores-ambientales-global-witness/>
- Pérez Orozco, A., *Aprendizajes de las resistencias feministas latinoamericanas a los tratados de comercio e inversión: del No al ALCA, al cuestionamiento del capitalismo patriarcal*, Observatorio de Multinacionales en América Latina.
- Pozzi, S., «10 empresas más grandes que 180 países», en *El País*, 30 de septiembre 2016. [https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102\\_454818.html](https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102_454818.html)
- Reinhart, F. y Stavins, R., «Corporate social responsibility, business strategy, and the environment», en *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, pp. 164-181. DOI:10.1093/oxrep/grq008
- Salazar Gómez. L., «Los impactos al implementar los derechos de la naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador», en *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*, pp. 77-100. DOI: 10.26807/rr.v3i03.102
- Salazar Gómez. L., *Discriminación ambiental por disposición final de desechos sólidos: caso relleno sanitario de El Inga* (tesis de pregrado), Quito-Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/11404>
- Stern, N., *Stern Review: La economía del cambio climático*, HM Treasury, 2007. [https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/informe\\_stern.pdf](https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/informe_stern.pdf)
- UNEP, *The principles for positive impacts in finance. A common framework to finance the sustainable development goals*, Finance UNEP Initiative, 2015. <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2017/01/POSITIVE-IMPACT-PRINCIPLES-AW-WEB.pdf>
- Wolfenson, A. et al., *Hacia una reactivación transformadora en América Latina y el Caribe*, Resumen para tomadores de decisiones, 2020. [https://reactivacion-transformadora.com/storage/doc-material-file/1612186121\\_policy-brief-reactivacion-transformadora.pdf](https://reactivacion-transformadora.com/storage/doc-material-file/1612186121_policy-brief-reactivacion-transformadora.pdf)



## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del derecho en el Ecuador y otros países.
2. Los autores al presentar sus contribuciones a la revista CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Si el autor llegare a presentar el artículo ya publicado a otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec, subdecanato.fjcps@uce.edu.ec, revistacapjuridica@gmail.com o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. Seis de Diciembre (Quito), a la atención de revista CAP Jurídica Central.
4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:
  - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, éstas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones a la revista CAP Jurídica Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo quince páginas y máximo treinta. El número de páginas puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el consejo editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* (MLA) o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.
  - Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
  - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
  - Puesto que la revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.
  - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
  - Los artículos serán evaluados por el comité editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de pares ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
  - Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser *publicable*, *no publicable* o *publicable con observaciones*.
  - La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
  - La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por

parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no se procederá a la evaluación del artículo.

- El consejo editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose encontrar un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del consejo editorial, o un miembro del consejo y otro que será seleccionado por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá veintidós días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir: (a) si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación; (b) comentarios para el autor —indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar—, y (c) sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema —sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos—.

#### POLÍTICA DE DERECHOS DE AUTOR

Los autores que publiquen en la revista CAP Jurídica Central se adhieren a los siguientes términos:

- En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la revista CAP Jurídica Central los derechos de reproducción y distribución de su artículo para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.
- Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.
- Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada —por ejemplo, depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico— siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.
- Se recomienda a los autores difundir su obra a través de internet —por ejemplo, en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web—, lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

#### RESPONSABILIDADES DE LOS REVISORES EXTERNOS

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto, se les adscriben las siguientes responsabilidades:

**ROL DE REVISORES O ARBITRAJE.** Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen

seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>

**CONFLICTO DE INTERESES.** En caso de existir un conflicto de intereses de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

**CONFIDENCIALIDAD.** Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

**RETROALIMENTACIÓN.** Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

**MODALIDAD DE ARBITRAJE.** Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los artículos evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación.

**RESPONSABILIDADES DEL COMITÉ EDITORIAL.** El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

**COMPETENCIA.** El comité editorial de la revista CAP Jurídica Central, es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos.

## CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS PARA EDITORES

### ANTECEDENTES/ESTRUCTURA

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las directrices sobre las Mejores Prácticas son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque COPE espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas —y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido—, somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de Mejores Prácticas (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las Mejores Prácticas aparecen en cursiva.

#### 1. DEBERES Y RESPONSABILIDADES GENERALES DE LOS EDITORES

- 1.1 Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:
- 1.2. *tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;*

- 1.3. esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- 1.4. establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- 1.5. abogar por la libertad de expresión;
- 1.6. mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- 1.7. impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas;
- 1.8. estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del consejo editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*
- *apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
- *apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
- *evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas; y*
- *asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

## 2. RELACIONES CON LOS LECTORES

2.1. Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIA-ME, CONSORT);*
- *considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); e,*
- *informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del consejo editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

## 3. RELACIONES CON LOS AUTORES

3.1. Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;

3.2. los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

3.3. los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

3.4. debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores

deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;

3.5. las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;

3.6. los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

3.7. los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y/o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, *Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores*);*
- *publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación;*
- *asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE); y*
- *publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

## 4. RELACIONES CON LOS REVISORES

4.1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

4.2. Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;

4.3. Los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación –incluidos los animales–, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*
- *animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*
- *considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*
- *enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*
- *favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista;*
- *alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*
- *realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*

- *desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;*
- *dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;*
- *asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;*
- *utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas); y*
- *seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

## 5. RELACIONES CON LOS MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

5.1. Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del consejo editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del consejo editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;*
- *identificar de forma apropiada a los miembros del consejo editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;*
- *revisar periódicamente la composición del consejo editorial. Proporcionar una orientación clara a los miembros del consejo editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:*
- *actuar como embajadores de la revista;*
- *apoyar y promover la revista;*
- *buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;*
- *revisar los envíos de trabajos a la revista;*
- *aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y*
- *asistir y participar en las reuniones del consejo editorial.*
- *consultar a los miembros del consejo editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros.*

## 6. RELACIONES CON LOS PROPIETARIOS DE LAS REVISTAS Y EDITORIALES

6.1. La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial;

6.2. los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación;

6.3. los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial;

6.4. los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso; y,*
- *comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.*

## 7. EL PROCESO EDITORIAL Y LA REVISIÓN POR PARES

7.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.

7.2. Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;*
- *mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en el de la revisión por pares;*
- *adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;*
- *revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;*
- *remitir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y*
- *considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.*

## 8. GARANTÍA DE CALIDAD

8.1. Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y*

- *Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como CON-SORT) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.*

## 9. PROTECCIÓN DE DATOS INDIVIDUALES

9.1. Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesionales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes personales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores. Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas.*

## 10. FOMENTAR LA INVESTIGACIÓN ÉTICA (POR EJEMPLO, LA INVESTIGACIÓN CON SERES HUMANOS O ANIMALES)

10.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa).

10.2. Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan aclaraciones específicas;*
- *garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*
- *asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes; y*
- *nombrar a un consejero o un Comité de Ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

## 11. CÓMO ABORDAR POSIBLES MALAS CONDUCTAS

11.1. Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados;

11.2. los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos;

11.3. los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación;

11.4. los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo, un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva;

11.5. los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta. Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

## 12. ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL DOCUMENTO ACADÉMICO

12.1. Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia;

12.2. los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);*

- *asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*
- *disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.*

### 13. PROPIEDAD INTELECTUAL

13.1. Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infracciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);*

- *apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio; y*
- *estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

### 14. FOMENTO DEL DEBATE

14.1. Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista;

14.2. los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas;

14.3. los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.*

### 15. QUEJAS Y RECLAMACIONES

15.1. Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a COPE;

15.2. los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo COPE en relación con las quejas y reclamaciones.

### 16. INTERESES COMERCIALES

16.1. Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente);

16.2. los editores deberían tener políticas claras de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados;

16.3. las reimpressiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades*

*recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpressiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*

- *garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y*
- *garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

## 17. CONFLICTOS DE INTERESES

17.1. Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial;

17.2. las revistas deben contar con un proceso declarado para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).*

## POLÍTICAS DE ÉTICA Y DETECCIÓN DE PLAGIO

La revista CAP Jurídica Central procurará que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello, se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics (COPE)* y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software Urkund, a través de los siguientes pasos:

### ENVÍO

El proceso de Urkund empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

### SIMILITUDES DE TEXTO CON LAS FUENTES

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. Urkund destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

#### ANÁLISIS BASADO EN MACHINE LEARNING

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

#### CREACIÓN Y ENTREGA DEL INFORME

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al usuario (par ciego). Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el usuario pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no. A su vez, la revista CAP Jurídica Central cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

#### POLÍTICAS DE PRESERVACIÓN DIGITAL

La revista CAP Jurídica Central se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.

#### ESTILO DE CITACIÓN

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (11), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre de 2022.





Esta revista se terminó  
de diseñar para su versión digital  
en Editorial Universitaria en el mes  
de julio-diciembre de 2022 siendo rector  
de la Universidad Central del Ecuador el  
Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y  
director de Editorial Universitaria el  
Prof. Gustavo Pazmiño.



