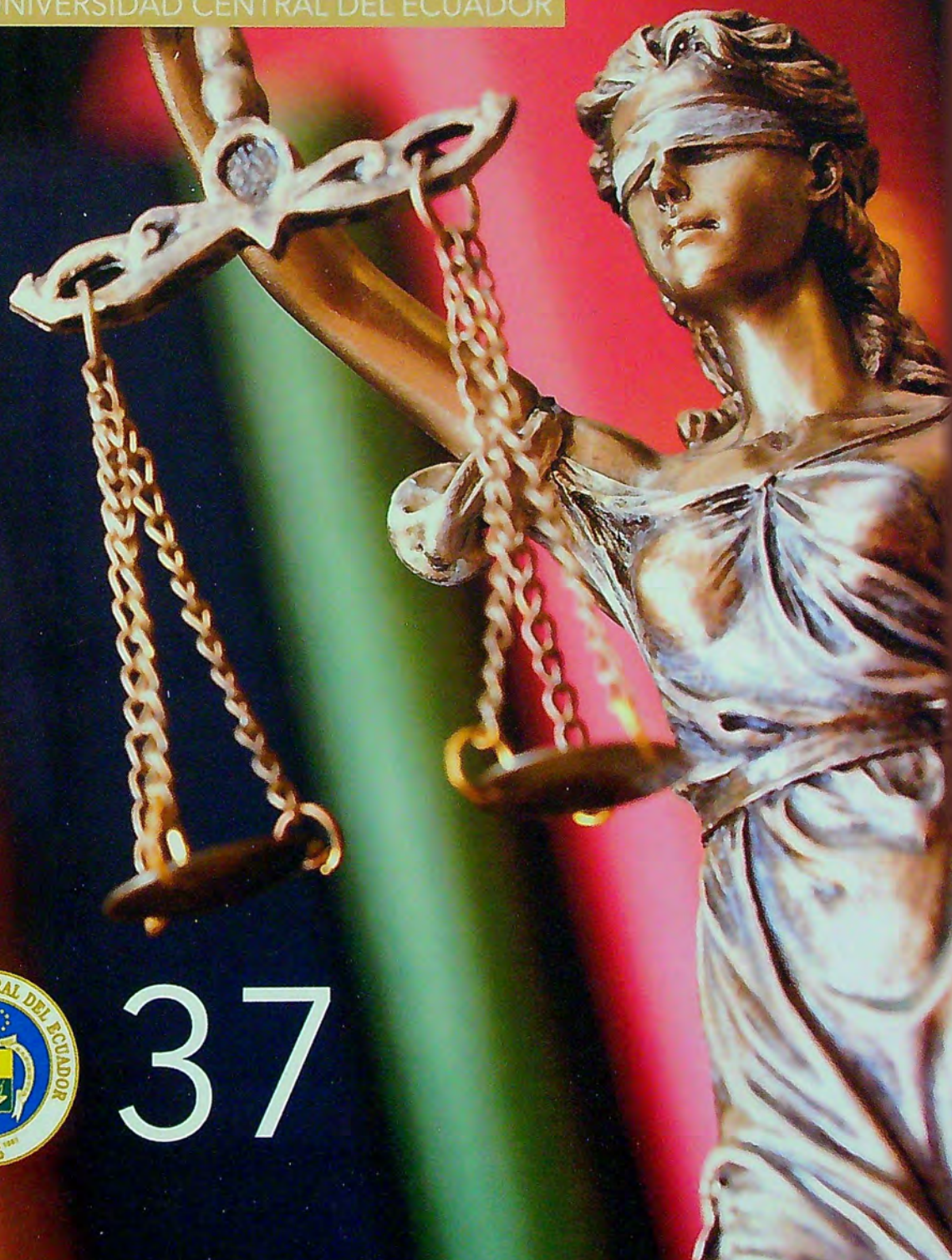


# CIENCIAS SOCIALES

2015

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA  
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



37





# CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA  
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

# 37

## Autoridades:

Rector: Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda

Vicerrector Académico: Dr. Nelson Rodríguez Aguirre

Vicerrector Administrativo: Econ. Marco Posso Zumárraga

## Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales:

Decano: Dr. Patricio Sánchez Padilla

## Carrera de Derecho:

Director: Dr. Patricio Salazar Oquendo

## Carreras de Sociología y de Política:

Director: MSc. Francisco Hidalgo.

## Consejo Editorial:

Napoleón Saltos Galarza. (Director)

Rafael Polo Bonilla. (Codirector)

Francisco Hidalgo Flor. (Codirector)

Dra. MSc. Galicia Rodríguez Logroño

Dr. Lenin Reyes Merizalde

## Consejo asesor y evaluador:

Dra. Phd Ana Abril Olivo

Dr. Hernan Rivadeneira Jativa

Dr. Mauricio Pacheco

Dr. José García Falconi

Dr. Alvaro Román Márquez

Dra. Patlova Guerra Guerra

Msc. Alejandro Rodas Coloma

## Revista Ciencias Sociales:

Fundada en 1976

## Diseño

Fabián Ponce G.

Correo electrónico: [rcsociales@gmail.com](mailto:rcsociales@gmail.com)

Revista 2015

Editorial Universitaria

Universidad Central del Ecuador

Impreso en

Corporación de Estudios y Publicaciones



FOTO PORTADA: Sebnem Raglboglu, 123rf.com



Se puede utilizar libremente los textos,  
siempre que se cite la fuente.



# Indice

<b>Presentación</b>	<b>6</b>
La participación ciudadana. Rol del estado inserto en la Constitución de 2008, Alejandro Rodas Coloma	8
Una Asamblea Constituyente para ampliar la democracia y la participación ciudadana, Hernán Rivadeneira Játiva	14
La participación ciudadana en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador, Lenin Reyes Merizalde	24
Los derechos de libertad de las ciudadanas y ciudadanos en el derecho constitucional, Merck Benavides	30
El derecho constitucional de petición en la Legislación Ecuatoriana, Dr. José García Falconí	40
Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, Javier Gomezjurado Zevallos	60
Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, parte II, Javier Gomezjurado Zevallos	74
El Estado Neoconstitucional, la culpabilidad penal y los Wuoranis: La motivación penal desde lo constitucional, Mauricio Enrique Pacheco	84
La mujer en el derecho, María Patlova Guerra Guerra	94
El principio constitucional de igualdad tributaria desde una perspectiva de género, Katty Muñoz Vaca	98
La historia de la victimología, María Patlova Guerra Guerra	110
Criminología y género en el Sistema económico del Ecuador, Brenda Cielaika Vanegas León	108
"La casuística en el sistema adversarial", María Patlova Guerra Guerra	130
Mediación como método de solución de conflictos, Galárraga Carvajal Diego Renato	138
Problemas de la tipicidad en la actio libera in causa en su estructura básica, Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos	144
La interconexión como fundamento de la competencia en telecomunicaciones, Ana Abril Olivo	150
El régimen jurídico de la marca, Ana Abril Olivo	158
El Principio Precautorio en el Derecho Ambiental, Marcelo Galárraga Carvajal	164
De un estado excluyente a un estado intercultural, Álvaro Román Márquez	170
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte II, Álvaro Román Márquez	180
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte III, Álvaro Román Márquez	190
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte IV, Álvaro Román Márquez	202
Estudio sobre las estructuras de dominación en el sistema educativo capitalista ecuatoriano, a partir del análisis de las nociones de habitus y capital cultural propuestas por Pierre Bourdieu", Alejandro Rodas Coloma.	214
Orígenes del autoritarismo en el régimen de Alianza País, Napoleón Saltos Galarza	222
Génesis de la ciudadanía: mecanismo ordenador de las relaciones de fuerza y dominación, Marcelo Bonilla Urbina	236
Normas para la publicación de artículos	250
Procedimiento para aprobación de artículos	251



# PRESENTACIÓN

La Universidad Central del Ecuador es el ALMA MATER del Ecuador, en su seno forma a profesionales provistos de conocimientos, habilidades y destrezas pertinentes con las exigencias del desarrollo social, cultural, económico y ambiental de nuestro país. Exitosos pensadores, científicos, artistas han pasado por las aulas de la casona universitaria.

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales con sus Carreras de Derecho, Sociología y Política, Trabajo Social y Ciencias Policiales, es una de las unidades académicas de mayor prestigio y trayectoria profesional de la Institución.

La Carrera de Derecho junto con la Carrera de Medicina de la Universidad Central del Ecuador son las más antiguas del país, sus orígenes se remontan desde la época colonial al iniciar con las universidades de San Fulgencio y Santo Tomás de Aquino, mismas que posteriormente en la Gran Colombia toma el nombre de la Universidad Central del Quito y posteriormente en la época Republicana se la denominó como Universidad Central del Ecuador.

No cabe duda de que la formación de profesionales en el área jurídica y legal que se gradúan en otras Instituciones de Educación Superior del país, tiene su semillero en la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. El continuo mejoramiento y progreso de los programas

académico a lo largo de la historia, fueron la base o el modelo a seguir sobre el cual se crearon las demás carreras de Derecho del país. Sus docentes fueron los iniciadores de las nuevas carreras en las diversas universidades tanto públicas como privadas. En la actualidad la carrera de Derecho se encuentra trabajando un proyecto de rediseño curricular que permitirá incorporar innovadoras paradigmas y líneas académicas y científicas que transformaran el pensamiento jurídico del país y así cumplir con los requerimientos de la matriz productiva y el Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir.

La Carrera desea contribuir a nuevos modelos de convivencia social y ciudadana promoviendo la materialización de la Justicia bases y la erradicación de la corrupción conforme lo determina la Constitución vigente.

Los artículos científicos que se presentan en esta revista son parte de este compromiso y son fruto de rigurosos procesos de investigación científica por parte de académicos de prestigio que ejercen la docencia en nuestras aulas.

Felicito a los autores de los diferentes artículos, cuyos trabajos reflejan criterios científicos e ideas innovadoras que reflejan la nueva visión de la Carrera de Derecho que busca repensar y transformar académicamente los entornos socio-jurídicos del Ecuador.

**Dr. Patricio Sánchez Padilla**  
DECANO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



# INTRODUCCIÓN

El conocimiento de la sociedad compleja contemporánea exige el paso a una ciencia inter y transdisciplinaria. En este número de la Revista de Ciencias Sociales abordamos un trabajo de colaboración entre las Carreras de Derecho y las Carreras de Sociología y Política de la Facultad de Jurisprudencia. Por lo tanto presentamos artículos que van desde el estudio de lo jurídico a lo social y desde lo social y lo político a los cambios jurídicos.

La Universidad es un espacio de producción de conocimiento plural y crítico. Los artículos han sido elaborados por los profesores de las carreras en la interacción pedagógica, juntan docencia con investigación. Encontramos diversas concepciones y visiones teóricas.

El eje vertebrador es la relación entre lo jurídico y el poder. Hernán Rivadeneira plantea el punto de partida en el poder constituyente como fundamento del cambio hacia una democracia participativa. Complementariamente Lenin Reyes presenta la participación ciudadana como lo nuevo en el ordenamiento jurídico actual. Para Marcelo Bonilla, la ciudadanía es el mecanismo ordenador de las relaciones de fuerza y dominación. Germán Rodas Coloma relaciona la participación ciudadana con el rol del Estado. Napoleón Saltos en una entrada diferente, desde la política, aborda "los orígenes del autoritarismo en el Régimen de Alianza País".

Los artículos jurídicos se mueven en el campo de la ciencia jurídica aplicada, en diversos ámbitos. En el

derecho constitucional, Merck Benavides aborda el estudio de los derechos de libertad, José García estudia el derecho de petición, Katty Muñoz presenta el principio de igualdad tributaria desde una perspectiva de género. Brenda Vanegas estudia la criminología en el sistema económico.

Producimos conocimiento desde el Sur. Uno de los aportes más importantes es el tratamiento intercultural de estos temas. Álvaro Román presenta un amplio análisis de la reforma desde un Estado excluyente a un Estado intercultural. La presencia de los actores sociales incide en la modificación de las prácticas sociales y jurídicas. Patlova Guerra analiza el tema de "la mujer en el derecho". Mauricio Pacheco estudia el neoconstitucionalismo y la culpabilidad penal en relación a la visión de los Waoranis.

Los estudios históricos permiten una visión más amplia del tiempo: Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador de Javier Gómez Jurado; Historia de la victimología de Patlova Guerra.

Este trabajo conjunto abre nuevas perspectivas para la colaboración entre diversas carreras y puede ser el punto de partida, en especial, para impulsar proyectos de investigación y cátedras inter y transdisciplinarias.

Quito, mayo de 2015

Dr. Napoleón Saltos Galarza

Director de la Revista Ciencias Sociales



# “LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. ROL DEL ESTADO INSERTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008”

MSc. Alejandro Rodas Coloma

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central; Máster en Liderazgo Democrático y Comunicación Política por la Universidad Complutense de Madrid (España); tesista en la Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ha desempeñado varios cargos públicos entre los que se destacan: Asesor de despacho en el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (MIDUVI), Director de Normativa y Legislación de la SENESCYT; Especialista Contencioso Electoral en el Tribunal Contencioso Electoral, TCE; Asesor jurídico y político externo de la FENOCIN; Asesor de despacho en la SENAGUA; Asesor en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador.*

## RESUMEN

El artículo demuestra cómo los nuevos procesos post-neoliberales, en los que se busca una participación social más profunda, han intentado construir la participación como una forma de ampliar las bases de sustentación y de reformulación del ejercicio de la democracia. Para tal efecto, en unos casos se ha optado por acciones verticales, en otras oportunidades, como en el Ecuador, se ha construido un sistema que cataliza dicha participación social desde estructuras institucionales creadas para el efecto o que tienen entre sus funciones el mentado rol. Aquello ocurre con la llamada Función de Transparencia y Control Social que hace de crisol para dar lugar a la consolidación de lo que se llama el poder social o el quinto poder, cuya legitimidad debe ser analizada al calor de la epistemología jurídica, más allá de los vericuetos políticos.

**PALABRAS CLAVE** *Participación ciudadana, Constitución 2008, institucionalidad, gobierno.*

## ABSTRACT

The article shows how the new post- neoliberal processes, which seeks a deeper social participation, have tried to build participation as a way to broaden the base of support and reformulation of the exercise of democracy. To that end, in some cases it has chosen vertical actions, on other occasions, as in Ecuador, has built a system that catalyzes this social participation from institutional structures created for this purpose or whose functions the mentioned role. That goes for the so-called Transparency function and Social Control makes to result in the consolidation of what is called the social power or fifth power, whose legitimacy must be analyzed in the heat of legal beyond the political intricacies.

**KEYWORDS:** *Citizen Participation, Constitution 2008, institutions, government.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 7  
APROBADO: 2015 - 05 - 27



## Introducción

Es pertinente señalar que el ejercicio de lo que se conoce como Democracia, principalmente en América Latina, atraviesa por algunas tensiones e innovaciones. Por un lado, se constata las tentaciones para retornar al autoritarismo y verticalismo, tal es el caso de lo que ocurre con el régimen venezolano; de otra parte han aparecido gobiernos que intentan, mediante reformas institucionales, introducir un ordenamiento jurídico que desde una dinámica discursiva favorezca a amplios sectores de la sociedad, esto ocurre por ejemplo con el gobierno ecuatoriano que articuló la elaboración de la Constitución que fuera promulgada en el año 2008.

Esta aparente asimetría, aunque forma parte de la misma ecuación abordaré en los siguientes párrafos, deteniéndome principalmente en algunos de los vacíos que se oponen a los primordiales principios señalados en la Carta Constitucional de Montecristi en esta materia.

### Maquinaria burocrática: mecanismo sustitutivo de la gobernabilidad

En efecto, el espíritu constitucional deja entrever una falsa suposición o una hipótesis inadecuada que consiste en formular que la ausencia de gobernabilidad puede ser superada con el incremento indiscriminado de la maquinaria burocrática, a la par que se perfeccionan los mecanismos técnicos en los cuales se sustenta la gobernabilidad. Para cumplir este axioma, adicionalmente, se pretendería redefinir las relaciones de la sociedad civil con el Estado, constituyéndose canales de articulación y de negociación, así como de deliberación entre dicha sociedad y el Estado (Habermas, 1989). Dejándose de lado, por lo tanto, al rol que habían cumplido hasta inicios de este siglo los partidos y movimientos políticos.

Esta superposición de roles en la sociedad, se deriva del hecho de que muchas organizaciones políticas no estuvieron adheridas a corrientes doctrinarias y menos todavía a propuestas programáticas, y que, como consecuencia de ello, su actividad terminó respondiendo a intereses particulares y de grupos cerrados, antes que una respuesta a las convicciones y a los objetivos que podían plantearse determinados sectores sociales.

En un panorama de esta naturaleza sustituir el rol de las fuerzas políticas fue una tarea relativamente fácil, tanto más que la corrupción, el inmovilismo, el clientelismo y la crisis social y económica fueron endosadas con enorme facilidad al conjunto de las fuerzas políticas, cometiéndose allí

una apreciación que no supo o no quiso diferenciar a aquellas que tuvieron protagonismo histórico, en el sentido no solo del tiempo, sino de la responsabilidad.

Fueron los momentos en los cuales se confeccionó un costal que permitió el ingreso de todas las formas políticas para ser desechadas en el basurero de la historia.

No obstante, al propio tiempo que ocurría aquello, esa percepción novedosa para interpretar lo que es la sociedad de ahora, olvidó que los desajustes económicos –y por lo tanto los sociales- del Ecuador de fines del siglo XX no solo tuvieron como responsables a quienes se les denomina como parte de la “partidocracia”, sino que las responsabilidades mayores estuvieron en manos de los sectores financieros y de la banca privada tanto local como extranjera. Estos sectores han manipulado la situación nacional y que habiendo cometido el más grave asalto al erario nacional han quedado olvidados en cuanto a lograr que respondieran por sus actos que condenaron al país a una situación dramática.



Montecristi, imagen tomada de <http://mantaecuador.com.ec/>

...la Constitución ecuatoriana del 2008 goza de un sinnúmero de principios, garantías y modelos institucionales sumamente novedosos, entre los cuales puedo destacar: haber dejado de ser un Estado de Derecho y pasar a ser un Estado constitucional de derechos y justicia<sup>1</sup>,

## Paradigma constitucional de la democracia participativa e inclusión de funciones estatales.

Para que ocurra lo señalado, es importante partir de la distinción entre movimientos sociales y grupos de presión, tanto más que estos dos sujetos representan intereses diferentes: los primeros, provenientes de amplios sectores y los segundos, por el contrario, defensores de grupos reducidos – y hasta privilegiados- En principio, los grupos sociales ejercen una función pública pues defienden intereses colectivos, fortaleciendo con su acción la esfera pública; los segundos, se caracterizan por la defensa de sus intereses particulares o de grupo, por el corporativismo.

Se puede decir, complementariamente, que el giro en la dinámica del ejercicio de la democracia de representación se ha ido estructurando como un fin gracias a la Constitución vigente y que ella se ha fortalecido con el modelo democrático de participación que en la actualidad ha sido ejercido en las distintas instancias de poder y que, evidentemente, demuestra una serie de aciertos como de dificultades.

En tal sentido, la Constitución ecuatoriana del 2008 goza de un sinnúmero de principios, garantías y modelos institucionales sumamente novedosos, entre los cuales puedo destacar: haber dejado de ser un Estado de Derecho y pasar a ser un Estado constitucional de derechos y justicia<sup>1</sup>, declarar sendos principios y garantías constitucionales o en el caso que guarda estricta relación con la temática ahora abordada, radica en la iniciativa innovadora respecto a la inserción de dos "Funciones" dentro del Estado clásico.

En efecto, la actual Función Electoral y lo que se denominan los sectores de la ciudadanía –expresados en la Función de Participación Ciudadana y Control Social, cuya institución rectora es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, o mal conocido como "quinto poder" que han sido incorporados como elementos estructurales del Estado.

Respecto del quinto poder, es decir de aquello que significa la participación de la ciudadanía en la vida del Estado, en las determinaciones del poder y en su adscripción al desenvolvimiento del país, -a nombre de los pueblos- hay que hacer una puntualización básica: las atribuciones de la sociedad difícilmente son emanadas de forma administrativa.

El poder del pueblo y de la sociedad en cualquier modelo debe responder a su propia organización. No pueden haber modelos verticales o administrativos que lo sustituyan. No es posible construir un poder sin representación social legítima, sin confundir con la legalidad.

La idea central de permitir que los sectores sociales se hallen representados en las esferas del poder es importante. Pero no cabe estatizar su presencia. La historia lo ha demostrado debido a que terminan siendo instrumentos del poder y del Estado que no cuidan las espaldas de la sociedad.

## Parvedad de actuación política de la sociedad civil

Ahora somos testigos de un proceso que ha restaurado las nuevas relaciones del poder a partir de configurar nuevos moldes de lo que suponen es el ejercicio de la Democracia.

Para ello ha servido la nueva Constitución que, casualmente fue la forma de dejar sin efecto el pasado al que recurrieron a lo largo del siglo XX las fuerzas políticas. Analizando la realidad presente veo algunas deficiencias y entre ellas me parece importante señalar que un vacío constatable es la ausencia de participación ciudadana en el proceso político que vive el Ecuador de hoy. Y que lo que sucede como participación ciudadana no debe ser confundida con acciones de proselitismo o de movilización político-electoral. Menos aún, la tomadura de pelo frente a las conocidas comisiones ciudadanas para participar en los concursos de méritos y oposición, a fin de elegir a las más altas autoridades del aparato estatal.

La participación ciudadana, por el contrario debe entenderse como el apropiamiento de la sociedad de un proceso o de un hecho político, cualquiera que este sea y que a cambio de esa conducta no existen ni dádivas ni otro tipo de compromisos desde el Estado, porque este pasa a ser parte de la movilización social y viceversa.

Ahora bien, para lograr este propósito es menester que los sectores sociales se encuentren revestidos de lo que se denomina cultura política, donde la participación ciudadana demuestra, en otros andariveles que se ha constituido en el pilar fundamental del Estado, poseyendo un nivel importante de influencia para contraponerse a las características negativas del modelo representativo -a cuyo interior la fragilidad autonómica de las instituciones y la politización de la justicia, entre otras circunstancias ha sido evidente-.

Si estamos convencidos que la sociedad debe jugar un rol fundamental en los procesos de cambio, entonces el control social pasa a tener un doble carácter: perfeccionar los mecanismos de control de la sociedad sobre el Estado y promover formas de integración de la sociedad en su estructura, no al contrario.

<sup>1</sup> El Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, determina: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, Independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada".



Si bien este principio es válido, es el momento de replantear los objetivos del "quinto poder" y sobretodo, de abrir democráticamente los espacios para que la sociedad deje fluir su pensamiento a propósito de sus variadas formas de expresión. Dicho de otro modo, debe lograrse la participación del pueblo, en cualquiera de sus objetivos, a través de sus propios procesos organizativos y de su dinámica correspondiente. De todas formas este factor es parte de un elemento que debe llevarnos a la contraposición de ideas, precisamente, para garantizar lo que el constituyente quiso en relación a permitir a la sociedad la más amplia participación en la vida del Ecuador.



De otro orden, sobre la Función Electoral debo destacar que la Carta Magna ecuatoriana creó dos instituciones autónomas con atribuciones y responsabilidades distintas. Al primero se denominó Consejo Nacional Electoral (ex Tribunal Supremo Electoral), el mismo que posee el encargo tanto constitucional como legal de organizar, dirigir, vigilar y garantizar que se ejecuten de forma transparente los procesos electorales. Mientras que el segundo, el Tribunal Contencioso Electoral, cuyo rol principalmente radica en: "conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas" (Constitución del Ecuador, Título IV, art. 221), donde sus fallos así como las resoluciones emanadas de este órgano constituyen jurisprudencia electoral y son de última instancia e inmediato cumplimiento.

## La institucionalidad deslegitimada del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

A fin de ahondar en el estudio inherente a la nueva institucionalidad a la cual se denominó "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, CPCCS" y que conforme a la Constitución de Montecristi<sup>2</sup>, principalmente al Art. 207, citamos lo siguiente:

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones. (Constitución del Ecuador, Título IV, art. 207)

Hago énfasis respecto a que este nuevo orden consagrado en la Constitución no solo que dista del modelo clásico de la separación de poderes propuesto tanto por el francés Montesquieu (1980) así como por el inglés Locke, sino que las atribuciones consagradas en la Constitución del Ecuador de 1998 respecto del legislador se ven mermadas (como por ejemplo seleccionar a las distintas autoridades del Estado) en virtud del nuevo marco constitucional.

Por ello es evidente que las atribuciones y deberes del parlamento actual se reducen a la elaboración de leyes y a una fiscalización bastante limitada. Empero, el argumento de fiscalización limitada del legislador lo promuevo en virtud de que este accionar según la propia Constitución es atribución de los integrantes del "quinto poder" (Constitución del Ecuador, Título IV, Art. 208). También merece la pena señalar sobre la base del Artículo constitucional citado que: Lo señalado, al margen de cualquier interpretación que puede ser entendida como de "opositor político", revela más bien, a través de este estudio, la irrestricta necesidad de advertir a la ciudadanía las posibles inconsistencias sobre la legitimidad que aparecen particularmente con la vigencia del "quinto poder". Por ejemplo: las autoridades electas se legitiman a través de los procesos eleccionarios como representantes del pueblo, gozan de esta categoría porque coexiste una valoración social y legal. Mientras que, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es elegido por mandato constitucional por el Consejo Nacional Electoral que, dicho sea de paso, es elegido por este "quinto poder".

En tal virtud, existe un claro conflicto de intereses o de mutua dependencia. Aquello, puede parecer confuso o sin sentido pero el enfoque descrito habla por sí solo.

En concreto al denominado "quinto poder" no lo elige el pueblo sino un organismo electoral luego de un proceso de méritos y oposición, proceso al que se conoce como meritocracia y que, por lo expresado, carece de legitimidad.

2. Término acuñado debido a que el desarrollo del proceso constituyente ecuatoriano se efectuó en la ciudad de Montecristi cuya provincia es Manabí.

## Participación y Acción Social: ¿Un Paradigma en Construcción?

Bajo el contexto señalado en líneas precedentes, a continuación voy a precisar algunos conceptos que son sustanciales para comprender mejor esta temática. El primero, respecto a la participación ciudadana y el segundo, sobre la acción social. Ambos de suma importancia, pues, consolidan y legitiman los procesos de vinculación de las masas con el Estado y que históricamente se han constituido como actores fundamentales de las transformaciones sociales de los pueblos soberanos. La participación ciudadana se caracteriza por ser una actividad organizada, racional y consiente efectuada por parte de un determinado grupo social, con el objeto de expresar iniciativas, necesidades o demandas, para defender intereses y valores comunes, a fin de alcanzar objetivos económicos, sociales o políticos y de incidir, directa o indirectamente, en la toma de decisiones para mejorar la calidad de vida de la comunidad o de un sector de la misma. Esta idea se ha mantenido con el paso del tiempo - al cual podemos denominar *"evolución de la sociedad o proceso de modernización"*, según Weber (1993)- a lo largo de lo cual es evidente la dominación de la razón instrumental de la ciencia y la tecnología sobre las demás esferas sociales.

### Teoría de la "Acción Comunicativa" de Habermas

Frente a esto, J. Habermas construyó un gigantesco y complejo sistema filosófico basado en su *Teoría de la Acción Comunicativa* (1987) además de la razón instrumental, dentro de la cual hace énfasis a la razón comunicativa, fundada en el lenguaje, que se caracteriza por la búsqueda de consensos entre los individuos, por intermedio del diálogo (la pluralidad de ideas).

Por ello, la razón instrumental predominaría en el "sistema", es decir, en las esferas de la economía y de la política que, en el proceso de modernización, particularmente del modelo capitalista, acabó dominando y *"colonizando"* lo que hoy en día se conoce como esfera mundial.

A estos argumentos teóricos debo añadir algunos hechos, como por ejemplo que diversos países ya cuentan con la existencia de consejos integrados con representantes del gobierno y de la sociedad civil para la elaboración de las políticas públicas en los espacios de sus competencias. Una auténtica movilización social basada en la participación activa cuyo ideal se encuentra basado en la ausencia de *"demagogia populista"* con reivindicaciones y pronunciamientos justos y razonables, contra el uso y abuso del poder cualquiera que sea que aplique esta práctica (medios de comunicación, la clase política, élites económicas).

En el caso ecuatoriano se denota la existencia de canales permanentes de participación ciudadana

junto a los diversos órganos del Estado lo que permitiría la institucionalización de la integración ciudadana en las decisiones gubernamentales o públicas, no obstante que se ha cuestionado la legitimidad en la construcción del *"Quinto Poder"*, lo cual se ha señalado anteriormente.

Así, esta idea reflexiva e incluso hipotética se construyó a propósito de la creación de nuevas estructuras estatales que reflejan una realidad: la organización de la participación ciudadana desde el Estado. Empero, los actores sociales, no necesariamente a través de la institucionalidad, son la verdadera razón de la conciencia cívica que deben alcanzar todos los ciudadanos para perfeccionar lo que hasta ahora se conoce como un ejercicio más democrático. Sino que, para llevar a cabo esta función integradora, a la ciudadanía le corresponde ser más que una definición estatutaria de corte legal, puesto que ella posee la irrestricta responsabilidad de constituirse en el elemento central de una cultura política compartida donde se debe alcanzar tolerancia entre las distintas ideologías políticas o simplemente la vinculación ciudadana y la deliberación sobre los grandes temas que son debatidos en las sociedades modernas todos los días; por ejemplo, la contaminación, la mitigación de la pobreza, la erradicación de las enfermedades, la justicia social, las guerras, entre otras.

Además de lo dicho, es preciso señalar que una sociedad multicultural sólo puede mantenerse unida si las y los miembros de un estado no se limitan únicamente a la visión liberal de los derechos políticos, ya que requiere expandirse hacia el pleno goce de los derechos culturales y sociales.

Así, un Estado democrático no sólo trabaja políticamente los diversos intereses y necesidades particulares existentes en la sociedad, sino que procura instituirlos como derechos universales formalmente reconocidos, motivo por el cual, los individuos y los diversos grupos durante la historia misma de las sociedades o mejor dicho de los Estados- Nación se han organizado en asociaciones, movimientos sociales, sindicatos y partidos, constituyendo un *"contrapoder"* que si bien puede limitar el poder del Estado, dicho tipo de organización es plenamente válido cuando la erosión y la violencia social no es una excusa para sabotear al orden legal legítimamente constituido.

No obstante, debemos tener cuidado y saber que a nombre de la organización, particularmente las de clase o gremiales se han efectuado un sinnúmero de complicaciones y las dirigencias han usado a la movilización social para fines eminentemente personales como hasta hace unos años ocurría en el Ecuador a propósito de las y los dirigentes universitarios que se caracterizaron por promover la vagancia y la tiranía a nombre de redimir las injusticias sociales desde las calles o simplemente haciendo daño a los bienes públicos. Muestra de aquello es la patética deconstrucción de la educación superior pública de algunas universidades en el Ecuador.

Por lo tanto habrá que considerar que la ciudadanía activa y responsable con un mínimo de desarrollo propositivo, deberá inspirarse en las propuestas del ejercicio deliberativo

de la democracia basada en los mecanismos constitucionales de participación, como: el referéndum, plebiscito, iniciativa legislativa, revocatoria del mandato, demanda de rendición de cuentas públicas o en últimas las manifestaciones en las calles y otras medidas de hecho dentro de un marco de diálogos y de consensos mutuos; todo lo cual consta en el modelo constitucional ecuatoriano vigente, el mismo que genera una evidente complementariedad entre la representación política tradicional y la participación social directa que de cierta forma ayuda a la vinculación de los sectores sociales tradicionalmente desplazados.

Finalmente, la organización y la participación ciudadana si bien no deberían ser gestadas desde el Estado, por el sinnúmero de observaciones delineadas en los párrafos que preceden, no es menos cierto que las expresiones

ideológicas de la ciudadanía –a mi juicio- es tarea de los partidos y movimientos políticos; razón suficiente para que todos los que formamos parte de esta gran nación, nos armemos de valor y decidamos increpar al poder cuando las decisiones políticas mermen los derechos constitucionales. Para cumplir este objetivo hacen falta algunas condiciones, entre ellas acceder a información veraz e imparcial y obtener una adecuada formación política, la misma que puede ser ejercida en conjunto: El Estado y los partidos políticos, con la necesaria tolerancia al pensamiento distinto, a la crítica propositiva y, a la independencia del poder de turno, para realmente dentro de una perspectiva conjunta solventar las más amplias necesidades de los grupos históricamente desinformados, desposeídos y utilizados por las élites del Ecuador.



#### Bibliografía:

- Constitución del Ecuador. (2008).  
 Montesquieu. (1980). El espíritu de la leyes. Madrid: Tecnos.  
 Habermas, J. (1987). Teoría de la Acción Comunicativa. Madrid: Taurus.  
 Weber, M. (1993). Economía y sociedad. Madrid: Fondo de Cultura Económica.



# UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA AMPLIAR LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Hernán Rivadeneira Játiva

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Abogado, Doctor en Jurisprudencia, Especialista Superior en Economía Política y en Gestión Educativa, Magister en Educación Superior, Mención Ciencias Jurídicas; Ex Diputado y Magistrado de los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral; Profesor Principal de la Universidad Central del Ecuador; miembro correspondiente de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana; Secretario General de la Asociación Americana de Juristas.*

## RESUMEN

Ante las numerosas evidencias normativas constantes en la Constitución vigente que han permitido un ejercicio concentrador del poder y, por tanto, arbitrario y autoritario, se plantea la necesidad de preparar las condiciones políticas, jurídicas y sociales para organizar una Asamblea Constituyente que desmantele la mayor parte del aparato de Estado constante en la Constitución vigente y dicte una nueva Carta Política que garantice el ejercicio de la democracia participativa, la separación o independencia de las funciones públicas, los límites del poder, para garantizar los derechos ciudadanos, individuales y colectivos.

**PALABRAS CLAVE:** *Sistema presidencialista, Constitución del 2008, Corte constitucional, Asamblea Nacional, funciones del Presidente, ejercicio gubernamental, Partido socialista, autoritarismo, ejercicio democrático, Asamblea Nacional.*

## ABSTRACT

Given the numerous regulations consistent evidence in the current Constitution that allowed a hub of power exercise and therefore arbitrary and authoritarian, the need to prepare the political and social conditions, legal to organize a Constituent Assembly to dismantle most constant state apparatus in the current Constitution and issue a new Constitution that guarantees the exercise of participatory democracy, separation or independence of public service, the limits of power, to ensure citizens, individual and collective rights.

**KEYWORDS:** *Presidential system, the 2008 Constitution, Constitutional Court, National Assembly, functions of the President, government office, socialist party, authoritarian, democratic exercise, National Assembly.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 9  
APROBADO: 2015 - 05 - 28

## INTRODUCCIÓN

En una tertulia entre los mentores originarios de Alianza País, ahora ya alejados y muy críticos a las actuaciones del régimen actual que, según ellos sehan apartado del programa de gobierno planeado, se averiguaba de dónde salió tal personaje controvertido e indefinido. En realidad, así sea un poco tarde, se dieron cuenta del error cometido, pero era inevitable que debía buscarse alguna remediación, pues, habían ocurrido demasiados acontecimientos inconvenientes para la vida democrática nacional. Si tal persona y sus acompañantes en el Gobierno fueron capaces de romper un acuerdo programático con el Partido Socialista, que le permitió su inscripción como candidato en el 2006, y que impidió un inminente golpe de estado institucional en marzo del 2007, las realizaciones gubernamentales en estos ocho años dan cuenta de la perversión de los ideales de cambio, de un afán de modernización capitalista y ofrecen un panorama de persecución y amedrentamiento social y político a todos quienes critican o se oponen a los dictámenes autoritarios desde la Presidencia de la República.

Han transcurrido sólo cinco años de vigencia constitucional y se han producido dos reformas, una a través de una curiosa interpretación desde la Asamblea Nacional y otra por medio de una Consulta Popular para atentar básicamente con la independencia judicial. Una más está en pleno desarrollo, con 16 de 17 supuestas "enmiendas" que se aprestan a aprobar los asambleístas de mayoría, quizá sin mayor socialización ni debate. El objetivo es perfeccionar los mecanismos de control y amedrentamiento social y político, sin averiguar al pueblo, el cual, como único sujeto del poder constituyente se pronunció en referéndum aprobatorio de la Constitución, a lo mejor porque ya no tienen la garantía de un triunfo electoral, pues, varias de las principales autoridades locales no pertenecen al movimiento de gobierno a partir de las últimas elecciones seccionales; y porque, las organizaciones sociales y sectores ciudadanos muy amplios, se han manifestado a mes seguido en casi todo el territorio nacional para repudiar los afanes de perpetuación en el poder y de afectación a los intereses populares.

Ante las numerosas evidencias normativas constantes en la Constitución vigente que han permitido un ejercicio concentrador del poder y, por tanto, arbitrario y autoritario, se plantea la necesidad de preparar las condiciones políticas, jurídicas y sociales para organizar una Asamblea Constituyente que desmantele la mayor parte del aparato de Estado constante en la Constitución vigente y dicte una nueva Carta Política que garantice el ejercicio de la democracia participativa, la separación o independencia de las funciones públicas, los límites del poder, para garantizar los derechos ciudadanos, individuales y colectivos.

### 2. ANTECEDENTES POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Somos herederos del sistema presidencialista francés, trasladado a América del Norte luego de la independencia de las colonias inglesas, acogido por Simón Bolívar como

fundamento de las nuevas repúblicas liberadas y constante en las primeras cartas constitucionales, en donde, la jefatura de Estado y de Gobierno está en manos de la Función Ejecutiva, dirige la administración pública, la defensa nacional y las relaciones internacionales, aunque en la práctica, en la actualidad, debido a una serie de nuevas atribuciones constitucionales, ejerce también atribuciones legislativas y el control de la propia administración de justicia, en un afán de superar o disolver la división o separación de poderes, característica esencial de un Estado de Derecho, a partir de su nacimiento a finales del siglo XVIII en Europa.

En la historia constitucional ecuatoriana, la Legislatura ha perdido paulatinamente muchas de sus competencias originales: el establecimiento de límites al endeudamiento público, el nombramiento de los oficiales generales de las fuerzas armadas, la iniciativa legislativa para temas tributarios y salariales, el enjuiciamiento político a las autoridades, entre otros temas fundamentales. Por otra parte, el Ejecutivo tiene también injerencia directa en asuntos de administración de justicia administrativa, de aguas, caminos, tierras y del procedimiento colectivo de trabajo, entre otros. En otras palabras, la división o separación de poderes es muy relativa y mejor se ha acentuado una especie de "hiper presidencialismo" como lo sostienen con propiedad algunos autores<sup>1</sup>.

En cuanto a la tarea legislativa, aparte de que el Presidente de la República es un co-legislador, en virtud de que tiene la capacidad de veto, puede emitir ampliamente decretos ejecutivos en diversas materias, especialmente para la reglamentación legal,

no obstante su afán de ampliar sus atribuciones incluso contrariando la ley y la Constitución; así también, tiene capacidad para tramitar leyes de urgencia en materia económica, con un procedimiento apretado en el tiempo y con el propósito de que entren en vigencia por el denominado "ministerio" o "imperio" de la ley, esto es, se publica la ley una vez transcurrido el plazo previsto para su conocimiento en la legislatura.

Para evitar las arbitrariedades de un presidencialismo "reforzado" o hiper presidencialismo, se propone la posibilidad de un sistema "semi presidencialista" o "semi parlamentario", en donde se elige al Presidente de la República en votación universal para que conserve competencias en seguridad nacional y relaciones internacionales como jefe de Estado y que en el Parlamento se designe a un Primer Ministro para que cumple las funciones de Jefe de Gobierno, a semejanza de los regímenes Francés o Portugués; de esta manera se evitaría el ejercicio extraordinario del presidencialismo, el trauma de una destitución a un primer mandatario o de un golpe de Estado.

Dadas las situaciones ocurridas en Ecuador con la destitución de tres Presidentes de la República (Bucarám, Mahahud y Gutiérrez), en la Constitución del 2008 se introdujo la fórmula denominada de "muerte cruzada", que

<sup>1</sup> Ver: Daniel Granda Arciniega, El hiperpresidencialismo en el Ecuador, Quito, FACS-UCE, 2012.



permite una disolución por una sola vez del Parlamento por parte del Presidente, con la convocatoria de nuevas elecciones para las dos funciones; y, de igual manera, la posibilidad de una destitución al Presidente por parte de la Asamblea Nacional, pero con la inmediata convocatoria a elecciones para reemplazar al Presidente y los legisladores, naturalmente cumpliendo un procedimiento que consta en la Carta Política. No se ha recurrido a este mecanismo pero de alguna manera ha detenido los derrocamientos a los presidentes, aunque, por el contrario, el titular de la Presidencia ha adquirido un poder exorbitante a través de mecanismos constitucionales que serán analizados más adelante.

Luego de una Consulta Popular celebrada el 25 de mayo de 1997, con el objeto de avalar la destitución del Presidente Bucaram y ratificar el "interinazgo" de Fabián Alarcón (figura inexistente en la Constitución de 1978, pero lo más repudiable fue la eliminación de la figura de la sucesión presidencial, que frustró la posibilidad de que la Vicepresidenta de la República, Rosalía Arteaga, pueda permanecer en el poder), se aceptó convocar a una Asamblea Nacional, que instalada se convirtió en Asamblea Constitucional, para dictar una nueva Carta Política, con la presencia mayoritaria de asambleístas de los partidos de derecha (PSC, DP), si bien no se afectó la parte dogmática (los derechos y garantías), en la parte orgánica se establecieron mecanismos para la privatización del Estado en base a las orientaciones neoliberales de moda en el continente, a raíz de las decisiones del llamado "Consenso de Washington" de los años 80 del siglo pasado; pero, a su vez, se instala lo que se ha denominado como "presidencialismo reforzado".

A partir de entonces, los gobiernos que se sucedieron y las fuerzas sociales más importantes, presentaron propuestas de reforma política, las mismas que no prosperaron aunque era latente en la población los afanes de cambio, básicamente para reorientar la política económica en favor de la inversión social, por ejemplo, evitar la privatización de los servicios públicos, incluso a través de concesiones o delegaciones, especialmente por medio del mecanismo de descentralización, que permitió que gobiernos locales de derecha practiquen

la entrega de servicios a fundaciones privadas, como en el caso del Municipio de Guayaquil, bajo la hegemonía social cristiana, aparte de toda la legislación aprobada en esos años por parte de los regímenes neoliberales, incluyendo al régimen de Rodrigo Borja, quien, no solo cumplió con la "flexibilización laboral" por medio de la nefasta Ley 133, exigida por los organismos de crédito internacional, sino también porque al final de su mandato reformó la Ley de Electrificación con el objeto de abrir las puertas para la venta de las empresas públicas.

En el 2006 existía una abulia en la vida nacional, la crisis había repercutido muy fuertemente en la economía popular, la institucionalidad había caído en desprestigio. El Congreso Nacional, p. ej., tenía una aceptación de aproximadamente el dos o tres por ciento en las encuestas, sus actuaciones provocaron el mayor desprestigio de los últimos tiempos; entonces, una propuesta para cambiar esta situación obviamente contó con el apoyo popular.

Correa, en principio, no era muy conocido en la vida política. Aparece en el gobierno de Alfredo Palacio como Ministro de Finanzas. Su vinculación ideológica se acerca a la doctrina social de la Iglesia Católica y para muchos no es más que un demócrata cristiano. Su discurso es anti partidista y tiene el convencimiento de acabar con los partidos tradicionales, de allí su decisión de no lanzar candidatos para diputados, lo cual fue una grave equivocación que le pudo costar su puesto, pues, un Congreso de cien legisladores, con una mayoría de oposición y sin un bloque oficialista, tenía preparado un golpe institucional para oponerse a la propuesta de Correa respecto de la Consulta Popular para instalar una Asamblea Constituyente

### 3. LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

La Consulta Popular se resolvió mediante un acuerdo político con el grupo gutierrista en el Congreso en donde se aprobó la realización de la misma, con algunas observaciones, aunque de todas maneras existieron posiciones contrarias a tal convocatoria hasta el punto de amenazar con intervenir en el Tribunal Supremo Electoral, a través de juicios políticos a cuatro





de los siete vocales, que habíamos aprobado la convocatoria a la Consulta para el 15 de abril del 2007. Al haberse configurado una infracción electoral por parte de los opositores a la Consulta, pues, intentaron boicotear el proceso electoral en ejecución, se aplicó la ley y se destituyó a 57 diputados, dado el estado de emergencia durante el proceso electoral.

La Consulta tuvo un apoyo popular de más del 80% de votos y de forma inmediata se convocó a las elecciones para integrar la Asamblea Constituyente que funcionó desde finales del 2007 hasta septiembre del 2008, cuando se realizó el referéndum ratificatorio del texto constitucional aprobado.

La fase final de la Constituyente estuvo matizada por actitudes impositivas de la mayoría gobiernista, que obligaron a renunciar al propio Presidente de la Asamblea, Alberto Acosta, quien tenía el convencimiento de que debía contarse con el apoyo más amplio de la sociedad a la Carta Política y que además debía propiciarse el debate adecuado. El reemplazo de Acosta, el Arquitecto Fernando Cordero, conocido como "el corcho", aceleró la aprobación de la nueva Constitución, incluso con la intervención de abogados vinculados a la Presidencia de la República, los cuales, a última hora, enmendaron arbitrariamente varias normas.

#### LA CONSTITUCIÓN PUBLICADA EN OCTUBRE DEL 2008

La Constitución ratificó los derechos y garantías ciudadanas<sup>2</sup>, aunque en este acápite con algunas discriminaciones y perjuicios especialmente en contra de los

trabajadores públicos, entre otros puntos; pero en la parte orgánica se cometieron una serie de atentados, como la creación de dos funciones más del Estado: la de Transparencia y Control Social y la Electoral. Esta última, además, dividida en dos organismos: uno administrativo, el CNE, y otro jurisdiccional, el TCE, rompiendo el criterio de unidad jurisdiccional que contempla el propio texto constitucional y permitiendo una dicotomía en la tramitación de los procesos electorales, en dos fases distintas, con lo cual complicaba la obtención de resultados electorales y permitía la existencia de un órgano contencioso que sólo funciona durante los procesos electorales los cuales generalmente se producen cada cuatro años.

Pero lo más complicado fue la creación de la Función de Transparencia y la integración en ella del Consejo de Participación y Control Social. Una Función del Estado no electa, seleccionada o designada por el poder político, "de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía" (Art. 207) y que estaría a su cargo la convocatoria a los concursos para numerosos cargos públicos de importancia, los mismos que han sido manejados de manera casi discrecional para perjudicar a candidatos no afectos al régimen y beneficiar a los amigos e incondicionales. Esta Función debe eliminarse con una reforma constitucional, de manera urgente, para evitar la manipulación y el control político desde el Ejecutivo<sup>3</sup>.

2 Es necesario mencionar varias normas constitucionales, aunque en la práctica, la mayoría de ellas, han sido inaplicadas o negadas, y, en algunos casos, en el propio texto constan determinadas trabas: En el Art.61, constan los derechos de participación, esto son, los derechos políticos de los ciudadanos; el Art. 95, que el derecho a la participación se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa directa y comunitaria (el resaltado es mío); en el Art. 96 se reconocen todas las formas de organización de la sociedad para "fortalecer el poder ciudadano"; el Art. 98 garantiza el "derecho a la resistencia", que en realidad es una conquista del liberalismo, siendo el inglés John Locke su propulsor; en el Art. 103, sobre la "democracia directa", se crea la "iniciativa popular" para el proceso legislativo; el Art. 104 desarrolla las diversas posibilidades de la "consulta popular", aunque allí mismo se "crea la trampa", dice: "En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas" (Acaba de producirse la negativa del CNE para entregar los formularios de recolección de firmas a los señores de CREO, bajo este argumento - 3 dic. 2014).

3 El resultado de esas designaciones ha sido en beneficio de personas vinculadas al régimen, "con muchos cuestionamientos de la opinión pública, en muchos casos hasta con mecanismos ridículos (...) el propio Presidente de la República ha anunciado anticipadamente quién será tal o cual autoridad" (Granda, 2012:286). No está también por demás recordar las declaraciones de Alfredo Vera en Madrid cuando visitaba a Galo Chiriboga, en ese momento Embajador del Ecuador en España y quien participaba en el "curso" para Fiscal, para anunciar con total arrogancia que el próximo Fiscal General sería él.

## Atribuciones especiales del Presidente de la República que se contemplan en la Carta Constitucional

El Presidente de la República ha declarado que en su condición de Jefe de Estado dirige a todas las funciones del mismo, sin entender el principio básico de un Estado de Derecho: el de la separación de poderes. Ante tal decisión, que en realidad implicaría una peligrosa arrogación de funciones, se han producido muchos eventos y acciones con ese derrotero arbitrario y abusivo, aunque naturalmente en base a interpretaciones puntuales o ligeras y a veces antojadizas de la Carta Política.

Así, por ejemplo, en el Art. 141, al referirse a las políticas públicas y planes de ejecución, se señalan como atribuciones del Presidente de la República las de "rectoría, planificación, ejecución y evaluación". El problema está en la inclusión del término rectoría,

que como bien analiza Daniel Granda Arciniega, con tal atributo se crea un sistema político de gran concentración del poder desde el Ejecutivo: se quiere construir una "sociedad absolutamente jerarquizada, al más claro estilo de una sociedad feudal (...) crear la idea de un Presidente fuerte y con toda autoridad.

Pretende destruir toda diversidad y todo pluralismo [...] Para concretar esta rectoría del Presidente de la República, el Art. 155 dispone: "En cada territorio, la Presidenta o Presidente de la República podrá tener un representante que controlará el cumplimiento de las políticas del Ejecutivo, y dirigirá y coordinará las actividades de sus servidoras y servidores públicos". Debe entenderse que este representante es diferente al Gobernador de la Provincia y, por tanto, se trata de un funcionario gubernamental "con claras atribuciones disciplinarias, persecutorias y coercitivas" (Granda, 2012: 295 y 296). El tema de la "rectoría" tiene que ver también con las injerencias en el Plan Nacional de Desarrollo, en el Presupuesto General del Estado, en los gobiernos autónomos descentralizados, en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional<sup>4</sup>.

A través del criterio de la "rectoría" del Ejecutivo, se han

dictado numerosos decretos, como aquellos procedimentales de ciertos "mandatos constitucionales" dictados por la Asamblea de Montecristi, o el 813, de la absurda "renuncia obligatoria" para los servidores públicos, o el 016, que permite el control de las organizaciones sociales, entre otros muchos.

La Constitución del 2008, según sus mentores, se inscribía en los lineamientos del "constitucionalismo democrático", del neoconstitucionalismo latinoamericano, que pretendía superar el positivismo jurídico, el imperio de la ley, del legalismo, por el constitucionalismo del Estado y, además, con la vigencia de los derechos humanos para limitar al poder público, acentuando la democracia participativa, pero

también el activismo judicial, aunque como actitud "invasora" a la legislatura, que ha sido muy cuestionada; se consolida la supremacía constitucional, de aplicación directa e inmediata. Pero todo esto ha sido aprovechado para la concentración del poder, la



desinstitucionalización y la inseguridad jurídica; "y ha facilitado el rebrote del populismo y el autoritarismo [...]" (Granda, 2012:209).

Es menester señalar algunas otras normas que se dirigen precisamente a disminuir las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional en favor del Presidente de la República y también de la Corte Constitucional:

- El Art. 118 establece el período de los asambleístas, que coincide con el del Presidente, cuatro años. Se ha suprimido entonces la renovación legislativa a mitad de período, lo cual permite un manejo continuado de la relación entre las dos funciones, pero en cambio impide la recomposición de las fuerzas políticas.

- El Art. 122 crea el CAL (Consejo Administrativo de la Legislatura), integrado por el Presidente de la Asamblea Nacional (AN), los dos vicepresidentes y de cuatro vocales designados por la AN de las diferentes bancadas<sup>5</sup>, el mismo

4 D. Granda identifica a la teoría de la "rectoría" del Presidente con la teoría política de Karl Schmitt, que considera al Presidente de la República como la expresión del poder soberano. "El Presidente es el soberano" (no el pueblo). Tiene que ver con el principio de "jefatura política", integrada por el Estado, el Pueblo y el Movimiento o Partido (único), y todos ellos bajo la égida del caudillo, el jefe ("Führer") o líder (...) Schmitt, según George Lukács, es el constructor de la ideología reaccionaria del fascismo" (Granda, 2012: 302, 303 y 304).

5 Las famosas "bancadas" son organismos ad-hoc creados para impedir que legisladores que no pueden agruparse se mantengan al margen de numerosas actuaciones y decisiones.



Imagen tomada de <http://www.ecuadorlimes.net/>



Imagen tomada de <https://www.flickr.com/photos/presidenciaecuador/3808740700>

que tiene en esencia funciones administrativas pero, a través de reformas a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ha adquirido funciones políticas y de decisión fundamental, como la de aprobar reglamentos, "calificar" los proyectos de ley que se presentan, la verificación de los requisitos para un enjuiciamiento político y conceder el trámite respectivo, con lo cual controla la tarea de fiscalización; también se le concede la capacidad de crear comisiones especializadas ocasionales, etc.

La Comisión de Fiscalización y Control Político, que cuenta con la atribución de archivar un pedido de enjuiciamiento político, durante el ejercicio de sus funciones prácticamente ha suspendido la posibilidad de control político, convirtiéndose en una instancia ineficaz y tema de burlas dentro y fuera de la legislatura.

Mediante acción de inconstitucionalidad el Presidente Correa logró en diciembre del 2011 que quede sin efecto el Art. 63, inciso segundo, de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL), que permitía que un proyecto de ley que apruebe, modifique o derogue normas de la LOFL deben publicarse en el Registro Oficial, sin que el Presidente de la República tenga derecho al veto. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de tal norma legal el Presidente tiene ahora la potestad de vetar incluso la Ley de la Legislatura. Esta es una muestra de las numerosas actitudes de prepotencia y "rectoría" que ha asumido durante su mandato el Econ. Correa<sup>6</sup>.

A través del ejercicio del veto<sup>7</sup> y de los famosos "proyectos de ley de urgencia en materia económica<sup>8</sup>", el Presidente Correa se ha convertido prácticamente en el legislador de la República, suplantando a toda una Función del Estado, que en otros tiempos de alguna manera cumplía de otra manera sus capacidades, como ya se indicó más arriba.

- El Art. 135, señala: "Sólo la Presidenta o Presidente

de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división política administrativa del país". Esta norma se replica en el Art. 301. He allí la capacidad exclusiva para la iniciativa legislativa del Presidente de la República y la minimización de la AN, con la complacencia y sumisión de los asambleístas gobiernistas y sus corifeos.

- El Art. 431 convierte a la Corte Constitucional en un organismo de inmenso poder, a lo mejor en muchos casos por encima del Presidente de la República<sup>9</sup>. Tal artículo dispone que sus miembros, los jueces, no están sujetos a juicio político, sólo serán juzgados por la Corte Nacional de Justicia con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, y su destitución, por la propia Corte, con el voto de las dos terceras partes, es decir con un mínimo de seis votos entre nueve. Pero aún más, el Art. 736.1 le concede la capacidad de máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, "a través de sus dictámenes y sentencias" y que sus sentencias son obligatorias, e incluso de tiene la capacidad de dictar "jurisprudencia vinculante" respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales (numeral 6). En el numeral 10, además, se le concede la atribución de "Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley" (lo resaltado es mio). No nos olvidemos que la posibilidad de que la Corte expida la norma se anunció por parte del Presidente de la AN que en el caso de la Ley de Comunicación se pedirá que lo haga la CC. No solo

6 Lo ignominioso del caso es que el Arq. Fernando Cordero, Presidente de la AN, al contestar la demanda de inconstitucionalidad del Presidente Correa, se une a la misma bajo el argumento de que el Presidente de la República es colegislador. De esta manera se ha minimizado la función de la Legislatura por la actitud sumisa de Cordero y del resto de burócratas del oficialismo. (Granda, 2012: 317).

7 Si el veto del Presidente es total, se devuelve a la Asamblea, que solo podrá tratarlo nuevamente luego de un año (Arts. 137 y 138). Si el veto es parcial, en donde incluso puede proponer textos alternativos, la legislatura sólo puede insistir en su proyecto aprobado con el voto de las dos terceras partes, pero para allanarse se requiere la mayoría de los asistentes a la sesión. Entonces, en la mayoría sino totalidad de los casos el allanamiento al veto del Ejecutivo es lo que se ha cumplido.

8 En estos proyectos, la legislatura tiene un plazo de 30 días para tramitarlo, por lo tanto, lo común es que se los apruebe por el imperio de la ley, dado que los legisladores no alcanzan a tratar tal propuesta. El legislador es entonces el Presidente de la República.

9 Nuestra Corte se configura bajo las características europeas y con la característica de órgano independiente y de jurisdicción especial como lo señaló Hans Kelsen. Es así como el Tribunal Constitucional español en realidad tiene una jerarquía superior a la del Presidente del Gobierno y sólo el Rey, que tiene la calidad de jefe de Estado, estaría por encima del TC.



el Presidente de la República sustituye a la AN sino también y quizá con más fuerza por parte de la CC. Lo complicado es si como ocurre en el caso actual los jueces actuantes de la CC son obedientes al Ejecutivo y su titular incluso recibe las instrucciones del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República en un restaurante de Quito, sin ruborizarse, demostrando el pobre papel que cumple en el Tribunal más importante del Estado.

La **Asamblea Nacional** ha perdido su capacidad de nombrar autoridades y sólo mantiene el débil encargo de posesionarlas, aunque en la mayoría de los casos, su Presidente ha sustituido al Pleno en tal obligación, lo cual debería reclamarse.

El Presidente de la República ha utilizado su atribución de convocatoria a Consulta Popular (**Art. 104**), naturalmente cuando le ha convenido, incluso para la reforma constitucional, como ya ocurrió en el Referéndum del 7 de mayo del 2011, cuando confundió al electorado para "meter la mano en la justicia", en cuya oportunidad sustituyó al Consejo de la Judicatura y se continuó con la designación de los nuevos jueces de la Corte Nacional de Justicia, con graves irregularidades, como las advirtió el juez español Baltazar Garzón y el jurista peruano Pasara, en un informe muy bien elaborado sobre la falta de independencia de la administración de justicia en el Ecuador.

El Presidente de la República tiene capacidad para disolver la AN, vía directa o vía consulta popular, si *"a su juicio, ésta se hubiere arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye el Plan Nacional de Desarrollo, o pro grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos. Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo"* (**Art.148**). Aquí funciona la una parte de la "muerte cruzada", para permitir al Presidente la exclusividad

de la tarea legislativa y para el ejercicio discrecional de sus funciones. El absolutismo en el gobierno.

La Duodécima Disposición Transitoria de la Constitución dispone que los partidos y movimientos políticos deberán reinscribirse en el Consejo Nacional Electoral. Se dejó al país sin partidos políticos. Su reinscripción ha sido una odisea, una lotería, con la acción antitécnica y manipuladora de los miembros del CNE. Quienes finalmente han conservado su registro son los partidos o afines al régimen o a los cuales fue muy complicado no reconocerlos; mientras tanto, reina

el movimiento o partido de gobierno, o de Estado, propiamente dicho, como organización con todas las protecciones y privilegios, a semejanza del PRI en México.

Con el aparato del Estado creado por la Constitución de Montecristi, se busca la "hegemonía" del Estado, su autonomía, la posibilidad de apuntalar

un "capitalismo de Estado", con una "autoridad fuerte"

#### 4. EL EJERCICIO GUBERNAMENTAL 2007-2014

El 7 de mayo del 2011, el Presidente de la República, al mejor estilo de la denominada "partidocracia" (tomando en cuenta las consultas anteriores)<sup>10</sup>, de manera camuflada, dentro de un conjunto de preguntas, como suspender las peleas de gallos, las corridas de toros y los casinos, introdujo una pregunta complicada y ampulosa sobre la Función Judicial, como se dijo en el acápite anterior, cuyo corolario fue que convirtió a esta Función del Estado en un instrumento de control y manipulación, a través del Consejo de la Judicatura y con disposiciones para amedrentar a los jueces y para favorecer dentro de los procesos a la administración pública, en contra de los ciudadanos, situación contraria a los preceptos de un Estado de Derecho y, más aún, de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en donde se pone límites al ejercicio del poder para proteger los derechos de los ciudadanos.

El 31 de octubre del 2014 consigue que los miembros obedientes de la Corte Constitucional acojan el criterio de que la Asamblea Nacional debe conocer 16 de los 17 cambios (o enmiendas) a la Constitución, para permitir que sólo los dos tercios de la Legislatura aprueben los mismos y así intentar oponerse a una posible consulta popular que podría serle adversa al régimen con la experiencia de los resultados de

<sup>10</sup> El 15 de enero de 1978, Referendo para aprobar la nueva Constitución; 1 de junio de 1988, Consulta Popular sobre la posibilidad de que los independientes puedan elegirse (se negó); el 28 de agosto de 1994, otra vez si los independientes puedan ser elegidos, así como sobre la reelección para toda función de elección popular, entre otros puntos, en cuya oportunidad se aceptaron estos puntos; el 26 de noviembre de 1995, se negó totalmente la Consulta de 11 temas, entre ellos, la privatización del seguro social, la limitación a la huelga, la elección de diputados por distritos, etc.; el 25 de mayo de 1997, Interinazgo de Fabián Alarcón, se la acepta básicamente para ratificar la destitución de A. Bucarám y el Interinazgo de Alarcón, así como para convocar a una Asamblea para reformar la Constitución, establecer el 5% de votos válidos para mantener un partido político, intervenir en la Función Judicial, etc.; el 26 de noviembre del 2006, Gobierno de A. Palacios, se aprueba la Consulta por amplia mayoría sobre políticas públicas de inversión, respecto del aseguramiento universal de salud y que los recursos petroleros superiores vayan a la inversión social y reactivación productiva; el 15 de abril del 2007, Gobierno de R. Correa, instalar una Asamblea Constituyente; el 28 de septiembre del 2008, aprobar el texto de la nueva Constitución (Reelección ya se consultó en 1994. Nueve veces se buscó legitimar gestión en las urnas, 2014)



Enrique Ayala Mora, (...) el problema central es la vigencia de una estructura constitucional que, en su parte orgánica es antidemocrática, destruye el balance de poderes y promueve el autoritarismo (...)” Imagen tomada de <http://norberto fuertes m.blogspot.com/>

las elecciones seccionales de principios de año en donde el movimiento político del Presidente, Alianza País, perdió en las principales ciudades del país.

La Corte Constitucional subalterna aprobó por unanimidad la petición del Presidente y de la titular de la Asamblea Nacional y éste organismo se apresta a tramitar y aprobar los deseos gubernamentales de reformar la Constitución conforme a sus conveniencias, siendo su principal propuesta la “reelección indefinida” de los cargos de elección popular. No obstante esta situación, varias fuerzas políticas especialmente de la derecha (CREO, Sociedad Patriótica, etc.), se encuentran empeñadas en recoger firmas para una consulta popular que impida la tesis de la reelección indefinida, como única reivindicación.

Un comentario de prensa crítica lo actuado por la Corte:

*“La Corte Constitucional utilizó argumentos jurídicos para justificar un fallo político. De esta forma maquilló una polémica decisión que tendrá profundas consecuencias democráticas a mediano plazo.*

*Lo adecuado hubiera sido que los magistrados constitucionales, por responsabilidad histórica, impulsen el camino para una reforma referendada en consulta popular y no carguen, como así sucederá, con la responsabilidad de haber consolidado para Alianza País el poder total [...]” (Rojas, 2014: 2).*

Los términos del fallo de la Corte Constitucional respecto de las enmiendas puestas a su consideración son demostrativos de su entreguismo para forzar una argumentación insostenible: Se señala por ejemplo que la “reelección indefinida” fomentaría el régimen democrático, garantizaría el principio constitucional de participación democrática de los ciudadanos” (Montúfar, 2014:10)

El editorial del periódico mensual alternativo OPCIÓN S,

Nº 56, publicado en Quito, en noviembre 2014, destaca lo siguiente:

*“Los contenidos de las supuestas “enmiendas” implican, en su mayoría, reformas constitucionales que restringen derechos y que alteran la estructura del Estado, puesto que limitan la consulta popular nacional y local; eliminan los derechos de los trabajadores del sector público; restringen las atribuciones de la Contraloría mientras campea la corrupción; involucran a las FFAA en la seguridad interna y represiva del Estado; y autorizan la reelección indefinida del Presidente y autoridades públicas, atentando contra la alternabilidad, principio fundamental de la democracia.*

*No se tratan pues de correcciones del texto constitucional ni de reformas parciales, sino de cambios que ameritan la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que sin duda exige la mantención y ampliación de los derechos y la modificación radical de la estructura del Estado, actualmente controlada por el autoritarismo personalista del titular de la Función Ejecutiva”.*

## 5. ES NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN PARA SUPERAR EL AUTORITARISMO Y EL EJERCICIO ANTI DEMOCRÁTICO DESDE EL PODER PÚBLICO

Y restablecer una institucionalidad confiable que evite el autoritarismo desde el ejercicio del poder.

Según un analista, se ha conformado una especie de “corporativismo estatal”, no solo con la creación desde la iniciativa oficial de una central de trabajadores, la CUT, conformada por sindicatos básicamente públicos y por trabajadores informales, bajo los lineamientos del “neopopulismo” gubernamental, con el objeto de ocultar un poco la base social con la cual ha desarrollado sus propósitos: “empresarios usufructuarios del gasto público”, así como “las antiguas bases del populismo clásico”. Pero ¿por qué ahora se les ocurre controlar al sindicalismo? Pues, contesta el mismo autor, porque ahora se reactiva, como consecuencia del fin de un ciclo económico de crecimiento. Y se pone en alerta frente a las restricciones que se ven, desde ya, en el horizonte. (Ej. La baja del precio internacional del petróleo, producto básico de exportación ecuatoriano) (Verdesoto, 2014:9).

## 6. LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Como señala con propiedad el intelectual socialista y actual Rector de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Enrique Ayala Mora:

*“(...) la convocatoria a una Asamblea Constituyente que, respetando todos los avances en los derechos y garantías, cambie sustancialmente la actual estructura del Estado que suprime la representación y la participación ciudadana, que instala un “poder” que no es electo” y*

11 Se refiere a ese engendro denominado Función de Transparencia y Control Social, que se integra con el Consejo de Participación.

*manipula la representación de la sociedad, que suprime la capacidad de fiscalizar y deliberar de la legislatura (...)\*.*

*(...) el problema central es la vigencia de una estructura constitucional que, en su parte orgánica es antidemocrática, destruye el balance de poderes y promueve el autoritarismo (...)\* (Ayala, 2014: 6)*

El mismo académico afirma que "No queda otro camino que el de una nueva Constitución". Indica que el problema no es Rafael Correa (y por tanto el de la reelección indefinida) sino el sistema político que institucionaliza el autoritarismo. "Por eso, dice que, la única alternativa que le queda al país es llegar a consensos para convocar a una nueva Constituyente". (Ayala, 2014:6).

En realidad el camino hacia una Asamblea Constituyente no está a la vuelta de la esquina o puede lograrse de manera inmediata. Se requiere una gran concientización de la

ciudadanía, de los organismos y entidades de la sociedad civil, de quienes están relacionados con la vida política, jurídica, institucional, de los gremios profesionales, de las organizaciones de trabajadores, de indígenas, de campesinos, de artesanos, de los barrios populares, de las amas de casa, en fin de todos quienes deseamos un mejor destino para nuestra patria; y, en realidad el tema constitucional es esencial si aceptamos la jerarquía constitucional y las falencias o atentados a la vida democrática que constan en este artículo.

Me parece que es indispensable superar una especie de escepticismo frente a las posibilidades de una convocatoria a consulta popular, a través de recogimiento de firmas de la ciudadanía, con el concurso de las organizaciones sociales y de la sociedad civil, dado que no es posible mantener una estructura orgánica constitucional que precisamente beneficia a la concentración de poder, como se ha demostrado en este artículo, así sea de manera sucinta.

Quito, 08.12.14.



En realidad el camino hacia una Asamblea Constituyente no está a la vuelta de la esquina o puede lograrse de manera inmediata. Se requiere una gran concientización de la ciudadanía....



### Bibliografía

Ayala, Enrique. (7 de Noviembre de 2014). Consulta y Constituyente. El Comercio , pág. 6.

Granda, Daniel. (2012). El Hiperpresidencialismo en el Ecuador. Quito: Editorial: Facultad de Comunicación Social- Universidad Central del Ecuador.

Montúfar, César. (24 de Noviembre de 2014). El Comercio , pág. 10.

Reelección ya se consultó en 1994. Nueve veces se buscó legitimar gestión en as urnas. (23 de Noviembre de 2014). El Universo , pág. 2.

Rojas, Carlos. (11 de Noviembre de 2014). La Corte nos doró la píldora. El Comercio , pág. 2.

Verdesoto, Luis. (23 de Noviembre de 2014). El corporativismo estatal. El Universo , pág. 9.

# LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL NUEVO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ECUADOR

Dr. Lenin Reyes Merizalde

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctorando del Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.*

*Magíster en Derecho Procesal.*

*Doctor en Jurisprudencia*

*Abogado de los Juzgados y Tribunales de Justicia de la República.*

*Magíster en Docencia Universitaria e Investigación Educativa.*

*Licenciado en Ciencias de la Educación, Especialización en Filosofía y Ciencias Socioeconómicas.*

## RESUMEN

La participación ciudadana es una nueva categoría política y sociológica incorporada en el ordenamiento jurídico del Ecuador actual a raíz de la aprobación de la nueva Constitución de la República en octubre del 2008.

Su incorporación responde a la necesidad de una nueva estructura de poder y a la existencia de una nueva correlación de fuerzas que ha generado muchos procesos nuevos, en los que los pueblos han asumido un rol protagónico mayor, exigiendo mayor respeto a sus derechos, incorporando otros derechos, queriendo ser el contrapeso de los pesos que han dominado el poder, reclamando un nuevo orden en el mundo.

A esto llamamos ahora la participación ciudadana, derecho político y social planteado en la nueva Constitución, hecho que marca el inicio de una nueva época en el Ecuador.

La vigencia de estas nuevas normas legales y constitucionales no depende de que haya autoridades que lo cumplan, sino de que la propia ciudadanía, el pueblo, haga valer este derecho conquistado, llevándolo de la teoría a la práctica. Para ello es necesario que se conozca de él y su enorme trascendencia, pues no conocer la existencia de los derechos es como no tenerlos.

**PALABRAS CLAVE:** *Participación ciudadana, democracia, constitución, organización del poder, derechos, poder económico.*

## ABSTRACT

Citizen participation is a new political and sociological category incorporated into the legal system of current Ecuador following the adoption of the new Constitution of the Republic in October 2008.

Incorporation responds to the need for a new power structure and the existence of a new correlation of forces that has generated many new processes, in which the people have assumed a greater leadership role, demanding greater respect for their rights, incorporating other rights, wanting to be a counterweight to the weights that have dominated power, claiming a new world order.

To this we now call citizen participation, political and social rights in the new Constitution raised a fact which marks the beginning of a new era in Ecuador.

The validity of these new legal and constitutional rules does not depend on what authorities have met, but that the citizens themselves, the people, conquered enforce this right, taking from theory to practice. This requires that knows him and his enormous significance, for not knowing the existence of rights is like not having them.

**KEYWORDS:** *Citizen participation. Democracy. Constitution. Organization of power. Rights. Economic power*

El mundo contemporáneo vive hoy circunstancias trascendentales que orientan a las sociedades, en los diferentes países y regiones, a modificar sus estructuras en todos los ámbitos de la vida. Estas modificaciones se harán más rápidas o más lentas, dependiendo de la marcha de los procesos internos e incluso de la influencia de factores externos en un mundo globalizado y cada vez más interconectado.

Una de esas estructuras es la del sistema jurídico, nuevamente cincelado por los diversos actores sociales que, desde la ciudadanía común y desde la academia, reclaman un nuevo Derecho que se acople a los cambios que las propias sociedades van experimentando.

La concepción clásica de organización del Estado moderno, con la división tripartita del poder político (los contrapesos en el poder), proclamada por Montesquieu allá por 1748 y concretada tras la Revolución Francesa en 1789, modificada y enriquecida por los procesos políticos, económicos y sociales de estos últimos 220 años –incluida la experiencia del socialismo real– hoy resulta insuficiente.

La teoría de los pesos y contrapesos para equilibrar el manejo del poder fue superada en la práctica ante el dominio casi hegemónico de una sola clase social en las sociedades

capitalistas y ello llevó a una concentración de poder que rayó en abusos similares a los de épocas anteriores, sólo que con otros protagonistas.

Se ha hecho necesaria, especialmente tras la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial, una nueva estructura de poder, una nueva correlación de fuerzas y esa necesidad ha generado muchos procesos nuevos, en los que los pueblos han asumido un rol protagónico mayor, exigiendo mayor respeto a sus derechos, incorporando otros derechos, queriendo ser el contrapeso de los pesos que han dominado el poder, reclamando un nuevo orden en el mundo, con la noción de que "la soberanía popular pertenece al pueblo en el sentido de que equivale a 'la suma de esos poderes y contrapoderes de todos [...] que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos'. Que 'no son solamente límites al concreto ejercicio de la misma sino, además, su sustancia democrática'" (Ibáñez, 2008).

A esto llamamos ahora la participación ciudadana, derecho político y social planteado en la nueva Constitución, hecho que se inserta en la concepción del neoconstitucionalismo y que marca el inicio de una nueva época en el Ecuador.

"Uno de los avances sustanciales del constitucionalismo, en relación con la producción de normas, será la ruptura de la concepción de que las leyes son las únicas fuentes del derecho. La sociedad, el estado y las normas serán plurales. La ley dejará de ser 'la reina' de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales" (Ávila, 2008).

## Nueva categoría política y sociológica incorporada en el ordenamiento jurídico del Ecuador

La "participación ciudadana" es una nueva categoría política y sociológica incorporada en el ordenamiento jurídico del Ecuador actual a raíz de la aprobación plebiscitaria de la nueva Constitución de la República y su promulgación en octubre del 2008.

No sabemos si su aplicación práctica alcanzará los resultados anunciados; ello dependerá de muchos factores, uno de ellos el que el pueblo se llegue a enterar que cuenta con este derecho. Queremos aquí reflexionar sobre algunos asuntos de su concepción jurídica y política.

Es un hecho innegable que lo jurídico, en toda sociedad regida por un Estado, es una manifestación de la dirección político-ideológica predominante en ella, lo que está a su vez, determinado por la correlación de fuerzas entre las clases sociales con mayor incidencia.

En el Ecuador, esa correlación de clases ha variado mucho en los últimos tiempos en el ejercicio del poder. El predominio absoluto que regia por parte de terratenientes, industriales, banqueros y grandes comerciantes se fue desmoronando desde mediados de la década de los 90's del siglo pasado.

Esto no significa, por supuesto, que haya terminado el poder real de estas clases de poder económico, significa solamente que su predominio absoluto, ejercido a través de la "partidocracia", ha perdido espacio ante el ascenso de nuevas fuerzas sociales provenientes de diversos sectores populares, que a su vez han superado a las tradicionales organizaciones populares, muchas de ellas carcomidas por la "burocracia sindical" y el oportunismo y por lo mismo agotadas en su perspectiva de transformación.

El retorno, en la década de los años 80's al régimen constitucional (muy fácilmente llamado por muchos actores políticos "democracia") abrió en el país nuevos procesos económicos, sociales y políticos, frente a los cuales y en el transcurso de 20 años, las tradicionales fuerzas políticas, tanto del lado del poder económico, como del de los sectores sociales, no pudieron consolidar sus propuestas y terminaron agotándose en lo que ahora conocemos como la "partidocracia", de un lado, y la "burocracia sindical", del otro.

Sin embargo, en ese proceso, en la búsqueda de alternativas al orden social imperante, dominado por las fuerzas del poder económico, sucedieron muchas cosas, se





dieron varias luchas en las que emergieron nuevos actores sociales: el movimiento indígena, diversos movimientos sociales (barriales, juveniles, de género, de trabajadores, ecologistas, etc.), parlamentos populares y otras formas organizativas que tuvieron como planteamiento central cambiar el orden de cosas impuesto, abolir las prácticas políticas oportunistas y atender las necesidades populares, procesos en los que estos sectores fueron ganando un espacio cada vez más protagónico, tanto en la consecución de derechos muy postergados, como en su reconocimiento como actores sociales que buscan más espacio en la toma de decisiones del poder público, inaugurando así —de hecho— la etapa de la participación ciudadana en el Ecuador.

Producto de esto fue la resistencia popular al proyecto neoliberal implementado en el país desde mediados de los años 80's, de gran impacto en la economía popular. "La pobreza crece y afecta al 73% de los ecuatorianos; mientras en el otro polo, el 5% más rico de la población acumula un ingreso 200 veces superior al que percibe el 5% más pobre. Entre febrero y abril se habrían despedido a 400 mil trabajadores del sector público y privado; el 86% de las 200 empresas más grandes habrían reducido personal. El desempleo para abril de 1999 habría superado el 20%. Mientras tanto, el presupuesto dedica el 44% para el pago de la deuda externa. El régimen recoge el 88% de los ingresos para cumplir dichas obligaciones." (Fundación José Perla, 2010). También es producto de esto la caída de los gobiernos de Abdalá Bucaram, en febrero de 1997,

de Jamil Mahuad, en enero del 2000 y, particularmente, la de Lucio Gutiérrez, en abril del 2005, mediante la "Rebelión de los Forajidos", evento social de enorme trascendencia que "fracturó la práctica política anterior y asestó un golpe demoledor al régimen de partidos políticos, así como también al sistema seudodemocrático que había imperado en la vida del país, abriendo las perspectivas para desarrollar una actividad política consecuente, con ideales, con programas para transformar este orden injusto, creando las condiciones para establecer nuevas prácticas democráticas y refundar la República." (Moncayo, 2009)

Lo acontecido en este lapso de 8 años, en que las contradicciones sociales se habían agudizado, "constata, pues, que no estábamos asistiendo solamente al progresivo desmoronamiento del régimen de Gutiérrez, sino al de todo un sistema político que a la vista de la sociedad entera exhibió un espectáculo de impudicia, ineficacia y pérdida de brújula." (Moncayo, 2009, pág. 287).

Se fue desarrollando así, en los hechos, una participación popular emergente, en defensa de sus intereses y con mayor conciencia del requisito de su presencia en el accionar público, como garantía para que se atiendan sus necesidades.

Consciente o inconscientemente, estas fuerzas provenientes de diversos sectores sociales han bregado por poner en práctica la noción de "democracia" en nuestra realidad y el resultado es que en los últimos 3 años las cosas en el país han cambiado significativamente, en lo político y en lo jurídico.

## Participación ciudadana y democracia

Hablar de participación ciudadana es hablar, en esencia, de democracia. Pero la democracia es una categoría política y jurídica que no tiene una sola definición ni un sólo origen.

El connotado jurista argentino Guillermo Cabanellas dice en su Diccionario Jurídico que democracia es "el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo por el pueblo; o al menos, a través de sus representantes legítimamente elegidos, que ejercen indirectamente la soberanía popular, en ellos delegada." (Cabanellas, 2003, pág. 80).

Por su parte, el autor soviético Rumiántsev la define como "una forma de Estado que se distingue por la participación de los ciudadanos en el gobierno, su igualdad ante la ley y la concesión de derechos y libertades políticos a los individuos. Originalmente el concepto de democracia lo promovieron los pensadores de la Grecia Antigua. En la clasificación de los Estados propuesta por Aristóteles, este concepto expresaba 'gobierno de todos', a diferencia de aristocracia, 'gobierno de los selectos' y de monarquía, 'gobierno de uno'. Actualmente, al hablar de democracia se debe tener en cuenta en primer lugar el régimen político, el conjunto de los institutos estatales y sociales, así como los procedimientos y métodos de gobierno que garanticen una mayor o menor intervención de las masas populares en la tramitación de los asuntos estatales." (Rumiántsev, 1981, pág. 101).

En lo que todos los autores coinciden es en que la democracia implica, por la propia raíz etimológica de su palabra, poder del pueblo, gobierno del pueblo.

Dicen los representantes políticos de las fuerzas de poder económico en la sociedad actual, que la democracia es el régimen jurídico, económico y político que defienden; sin embargo no es ése el régimen que han puesto en práctica cuando han gobernado.

Democráticos se han llamado los regímenes estatales que se establecieron en los países europeos a raíz de la Revolución Francesa y en los que los europeos influenciaron (tras el fenómeno colonizador), tanto en Asia, como en América, e incluso en el África. Pero lo que menos ha habido en todos estos países en estos 200 años, es participación del pueblo en los asuntos del gobierno; lo que se ha dado en la realidad es un tipo de gobiernos regidos por las minorías de las clases económicas dominantes de cada país, que establecieron el mecanismo alternativo al de las monarquías, de elegirse al gobierno con el voto de sus súbditos en lugar de hacerlo mediante la sucesión hereditaria, y así, los nuevos ricos de la sociedad capitalista fundaron la república capitalista y le pusieron a este régimen el nombre de "democracia", sin que haya razón para ello, pues el pueblo nunca ha ejercido el gobierno, aunque lo hayan querido hacer aparecer así, mediante la ficción de las elecciones.

Como no son estas clases los únicos actores políticos en la sociedad, el pueblo —a cuyo nombre han gobernado— también ha incursionado reclamando el reconocimiento de derechos y tomando conciencia de que mientras más intervenga en el gobierno de su país, más derechos le serán reconocidos, en perspectiva de lograr "el predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado" (Real Academia Española). Participar puede significar desde la acción simple y puntual de ejercer el derecho al voto (índice de participación en unas elecciones), hasta maneras mucho más complejas de intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos; formas que la filosofía política y el Derecho han englobado precisamente bajo la denominación de "democracia participativa". A esto apunta la participación ciudadana.

Pero la esencia de la democracia no está en la participación del pueblo en elecciones para nombrar autoridades, sino en que esas autoridades respondan realmente a sus intereses, cumplan el mandato que soberanamente el pueblo les confía y en que el pueblo participe de la cosa pública.

Entre la comprensión de esto y la lucha por su aplicación práctica, se han dado muchas variantes de regímenes democráticos en el mundo, desde los que proclamaban el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, tras la Revolución Francesa, clasificando a los ciudadanos según los bienes materiales que poseían, hasta los que reconocieron los derechos humanos de tercera generación en la Europa del siglo XX, pasando por la democracia de los regímenes socialistas de la ex URSS y los países de Europa Oriental, hasta llegar al momento actual, en que se debate en las democracias capitalistas el reconocimiento del derecho de participación ciudadana.

## Participación ciudadana en la nueva Constitución

La participación ciudadana es el proceso mediante el cual los ciudadanos en forma directa o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitivos de políticas públicas. Es decir, "por medio de la participación ciudadana individuos, comunidades y sectores sociales organizados tienen la oportunidad de intervenir de distintas maneras en la resolución de determinados asuntos de interés colectivo. Pero siendo aún mucho más directos, debemos indicar que esa intervención ciudadana en los asuntos públicos, se traduce en la posibilidad de participar en tres eventos fundamentales; a saber: la formulación, la ejecución y el control de políticas públicas." (Bazdresh, 2002).

La nueva Constitución —concibiendo el principio de la participación del pueblo, no como una mera acción coincidente con la acción gubernamental del Estado, sino como una acción vertebradora de la misma acción de gobierno— tiene en su estructura, como eje transversal de su aplicación, la participación ciudadana; así, de los 9 Títulos que la componen, en 8 de ellos se incluyen formas de participación ciudadana y disposiciones para su aplicación y vigencia, como veremos, en forma sintética, a continuación.

En el Título I (Elementos constitutivos del Estado) se empieza por determinar la participación directa del pueblo como una de las dos formas a través de las cuales el Estado ejerce su soberanía (Asamblea Montecristi, 2008, pág. Art. 1).

En el Título II (Derechos) se dedica el Capítulo quinto a establecer los derechos de participación, entre los que se destaca el reconocimiento del derecho del pueblo a participar en los asuntos de interés público y a fiscalizar los actos del poder público, ya no a través de los órganos de control del propio Estado, sino directamente (Asamblea Montecristi, 2008, págs. Art. 61, numerales 2 y 5.).

Se da un enorme paso adelante en El Título III (Garantías Constitucionales), en su Capítulo segundo, al garantizar "la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos" (Asamblea Montecristi, 2008, pág. Art. 85). Se trata de la facultad que se da al pueblo, ya no sólo de ver y esperar que la autoridad resuelva por él, sino ahora de involucrarse —individual o colectivamente— en los asuntos en los que se decidan sus intereses. De aplicarse esto, se podría decir que se empieza a transitar por una democracia en la que se hace realidad la "Posibilidad de la igualdad de participación y de control de los ciudadanos en y sobre el gobierno" (Valleta, 2001, pág. 214).

Lo prescrito en el Título anterior se concreta en el Título IV (Participación y organización del poder), particularmente en los Arts. 95 y 100, en los cuales se establecen los mecanismos a través de los cuales se efectivizará la participación ciudadana y el control social: "Art. 95.-Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las

instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad."

"Art. 100.-En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:

1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.
4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.
5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía." (Asamblea Montecristi, 2008, pág. Art 95 y 100).

Pero no se queda sólo en esto; la nueva Constitución, en este Título, al modificar la estructura del Estado, incluye en el Capítulo quinto como una de sus Funciones la de Participación Ciudadana, bajo la denominación de "Función de Transparencia y Control Social"; es decir, supera la organización liberal clásica del Estado conformado por 3 Funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, todas ellas tradicionalmente divorciadas del pueblo y de sus reales intereses y necesidades. Ahora se crea un nuevo poder, el poder ciudadano, elevando a la categoría constitucional de Función del Estado la participación ciudadana y el control social, buscando llevar a la práctica la definición teórica de "democracia" como la "Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno." (Real Academia Española).

En este Capítulo se confirma el nuevo rol que asume el pueblo como "el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación" y se crea el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como el eje de la nueva Función del Estado, cuyos deberes y atribuciones se consignan en el Art. 208, que será motivo de otro análisis.

En el Título V (Organización territorial del Estado) se establece el principio de participación ciudadana como el que regirá, junto a otros 4 principios, la acción de los gobiernos autónomos descentralizados

Al plantearse en el Título VI (Régimen de desarrollo) que uno de los objetivos del régimen de desarrollo para la realización del buen vivir será "Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo,

de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable" (Asamblea Montecristi, 2008, pág. Art. 276), se establece también como mecanismo fundamental y responsabilidad de las personas, las colectividades y sus diversas formas organizativas, su participación activa: "participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles." (Asamblea Montecristi, 2008, pág. Art. 287).

En el Título VII (Régimen del buen vivir) se crea el sistema nacional de inclusión y equidad social, para cuyo funcionamiento rige también el criterio de participación ciudadana.

Por último, en el Título IX (Supremacía de la Constitución) también se incluye la participación ciudadana al determinar que "Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia."

## De la teoría a la práctica

"Lo de fondo es el poder" decía un jurista refiriéndose a los cambios operados en el régimen jurídico del Ecuador; y está en lo cierto. La vigencia de estas nuevas normas legales y constitucionales no depende de que haya autoridades que lo cumplan, sino de que la propia ciudadanía, el pueblo, haga valer este derecho conquistado, llevándolo de la teoría a la práctica. Para ello es necesario que se conozca de él y su enorme trascendencia, pues no conocer la existencia de los derechos es como no tenerlos.

El impacto que esta nueva realidad jurídica y política ha generado en el país aún no se lo siente, porque aún no hay la voluntad política de la fuerza política que dirige el país para promoverla en todos los niveles y porque la carga ideológica de sumisión y conformismo, heredada de la época colonial, es un peso que no será fácil quitarlo de la conciencia del pueblo. Pero se ha iniciado el camino y ahí estamos.

Podemos concluir que la Participación Ciudadana constituyen "todas aquellas experiencias que remiten a la intervención de los individuos en actividades públicas para hacer valer intereses sociales" (Gonzalez Marregot, 2005) y que la democracia es el "sistema político por el que el pueblo de un Estado ejerce su soberanía mediante cualquier forma de gobierno que haya decidido establecer." (Encarta, 2009).

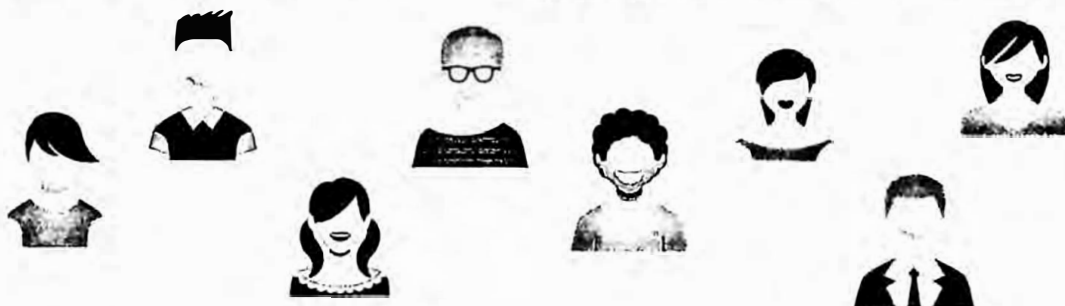
Hoy el pueblo ecuatoriano ha decidido la forma de gobierno y el régimen jurídico que nos rigen; ejerzamos nuestra soberanía.





# PARTICIPACIÓN CIUDADANA

## FORMULACIÓN • EJECUCIÓN • CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS



### Bibliografía:

- Asamblea Montecristi. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.
- Ávila, R. (2008). Retos de la nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos .
- Bazdresh, M. (2002). Notas para el foro internacional de participación ciudadana. Querétaron: Cedemun, CPE.
- Cabanelas, G. (2003). Diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta.
- Encarta. (2009). Enciclopedia multimedia de microsoft.
- Fundación José PerIta. (2010). Ecuador y su realidad, 16ta edición. Quito: Editorial artes gráficas Silva.
- Gonzalez Marregot, M. (2005). La participación ciudadana como paradigma de gobierno.
- Ibáñez, A. (Diciembre de 2008). Luis Ferrajoli. Los derechos rigurosamente en serio. Nexos Online.
- Moncayo, P. (2009). Con la democracia a cuestras. Aproximaciones a una utopía. Quito: Imprenta Mariscal.
- Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la lengua española. Madrid.
- Rumiantsev, A. (1981). Diccionario político. Moscú: Editorial Progreso.
- Valleta, M. L. (2001). Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Ediciones S. R. I.

# LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE LAS CIUDADANAS Y CIUDADANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Dr. Merck Benavides

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, graduado en la Universidad Central del Ecuador. Master en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Regional Autónoma de los Andes.*

*Master en Gerencia y Liderazgo Educativo por la Universidad Técnica Particular de Loja y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Sede Ibarra. Especialista en Gestión y Liderazgo Educativo por la Universidad Técnica Particular de Loja y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Sede Ibarra. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Obtuvo Diploma Superior en Contratación Laboral por la Universidad Regional Autónoma de los Andes.*

## RESUMEN

Los derechos de libertad constitucionales, son aquellos que están consagrados dentro del ordenamiento jurídico del Estado y que están vinculados especialmente con la vida, la integridad, la igualdad, la intimidad, la propiedad, la identidad y el trabajo; derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana que están garantizados por la norma constitucional y los tratados internacionales.

La libertad está relacionada estrictamente con la conciencia objetiva y de ninguna manera con el subjetivismo personal; he ahí, la necesidad de la aparición del Derecho que delimita la libertad de un individuo con la de los demás conciudadanos y ciudadanas.

Los derechos de libertad son connaturales del ser humano, razón por la cual todas las legislaciones del mundo deben reconocerlos y de manera especial respetarlos, con la finalidad de alcanzar que todos los miembros del conglomerado social tengan conciencia, que los derechos de cada individuo se terminan cuando comienza el de otro; por eso me atrevo a decir: "El ser humano que hace respetar sus derechos, venciendo incluso las imposiciones, es virtuoso y por ende va por el camino a la perfección".

**PALABRAS CLAVE:** *Derechos ciudadanos, libertad, conciencia, identidad.*

## ABSTRACT

Constitutional rights of freedom are those that are enshrined in the legal system of the state and that are linked particularly to life, integrity, equality, privacy, ownership, identity and work; fundamental rights inherent to human dignity that are guaranteed by constitutional law and international treaties.

Freedom is strictly related to the objective and in no way subjectivism staff awareness; behold, the need for the emergence of the law that defines the freedom of an individual with that of other fellow citizens.

Freedom rights are innate in the human being, that is why all the laws of the world must recognize and respect especially, in order to achieve that all members are aware of the social conglomerate, that the rights of each individual ends when the another one begins; so I dare say: "The man who does respect their rights, even overcoming the constraints, is virtuous and therefore is on the road to perfection."

**KEYWORDS:** *Citizens' rights, freedom, consciousness, identity*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 09

APROBADO: 2015 - 05 - 28

## INTRODUCCIÓN

Los derechos de libertad constitucionales, son aquellos que están consagrados dentro del ordenamiento jurídico del Estado y que están vinculados especialmente con la vida, la integridad, la igualdad, la intimidad, la propiedad, la identidad y el trabajo; derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana que están garantizados por la norma constitucional y los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, mismos que se encuentran suscritos, aprobados y ratificados por el Ecuador.

El vocablo libertad proviene del latín *libertas*, -*ātis*, que tiene el mismo significado. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la libertad así: "*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*". Por lo mismo, la libertad está relacionada estrictamente con la conciencia objetiva y de ninguna manera con el subjetivismo personal; he ahí, la necesidad de la aparición del Derecho que delimita la libertad de un individuo con la de los demás conciudadanos y conciudadanas.

Desde el ámbito teleológico, la acción humana se encamina a cumplir un fin o una meta razonable y consciente que cumpla objetivos globales vitales; que enmarcado en el campo de la libertad, los actos del ser humano, no pueden ir más allá de la libertad de los demás. De allí se expresa que, el hombre no es libre si no ha obrado con conciencia, porque sus fijaciones psíquicas serán siempre arbitrarias; y ante estas últimas, está presente el Derecho para normar la conducta de los seres humanos en cada uno de sus actos.

La necesidad hace crear el Derecho, así lo sostenía el filósofo Sócrates; y, por su parte César Beccaria expresa: "*Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia...*" (Beccaria, 2008, p. 20). La libertad es la conducta individual que no causa daño a la sociedad; al respecto la primera parte del Art. IV de La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice: "*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás*". Entonces se puede afirmar que, la libertad es uno de los derechos fundamentales de las personas, por ende está facultado a realizar sus actividades sin ninguna restricción, pero siempre respetando los derechos de los demás.

Los tratadistas sobre los derechos de los ciudadanos, desde una perspectiva histórica, clasifican a los derechos humanos como de primera, segunda, tercera generación, en atención a la época en que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico correspondiente, por lo cual en el presente trabajo, se hace un análisis de los derechos más relevantes o significativos para el ser humano, garantizados por la Constitución de la República y los tratados y convenios internacionales, de los cuales el Ecuador es parte. Además desde el punto de vista teórico, ya se habla de derechos de cuarta generación, que son los que protegen al ser humano contra la manipulación genética y el abuso de la biotecnología.

El tratadista Iván Vila Casado, al referirse a la clasificación de los derechos humanos expresa:

"1. Primera generación - Se trata de los derechos y libertades individuales exaltados por la Revolución Francesa e insertos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En Colombia aparecieron en las constituciones de la llamada Primera República Liberal (1810-1815); desde el Acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, del 15 de Agosto de 1810, documento en el que se afirma que el pueblo es titular de los derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad".

2. "Segunda generación - Surgieron como resultado de las luchas sociales y políticas por el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores y de la comunidad en general. Reciben también el nombre de derechos asistenciales o prestacionales, porque imponen cargas y obligaciones al Estado, frente al cual el individuo es reconocido como acreedor de ciertos

bienes que aquel debe disponerle a través del aparato político administrativo".

2 "Tercera generación - Son los más recientes. Se les denomina derechos de la solidaridad humana y tienen que ver con la preocupación del mundo contemporáneo por las cuestiones que afectan a la comunidad y, particularmente, las relacionadas con la protección del medio ambiente" (Vila Casado, 2012, p. 468).



## 1. Los derechos de libertad

Los derechos de libertad están establecidos en el Capítulo Sexto, Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se puede apreciar que existen normas que reconocen y garantizan estos derechos, entre los cuales y los más relevantes son:

### 1.1 El derecho a la inviolabilidad de la vida

Así el Art. 66 expresa: *"Se reconoce y garantizará a las personas:*

1.- El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte".

La vida es el derecho más importante que tienen los seres humanos y se verifica por el hecho de existir y estar vivo; y es la razón de ser para gozar de los demás derechos que se encuentran garantizados por la ley, la Constitución de la República y los tratados y acuerdos internacionales de los cuales el país es parte.

El derecho a la vida es uno de los derechos individuales que deben ser respetados tanto por los particulares como por los gobernantes, siendo el Estado garantista de dicho derecho y los demás derechos individuales; los mismos que a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano por la Asamblea Nacional de 1789 están consagrados en todas las Constituciones de los países del mundo. Asimismo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 3 dice: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*. Este derecho pertenece a los derechos civiles y políticos de mayor importancia del ser humano y que por lo tanto debe ser garantizado por todos los miembros de la sociedad, ya sean personas naturales o los gobiernos que ejercen el poder político en cada uno de los países miembros de la comunidad mundial.

En el Ecuador la vida está garantizada desde su concepción, así lo expresa la segunda parte del primer inciso del Art. 45 de la Constitución y el Art. 61 del Código Civil literalmente dice: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*.



El Código de la Niñez y Adolescencia también protege la vida desde la concepción; por lo que las leyes deben estar acorde con la Carta Fundamental y sus normas prevalecen sobre cualquier otro ordenamiento jurídico.

Dentro del campo ontológico la vida humana es de naturaleza divina, por lo que en cada vida existe un Ser; ante esto el derecho a la vida no surge con las normas jurídicas sino que ha nacido con el hombre desde su creación universal. Ante dicho enunciado el Derecho como ciencia y la justicia, jamás pueden atentar contra este derecho fundamental, consecuentemente la Constitución de la República y las leyes ecuatorianas, sin hacer una reflexión ontológica, protegen la vida y prohíben la pena de muerte.

El Estado fue creado para proteger los derechos de las personas y no para atentar contra ellos, peor aún para destruir la vida como castigo penal. Por ello es importante considerar que nadie puede disponer de la vida de otra persona y peor más aún como pena como consecuencia de la comisión de un delito. Las penas en el Derecho Penal existen y son necesarias para aplicar en contra de los reos, pueden ser de diferentes clases, pero ninguna de ellas será la pena de muerte.

Sin embargo, en la historia republicana del Ecuador, la pena capital estaba profanada en las primeras Constituciones, siendo la de 1897 que en su Art. 14 abolió la pena de muerte, porque siempre se piensa en la protección de este derecho fundamental a que tenemos los seres humanos.

En la historia del mundo ha existido la pena de muerte, en especial para proteger los derechos de las autoridades; y en América las Leyes Incas y las Leyes de Indias, existía la ejecución ante violación de ciertas normas penales.

En la actualidad algunos países, dizque para proteger a la sociedad y resolver problemas sociales y políticos, mantienen la pena de muerte; pero existe un interés progresivo de abolirla según datos de la Amnistía Internacional. No obstante, en 69 países se contempla la pena de ejecución en sus legislaciones, aunque en los países democráticos, a excepción de EEUU y Japón,



La pena capital viola los derechos humanos y se va por encima de toda norma convencional, moral y legal establecida en los diversos acuerdos internacionales. Imagen tomada de <https://es.wikipedia.org>

ya no existe y se respeta el derecho a la vida; pero en los regímenes autoritarios esta pena se aplica con frecuencia sin la observancia del debido proceso y por delitos que no son de sangre, como por ejemplo por robo a bancos, secuestro, tráfico de personas, fraude fiscal grave, violación, utilización ilegal de armas, ataques terroristas, tráfico de drogas, corrupción de funcionarios, entre otros, lo cual marca la pauta que no hay ponderación de derechos, considerando el bien jurídico protegido de cada uno de los delitos antes indicados.

Los métodos aplicados más utilizados, según la Amnistía Internacional en el año 2011 son: la decapitación, el ahorcamiento, la inyección letal y el fusilamiento; aunque para evitar el sufrimiento de los condenados se emplea la silla eléctrica y la cámara de gas, todos éstos son muy crueles y que sin compasión se aplica la pena de muerte, atentando a lo que la Legislación Ecuatoriana y las demás de la mayoría de países, prohíben de manera expresa, en respeto al derecho a la vida de los seres humanos.

La pena capital viola los derechos humanos y se va por encima de toda norma convencional, moral y legal establecida en los diversos acuerdos internacionales; al respecto el tratadista Jorge García manifiesta: la concepción de Derechos Humanos cubre no sólo a aquellos específicamente difundidos en la Constitución, sino también en pactos, convenios y tratados internacionales sobre la materia" (García 2008, p. 104).

2. "El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios".

La dignidad es un valor inherente al ser racional y por eso es un derecho inviolable. La naturaleza humana es la misma en todos los hombres y mujeres, y ante esta igualdad, el Derecho protege a todos los ciudadanos y sin ninguna discriminación por razones de etnia, nacionalidad, edad, género, idioma, religión, ideología, pasado judicial, es decir que este derecho se reconoce a todos los seres humanos por igual.

El ser humano es merecedor de lo que le brinda la

naturaleza y del fruto del desarrollo de los bienes materiales y servicios sociales; de aquí nace el derecho a una vida digna: las personas pueden mejorar sus condiciones de vida en base a sus decisiones y el ejercicio de su libertad. La propia autonomía del individuo permite el *sumak kawsay* dentro de una organización social, sujeta al mérito y a su condición.

De esto se puede deducir, que el ciudadano debe exigir al Estado, lo que se merece por su esfuerzo y su superación individual y social; pero es necesario que prevalezca el principio de equidad y solidaridad tal como lo establece el numeral 6 del Art. 3 de la Constitución: "Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización".

El derecho a la dignidad está recogido en varias fuentes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 3 expresamente dice: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."; la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en el Art. 11, numeral 1: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Este derecho pertenece a la *segunda generación*, según lo que dice la doctrina, y lo constituye en los aspectos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el Estado pasa a ser un Estado social de derecho.

El catedrático Galo Blacio Aguirre en su texto Comentado a la Constitución dice: "Es obligación del Estado proporcionar a todas las personas una vida digna, en la cual podamos tener trabajo, acceso a la salud, a la vivienda, educación, trabajo, etc." (2011, p. 88)



La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Imagen tomada de <http://www.humanlum.org/>

## 2.2.- El derecho a la integridad personal

La palabra integridad se deriva del adjetivo latino "*integer*" que se traduce como intacto, entero y del prefijo "in" que significa no; por lo que etimológicamente sería no tocado. La integridad es la calidad de íntegro: que no carece de ninguna de sus partes; de allí que la Constitución de la República hace un alcance a todo el aspecto holístico de la persona: física, psíquica, moral y sexual; que dentro de un concepto jurídico, la integridad personal se relaciona al derecho a no ser objeto de vulneraciones en todos estos aspectos.

El derecho a la integridad personal está consagrado en el derecho internacional desde 1945 en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Tratado de Ginebra de 1949, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Este último instrumento internacional en el Art. 5 numeral 1 expresamente dice: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

El Estado está obligado a garantizar la integridad de los ciudadanos por mandato constitucional, por lo que se debe legislar con miras a proteger los derechos intrínsecos de las personas. El ser humano por el hecho de ser tal debe ser protegido en: *la salud*, lo que implica a conservar y cuidar su cuerpo desde el punto de vista físico; *el psiquismo*, abarca la conservación de sus funciones y contenidos mentales saludables, es decir su salud mental; *la moral*, que se refiere a su comportamiento, sus creencias y su forma de actuar en el desarrollo de su vida diaria; y *lo sexual*, que es el respeto a la libertad de la sexualidad, sin que nadie le pueda condicionar, sino que es de acuerdo a su voluntad y conocimiento.

Lo físico, lo mental, moral y sexual abarca una protección holística jurídica que merece atención prioritaria por parte de los asambleístas de la Función Legislativa; a tal punto que el proyecto del Código Orgánico Integral Penal debe ser revisado con criterio amplio y definido, a fin de evitar la violación de estos derechos que están garantizados por la Constitución de la República "...El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que sólo atentan a la moral, a los valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos...". (Hassenmer, Winfried, 2011, p. 30). Son criterios de actualidad que deben estudiarse con atención y cuidado, para que todas las normas jurídicas que tipifican y sancionan actos humanos, estén en concordancia con lo que dispone la Carta Magna.

En relación a la violencia se puede afirmar, que por las múltiples acciones del ser humano, no está libre de estar afectado por la violencia en cualquier momento; por tal razón para el Estado es un desafío para prevenirla, sancionarla y erradicarla, especialmente en defensa de los seres más vulnerables de la sociedad como las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, entre otras.

Referente a la tortura y tratos crueles, por las prácticas mundiales atentatorias contra este derecho, es aprobada por Asamblea General de la Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels Inhumanos o Degradantes de 1987; ya que dentro de los procesos penales, con el fin de investigación, se cometía muchas injusticias en contra de los presuntos infractores. De allí que el tratadista César Beccaria

afirma: "Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito...". (Beccaria, 2015, p. 39). Cuando se va a juzgar a un infractor de la ley penal, es necesario que el juzgador actúe con prudencia, conocimiento jurídico y sabiduría, para respetar los derechos del involucrado en el hecho delictivo y que la sanción se la imponga cumpliéndose el debido proceso y el respeto de los derechos y garantías del acusado, lo cual permitirá alcanzar la paz social y de manera especial la credibilidad de la ciudadanía en la administración de justicia en materia penal.

### 2.3. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

En doctrina existe la teoría sobre la igualdad de derecho o formal y la igualdad sustantiva o material o de hecho. La primera protege a las personas sin ninguna distinción, porque todas son iguales ante la ley; y la segunda es la equiparación compensatoria y efectiva por la posición real del ser humano, por las circunstancias que impiden el ejercicio pleno de los derechos y el acceso de las oportunidades implantadas por la política pública o la misma normativa jurídica (mujer, discapacidad, enfermedad, etc.).

...la Carta Magna de 2008, ha adoptado medidas de acción afirmativa a favor de las personas y sectores más vulnerables, como ninguna otra Constitución lo ha realizado; entonces ésta es la igualdad sustantiva o material, que debe ser considerada siempre por el legislador en el momento de dictar las normas jurídicas...

Este planteamiento es complejo en su interpretación, pero real en las constituciones y leyes de varias naciones; el inciso final del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República dice: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". El propósito es eliminar la discriminación contra un grupo social minoritario, para mejorar su calidad de vida y que históricamente ha sufrido injusticias sociales como el caso de los grupos étnicos, campesinos, preferencias sexuales, violencia de género; por lo que se trata de un tratamiento preferencial para aumentar la representación en cualesquier escala, ya sea esta laboral o económica y para favorecer a los más débiles, con la sola intención de que todos tengan igualdad de oportunidades.

Existen varias normas constitucionales y legales en el Ecuador donde se aplica la acción afirmativa, partiendo del principio de igualdad de oportunidades. La paridad de género para desempeñar un cargo público está garantizada en el Art. 61 numeral 7 de la Constitución; o por ejemplo para conformar la Corte Nacional de Justicia el Art. 173 del Código Orgánico de la Función Judicial dice que se promoverá, a través de la acción afirmativa, la paridad entre hombres y mujeres; a tal punto que en los concurso de méritos y oposición, se da un trato preferencial a las mujeres en su calificación; y esto está recogido también en el Art. 65 inciso segundo de la Carta Constitucional al afirmar: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados".



Como se puede apreciar la Carta Magna de 2008, ha adoptado medidas de acción afirmativa a favor de las personas y sectores más vulnerables, como ninguna otra Constitución lo ha realizado; entonces ésta es la igualdad sustantiva o material, que debe ser considerada siempre por el legislador en el momento de dictar las normas jurídicas, que son las que regulan el convivir diarios de los ciudadanas y ciudadanos que forman parte de nuestra querida Patria.

Por lo anteriormente analizado es necesario citar lo que dice el tratadista Robert Alexy "Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales, desde todos los puntos de vista. Por otra parte, si ha de tener algún contenido, no puede permitir todas las diferenciaciones y todas las distinciones. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una vía intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: -Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual (Robert, 1993). Esta última frase es muy compleja y por ello es necesario hacer un estudio científico jurídico para darle una interpretación adecuada que vaya siempre en beneficio de la construcción de una nueva sociedad.

**El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás**

La personalidad es la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, así lo definen muchos tratadistas; pero dentro de la Psicología, es el conjunto de rasgos de caracteres y temperamentos distintivos de un individuo. Pues la personalidad contiene el carácter y el temperamento: el uno constituido y el otro genético.

No obstante, existe otras apreciaciones más profundas, veamos: "el Ser humano nace con la esencia, mas no nace con la personalidad, esta última es necesaria crearla". (Samael, 1970, p. 65). Además añade: "Personalidad y esencia deben desarrollarse en forma armoniosa y equilibrada".

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como manifiesta la Norma de Normas, está limitado al derecho de los demás; en tal sentido, debemos adquirir una personalidad armoniosa y equilibrada como sostiene el mencionado pensador, para que no sea dañosa ni cause perjuicio a la sociedad, sino más bien que constituya un aporte para el crecimiento de la sociedad, con ciudadanos mas justos, mas humanos.

De pensar que la personalidad sea algo aislado del individuo y que cada quien adquiera una diferente; pero es

el Estado, a través de la educación, que debe propender a desarrollar la personalidad en los estudiantes, fuera de la obligación que tengan los padres y el interés personal. Por lo dicho la personalidad se la aprende con el ejemplo y las sabias enseñanzas, pues se la desarrolla de 0 a 7 años según la psicología oficial; y el Art. 55 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia hace referencia al desarrollo integral de la personalidad.

En la Conferencia dada por Humberto Benavides López concluye en esto: Está probado que: "el fin último de la educación es lograr o promover el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad del educando". Es por esto que el maestro, llámese docente profesor facilitador, o cualquier otra denominación, es el que tiene una responsabilidad directa en la formación de la personalidad de los educandos, es decir que la educación debe ser integral, ya que solo ésta, permitirá alcanzar hombres y mujeres con pensamiento crítico, analítico y de manera especial con gran capacidad de comprender los problemas de la sociedad y la búsqueda de los mecanismos técnicos o científicos que permitan su solución. El profesor es entonces, el que abre el camino, para que los educandos encuentren la luz que ilumine el pensamiento, para alcanzar el buen vivir de todos los ciudadanos de la humanidad. Así el tratadista Juan Montaña al referirse al buen vivir manifiesta: "...en el Ecuador posterior al 20 de octubre de 2008, la formulación, ejecución y evolución de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente al eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un derecho constitucional hay la obligación de cambiar o reformular la política pública incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los afectados" (2011, p. 33).

Los derechos de libertad también incluyen:

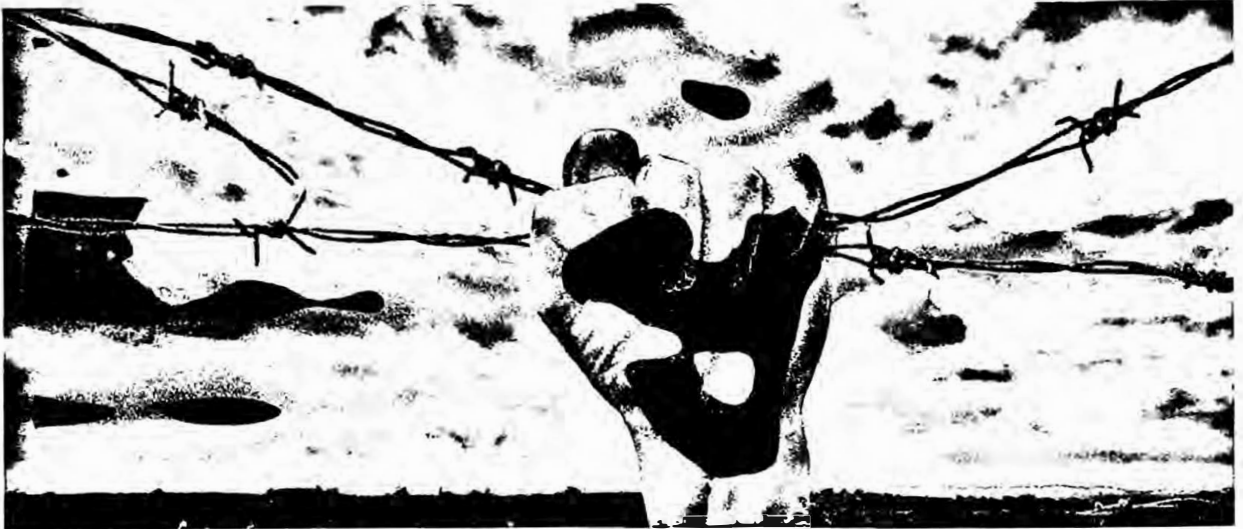
**a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Nacer significa salir del vientre de la madre fruto de la fecundación y en ese preciso instante el recién nacido es libre, por mandato constitucional y es especial por ser connatural; lo que significa que no es esclavo, no está sometido y no será explotado, si no será libre en toda su dimensión como ser humano.



La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Ilustración <http://www.freeplk.es/>



La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Ilustración <http://www.freeplk.es/>

El nacimiento da origen a la persona sujeta de derecho, por lo que estará inmersa en el ordenamiento jurídico de cada Estado; y si el nacimiento se da donde la ley tiene un régimen democrático, libre e independiente, de hecho el recién nacido tendrá todos esos privilegios legales.

El momento de nacimiento, a través de la historia, ha generado dos teorías: la Viabilidad y la Vitalidad. La primera defendía que para ser persona se debía nacer viva, con figura humana y vivir más de 24 horas; y la segunda sostiene que sólo se necesita nacer viva. Esta última se fundamenta en el Art. 60 del Código Civil que literalmente expresa: "el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre"; y Art. 41 ibidem: "son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición...".

A la persona se la puede definir así: individuo de la especie humana sujeto de derecho, susceptible de tener derechos y deberes jurídicos; por lo que la persona existe jurídicamente con el nacimiento, y el que está por nacer no alcanzado tal calidad. Es importante indicar que considerando que los derechos del ser humano se encuentran garantizados por la Carta Magna, razón por la cual el ser humano, es considerado con tal desde su concepción y consecuentemente serán respetados sus derechos por todos los miembros de la sociedad.

La vida comienza con la concepción y la existencia con el nacimiento. La concepción genera ciertos derechos como el derecho a la vida, pero la existencia origina todos los derechos constituidos en las normas jurídicas internas y externas; verbigracia, un feto no puede tener un documento oficial de identidad, pero si el derecho a la herencia como mera expectativa.

**b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas.**

El vocablo esclavo viene de latín *sclavus*, que significa

persona que está bajo el dominio de otra; de aquí se deriva la palabra **esclavitud**, que como institución jurídica es una situación donde un ser humano es propiedad de otro.

El Código de Hammurabi, creado en el año 1760 A.C. es uno de los primeros documentos que imponen la esclavitud y el primer país moderno que la abolió es Portugal en 1761.

En el Imperios antiguos de América no hubo esclavos en el sentido pleno de la palabra, mas vino aparecer con la llegada de los blancos provenientes de la Península Ibérica. En nuestro territorio se dictó una disposición por el Cabildo de Quito, vigente desde el 27 de marzo de 1535: "El esclavo que fugara, fuera mutilado, en la primera vez, y sufriera pena de muerte en caso de reincidencia". José María Urbina compró la libertad de los esclavos con el arancel de la pólvora el 25 de julio de 1851, con la que terminaría la esclavitud, se extendería en el tiempo; desgraciadamente se perdería pasando por el servilismo sometido por los terratenientes.

Ante tanta miseria humana, surge el pensamiento vivo de Juan Montalvo, que en la revista "El Regenerador" expresa: "La libertad natural la tenemos del Altísimo, la personal de la naturaleza, la política de la sociedad humana". (Montalvo, 2002, p. 111); pero no era así en su época y por eso su aspiración era salir de la servidumbre, el sometimiento y la tiranía, y proclamar la libertad.

La Revolución Francesa de 1789 donde se propugnaban los ideales de Libertad, Igualdad y Fraternalidad, corrieron como un fantasma por todos los países del mundo, pero únicamente como pensamiento revolucionario; concretándose en un proceso de lucha sangrienta y de sacrificio. Por ejemplo con el "Acta para la Abolición del Comercio de Esclavos" promulgada el 25 de marzo de 1807 por el Parlamento del Reino Unido, no terminó con la esclavitud de los pueblos y colonias inglesas.

El Art. 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

La **servidumbre** es una derivación próxima de la esclavitud, porque es otra máscara del despotismo de otra época histórica: el feudalismo. Es la condición o el estado de siervo: esclavo de un señor. Siervo viene del vocablo latino *servus*, y la servidumbre es el trabajo propio del siervo, donde el noble suministraba vivienda, cosechas y prendas a cambio de su fuerza productiva. No tenía el derecho a la propiedad, su condición era hereditaria y no podía abandonar la tierra sin autorización del señor feudal.

Nadie podrá ser sometido a la servidumbre, significa que los empresarios deben pagar un salario digno a sus trabajadores, por lo que la norma constitucional nos ilustra en el Art. 328 al decir: "La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia...". Lo justo se refiere a lo que disponga la ley y lo digno es que el salario cubra la canasta básica.

El lenguaje es vivo, la palabra esclavo se trastocó con la de siervo y la de esta a trabajador; pero en cualquiera de estas formas lingüísticas sigue siendo subordinado a otra persona. Por lo que es menester que las relaciones laborales no se estanquen y sigan evolucionando, en busca de la justicia laboral; será más aceptable el vocablo "productor" o el término "productor vital" que otra denominación anterior.

La **explotación** se deriva del verbo *explotar* y este del francés *exploiter*, que se traduce como sacar provecho de algo. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al verbo *explotar* lo define así: "Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o una circunstancia cualesquiera".

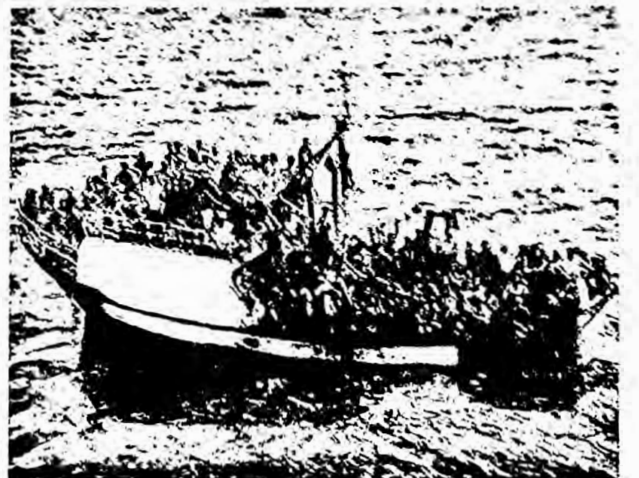
La explotación humana es una imposición aceptada por la costumbre o incluso legitimada, donde una persona por su condición social tiene dominio sobre otra. Existen varias formas de explotación así:

**Explotación laboral**, se la define como recibir una cantidad inferior al trabajo realizado, quedándose el capitalista con lo que llamó Carl Marx *plusvalía*; aunque esto va más allá, ya que algunas personas son sometidas a trabajos forzados y no reciben nada a cambio de su fuerza laboral.

**Explotación sexual**, que es la utilización de personas para que ejerzan la prostitución, manteniendo una gran ganancia económica; para lo cual se utiliza muchas veces el engaño, la violencia y la intimidación, especialmente aprovechando de la vulnerabilidad de la persona prostituida; por ejemplo, las migrantes, las adolescentes, las desempleadas, etc.

**Veamos ahora el tráfico y la trata de personas**, que es un delito de lesa humanidad que viola los derechos humanos y para proteger las Naciones Unidas creo el Protocolo de Trata de Personas que entró en vigencia el 25 de diciembre del 2003 y en el Ecuador se tipificó en el Código penal el 23 de junio del 2005.

El tráfico ilícito es cuando las personas admiten o consienten ser llevadas a otro país, pero en condiciones peligrosas y degradantes; este delito termina con la llegada de los migrantes a su destino cruzando fronteras sin documentos





y evadiendo los requisitos de ley. Se caracteriza por ser transnacional, ejercido por grupos del crimen organizado, pequeños grupos o individuales, que afecta principalmente hombres. Es un delito contra el Estado, porque atenta contra los intereses de una nación. El literal a) del Art. 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, define a este delito así: "por 'tráfico ilícito de migrantes' se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material...".

Por lo expuesto se concluye, que los derechos de libertad son connaturales del ser humano, razón por la cual todas las legislaciones del mundo deben reconocerlos y de manera especial respetarlos, con la finalidad de alcanzar que todos los miembros del conglomerado social tengan conciencia, que los derechos de cada individuo se terminan cuando comienza el de otro; por eso me atrevo a decir: "el ser humano que hace respetar sus derechos, venciendo incluso las imposiciones, es virtuoso y por ende va por el camino a la perfección".

La trata es, que las personas no han consentido sino que se utiliza el engaño, la coacción y el abuso de los traficantes; teniendo como fin la explotación que genera ganancias ilegales. Se caracteriza por ser nacional o internacional, ejercida por individuos u organizaciones de explotadores. Atenta contra la dignidad y los derechos de la persona, por lo que es un delito contra el individuo. Las víctimas de este delito, fundamentalmente son mujeres menores de edad y en menor grado hombres. El literal a) del Art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define a este delito así: "por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como 45 mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...".

Las dos formas atentan contra los derechos humanos y que los países organizados procuran controlar estas infracciones penales que afectan tanto a los Estados como a las personas individualmente, para ello la OEA, y la ONU, son las organizaciones internacionales con facultades para dictar las normas que permitan garantizar de manera eficaz el respeto de los derechos que han sido elevados a la categoría de constitucionales.

Los dos Protocolos antes mencionados, son complementos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional creada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Art. 6 numeral 1 textualmente expresa: "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, en tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".



### Bibliografía

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III

Vila Casado, I. (2012). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Constitución del Ecuador. (2008).

Blacio Aguirre, G. *Sobre la posición de los derechos en el Ecuador*.

Robert, A. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Montaña, J. (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.

Montalvo, J. (2002). *El regenerador*. Quito.

Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, United Nations. Recuperada en Junio 15, 2009, del sitio Web temoa : Portal de Recursos Educativos Abiertos (REA) en <http://www.temoa.info/es/node/19618>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. (2014).

# EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Dr. José García Falconi

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo, Asesor Jurídico de la Procuraduría General del Estado. Ministro Juez de la Tercera Sala de la Corte Superior. Ministro Juez de la Segunda Sala Especializada de lo penal de la Corte superior de Justicia de Quito. Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil y Mercantil. Vocal del Tribunal Constitucional. Asesor Jurídico de la Fiscalía General del Estado desde noviembre de 2007 hasta la presente fecha. OBRAS PUBLICADAS: CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA DICTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN MATERIA CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD (DOS TOMOS). NUESTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES (DOS TOMOS). NUEVAS ACCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO. RECONOCIMIENTO. Declarado el mejor jurista del país por la Casa de la Cultura Ecuatoriana sede en Manabí Eloy Alfaro Delgado.*

## RESUMEN

Hay que señalar, que el ser humano es ante todo portador de una serie de derechos, que en todo momento puede hacerlo valer frente al poder. De los 444 artículos que tiene la Constitución de la República, 74 se refieren a derechos, especialmente se encuentran en los Arts. 12 al 82, pero también tenemos deberes y responsabilidades que están señalados en el Art. 83. Hay que insistir, que los derechos fundamentales, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, o sea los seres humanos poseemos derechos fundamentales por tener dignidad o calidad de persona humana, y entre estos derechos fundamentales, tenemos el de petición, que se debe respetarlo y garantizarlo en el momento histórico que está viviendo nuestro país, pues solo de esta manera estaremos construyendo el Estado constitucional de derechos y justicia, social, que señala el Art. 1 de la Constitución de la República.

**PALABRAS CLAVE:** *Constitución, derechos constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos absolutos, derechos humanos relativos, derechos de libertad, tratados internacionales sobre derechos humanos, derecho de petición, la motivación, el silencio administrativo.*

## ABSTRACT

It should be noted that the human being is above all carrying a series of rights , which at all times can enforce it to power. Of the 444 articles that have the Constitution of the Republic , 74 refer to rights, especially found in Arts. 12 to 82, but we also have duties and responsibilities are outlined in Art. 83. We underline that fundamental rights are the most direct expression of human dignity , or human beings have fundamental rights have dignity or quality human person , and between these fundamental rights , we have the request , which must be respected and ensured in the historic moment we are living our country, because only in this way we will be building the constitutional State of rights and justice , social, that says Art. 1 of the Constitution of the Republic .

**KEYWORDS:** *Constitution, constitutional rights , fundamental rights, absolute human rights, related human rights , freedom rights , international treaties on human rights , right to petition , motivation, administrative silence.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 12  
APROBADO: 2015 - 05 - 29

El derecho constitucional de petición, es un derecho ciudadano y fundamental, cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente del servicio a la comunidad y a la promoción de la prosperidad general.

## 1. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

El Título II, de la Constitución de la República, trata sobre los **derechos**, y el Capítulo Sexto, sobre los **derechos de libertad**.

El Art. 11 número 3, *ibídem*, señala:

"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".

El Art. 66, de la Constitución de la República, en el No. 23, dispone: "Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo".

## 2. BREVE COMENTARIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN A LOS DERECHOS

El Preámbulo de la Constitución de la República, señala los fines del Estado ecuatoriano y, el aseguramiento de la convivencia de sus integrantes dentro del marco jurídico que garantice un orden social justo; y considera como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros a: la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la democracia, el trabajo, el progreso, la solidaridad, la equidad y la paz social<sup>1</sup>.

Recuerdo, que la Constitución de la República, no comienza en el Art. 1, sino en el Preámbulo, que es el que da sentido a los preceptos constitucionales, y señala al Estado ecuatoriano las metas hacia las cuales debe orientar su acción, el rumbo de las instituciones políticas y jurídicas; de tal modo, que el Preámbulo no es ornamental, sino un instrumento de estructura ideológica, pues contiene las aspiraciones del pueblo ecuatoriano sobre su querer ser y su deber ser .

Hay que señalar, que el ser humano es ante todo portador de una serie de derechos, que en todo momento puede hacerlo valer frente al poder. De los 444 artículos que tiene la Constitución de la República, 74 se refieren a derechos, especialmente se encuentran en los Arts. 12 al 82, pero también tenemos deberes y responsabilidades que están señalados en el Art. 83.

Hay que insistir, que los derechos fundamentales, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, o sea los seres humanos poseemos derechos fundamentales por tener dignidad o calidad de persona humana, y entre estos derechos fundamentales, tenemos el de petición, que se debe respetarlo y garantizarlo en el momento histórico que está viviendo nuestro país, pues solo de esta manera estaremos construyendo el Estado constitucional de derechos y justicia, social, que señala el Art. 1 de la Constitución de la República.

<sup>1</sup> El Preámbulo, dice en su parte final: "Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades (...)"



### 3. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Es la rama del derecho, que estudia los aspectos sobresalientes de la organización del Estado, sus autoridades y funciones, los principios fundamentales de su acción y control, con respecto a personas y grupos que habitan en su territorio y hacia el exterior, dentro de un marco jurídico de libertades y derechos a ellos reconocidos.

En el derecho constitucional, se conjuga la realidad política y jurídica del Estado ecuatoriano; su objetivo es garantizar la convivencia democrática y consolidar un Estado constitucional de derechos, justicia, social; por ello la parte dogmática de la Constitución de la República no ha sido pensada con la finalidad solamente de organizar el poder, sino otra más valiosa: tutelar a la persona humana frente al Estado.

#### 3.1. ¿QUÉ SON DERECHOS CONSTITUCIONALES?

El tratadista Luis María Díez-Picazo Giménez, dice:

“Los derechos constitucionales son aquellos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda, y que están especialmente vinculados a la dignidad humana”, es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de garantías, como el de petición<sup>3</sup>.

#### 3.2. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS?

El tratadista Antonio Pérez Luño<sup>4</sup>, considera que los derechos son un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

De este modo, los derechos hacen referencia integral a todos los aspectos de la vida humana, entendida en las condiciones históricas, sociales, políticas, económicas y culturales, en que se desenvuelve cada sociedad.

#### 3.3. ¿QUÉ SON DERECHOS FUNDAMENTALES?

Son todos aquellos derechos subjetivos, que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanas/os o personas con capacidad de obrar. Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva [de prestaciones] o negativa [de no sufrir lesiones] adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por estatus la condición del sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

De lo anotado se desprende, que los derechos fundamentales, son la expresión más inmediata de la libertad humana, o sea los seres humanos poseen derechos fundamentales, por tener la dignidad o calidad de persona humana, así el Estado se limita a reconocer los derechos fundamentales, pues son derechos naturales al hombre<sup>5</sup>.

#### 3.4. ¿CLASES DE DERECHOS HUMANOS?

Existen dos clases de derechos humanos: absolutos y relativos. Esta gradación de los derechos humanos está reconocida en varias declaraciones y convenciones internacionales, así por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que permite que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, los Estados pueden suspender el reconocimiento de algunos de los derechos humanos<sup>6</sup>.

El Art. 11.3 de la Constitución de la República en cambio señala en el No. 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

El Art. 84 de la Constitución de la República establece la garantía normativa, al señalar:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que son necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

#### 3.5. ¿QUÉ SON DERECHOS HUMANOS ABSOLUTOS?

Son aquellos que no pueden ser violentados bajo ninguna circunstancia, sin que el órgano judicial inmediatamente entre en acción, a fin de imponer sanciones a los responsables; ejemplo: el derecho a la vida, pero a una vida digna, a la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Art. 66 Nos. 1, 2 y 3 CRE).

#### 3.6. ¿QUÉ SON DERECHOS HUMANOS RELATIVOS?

En esta clase de derechos existen ciertas circunstancias determinadas en la ley, que señala que pueden sacrificarse, reducirse o limitarse a estos derechos sin incriminación de una sanción civil o penal, ejemplo el derecho a la propiedad,

3 Sistema de Derechos Fundamentales, Cuestiones Constitucionales No. 18. 2008. México DF.

4 Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos 2007. Madrid España

5 Derechos Fundamentales, pág. 183. Curso de Derecho Constitucional. Javier Pérez Royo. Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires. 2010.

6 Documentos Básicos de Derechos Humanos. Dr. Julio Prado Vallejo. Editorial Mendileta. Quito Ecuador. 1992, pág. 305

el derecho a la libre empresa, el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria (Art. 66 Nos..... CRE), el derecho a transitar, y desarrollar actividades económicas, etc.; pues la parte final del Art. 11.8 de la Constitución de la República señala en su parte pertinente: "(...) Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

### 3.7. LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Estos derechos como he manifestado en líneas anteriores, están señalados en el Art. 66, de la Constitución de la República, por tal se les consideran: inviolables, inalienables, inherentes, fundamentales o esenciales a su vida, a su integridad física y moral y a su libertad; por esta razón, los tratadistas lo califican de , para significar que ningún ser humano puede ser despojado de ellos sin desvirtuar su naturaleza y esencia, de tal modo que la vigilancia por el cuerpo social, equivale a violar la libertad y dignidad del ser humano y de la sociedad, pues la persona humana como miembro del Estado es ciudadano o ciudadana.

## 4. TRATADOS INTERNACIONALES QUE SE REFIEREN AL DERECHO DE PETICIÓN

Puedo citar los siguientes:

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>7</sup>, recoge el derecho de petición, en los Arts. 18 al 21, al tratar sobre el derecho a participar en los asuntos públicos;

b) El Art. 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos vigente en el país, publicada en el Registro Oficial No. 801 de 06 de agosto de 1984, señala que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular y, de obtener pronta resolución; y,

c) La Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos de América, que tiene siete artículos y veinte y siete Enmiendas, dispone una de ellas, que el Congreso de ese país no hará ley alguna que coarte a los ciudadanos para pedir al gobierno la reparación de agravios; además la primera parte de dicha Constitución, señala:

"Nosotros el pueblo de los Estados Unidos, con el Fin de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la Tranquilidad nacional, atender a la defensa común, fomentar el Bienestar general y asegurar los Beneficios de la Libertad para nosotros mismos y para nuestra Posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América"<sup>8</sup>.

#### 4.1. ¿QUÉ ES EL DERECHO INTERNACIONAL?

El Dr. Gustavo Jalkh, señala: "El derecho internacional es una rama muy extensa y compleja del derecho, sus

normas son frecuente objeto de reflexión por su especificidad y particularmente por su coercibilidad. Lo cual ha incluso planteado la pregunta de si el Derecho Internacional realmente existe".

Añade: "Las normas de derecho internacional público, son diversas, los tratados internacionales constituyen las reglas de juego entre los estados, estos están regulados por sus propias normas y principios (...)".

#### 4.2. ¿QUÉ ES UN TRATADO?

El Art. 2.1.a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

El Dr. Gustavo Jalkh, en un artículo publicado por el Tribunal Constitucional, denominado Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Quito-Ecuador, noviembre 1999, página 120, señala: "Tratado.- Es todo acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos, regulados por el derecho internacional"

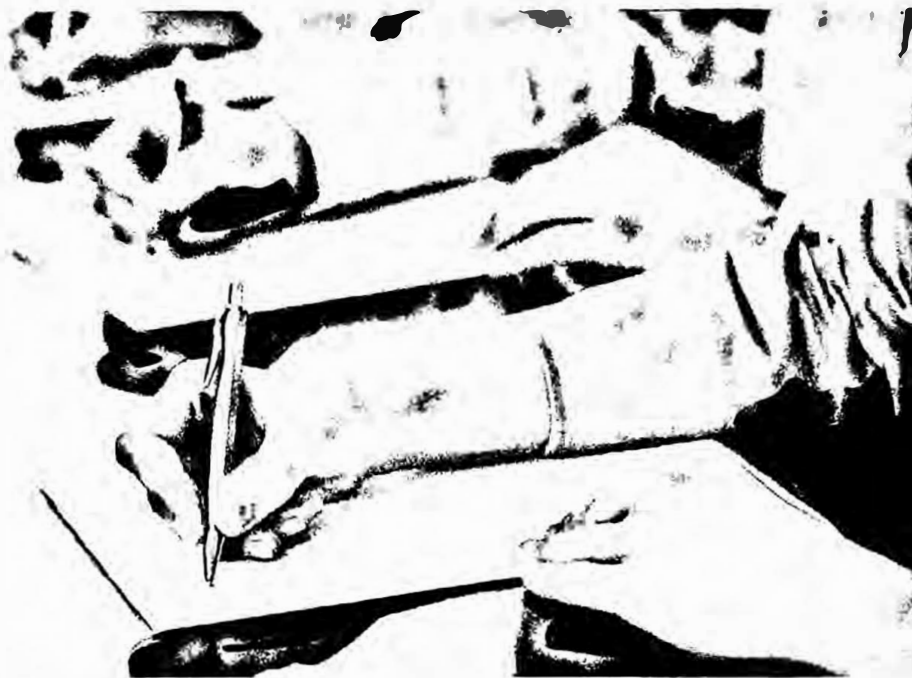
#### 4.3. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Jurídico Ecuatoriano, publicado en el año 2002, señala:

"El conjunto de instrumentos y codificaciones sobre derechos humanos de carácter internacional es muy amplio y

<sup>7</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, constituye el gran monumento de protección de los derechos humanos, es el instrumento internacional relativo a los derechos que más adhesión a recibido y también esta declaración ha servido como punto de referencia a la crítica política y moral; de tal modo que hoy constituye un auténtico criterio para medir la legitimidad de los gobiernos y de sus actuaciones respecto a sus derechos.

<sup>8</sup> Documentos Básicos de Derechos Humanos. Julio Prado Vallejo. Bill of Rights de la Constitución de USA, de 15 de diciembre de 1791, pág. 306



complejo. Como instrumentos de protección de los derechos humanos consta en los tratados, convenciones, pactos, declaraciones, normas mínimas, etc. Estableciéndose categorías de instrumentos de acuerdo al alcance geográfico (universal, internacional o regional), a nivel de obligatoriedad en la cobertura en términos de derecho, a su carácter global o específico<sup>9</sup>.

#### 4.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS MULTILATERALES

El Dr. Gustavo Jalkh, en la página 123 en la obra antes mencionada, señala que la clasificación de los tratados internacionales: "Va a servir para apreciar la importancia que estos tienen frente al derecho nacional, la clasificación de los tratados internacionales, se ha hecho de acuerdo a varios criterios (...)".

Termina señalando:

"Los tratados multilaterales también los podemos clasificar:

**Generales:** Como los tratados multilaterales generales a vocación universal que están creando normas jurídicas internacionales.

**Regionales:** Son tratados entre varios estados con una región que a veces constituyen el proceso necesario para llegar a una integración comunitaria, pero cuyas normas regulan un aspecto geográfico concreto.

**Restringidos:** Son los que van creando normas específicas para un cierto número de Estados".

#### 4.5. CATEGORÍAS DE INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

El mismo Manual de Aplicación, señala que se definen tres categorías de instrumentos de derechos humanos, que son:

- a) Aquellos que corresponden a las declaraciones más generales;
- b) Los tratados de orden general; y,
- c) Las declaraciones y tratados referentes a derechos específicos y/o regionales.

Aclara, que los instrumentos de referencia a nivel universal y regional para las Américas, son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos Humanos, suscritas en 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

El Dr. Gustavo Jalkh, en la pág. 129, de la obra citada, señala:

"La Convención de Viena establece que las normas de derecho internacional tienen supremacía sobre las normas de derecho nacional, eso lo establece también la jurisprudencia internacional ratificando el principio *Pacta Sunt Servanda* que dice que los estados no pueden invocar norma de derecho interno como justificativo del incumplimiento de un instrumento internacional por el cual se haya obligado".

<sup>9</sup> Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico ecuatoriano. Universidad de Guayaquil. Guayaquil Ecuador 2002, pág.....

## 5. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición es uno de los derechos fundamentales, cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente del servicio a la comunidad y a la promoción de la prosperidad general.

Es la garantía de los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Constitución de la República, y fundamentalmente la participación de todos los ciudadanos, en las decisiones que nos afectan; así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas, pues sólo de este modo se va hacer realidad el proceso de cambio en el país, y la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia, social, que señala el Art. 1 de nuestra Constitución.

### 5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE PETICIÓN

En el siglo XVIII, cuando reinaba el absolutismo en Europa, la presentación de peticiones, era considerado en muchos casos, como una injerencia ilícita de los súbditos en la jurisdicción de las autoridades públicas, más aún se consideraba como una especie de rebelión; hoy en cambio las Constituciones de casi todos los países del mundo, contemplan este derecho, señala la doctrina.

De tal manera, que el derecho de petición, es uno de los más antiguos y clásicos, consagrados y reconocidos por los Estados en pro de los ciudadanos y, este derecho estaba garantizado en las anteriores Constituciones de nuestro país, aun cuando hay que señalar no en la forma que está regulada actualmente en el Art. 66 número 23<sup>10</sup>.

### 5.2. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN?

Es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir a cualquier autoridad, a fin de elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta resolución por parte del destinatario, pero según señala nuestra Constitución de la República, en ningún caso la petición se la puede presentar en nombre del pueblo, pero si se la puede hacer en forma individual y/o colectiva (Art. 10 de la Constitución de la República), ya sea por motivos de interés general o ya de interés particular y, además el obtener una pronta resolución, luego de haberse dado el trámite correspondiente, y como señalo en líneas posteriores, la respuesta debe ser debidamente motivada.

De tal manera que el derecho de petición, está constitucionalmente reconocido y garantizado a toda persona en forma individual y también en forma colectiva, para formular solicitudes respetuosas ante las autoridades, y a recibir atención o respuestas motivadas, pues de esta manera se garantiza la participación ciudadana y el control social.

El tratadista Javier Pérez Royo, señala: "El derecho de petición es por el contrario, un derecho ciudadano, es decir, un derecho que solamente puede ser ejercido en un sistema político que descansa en la igualdad (...)".

### 5.3. NATURALEZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN

Es un derecho fundamental, de origen constitucional, que posibilita el acceso de las personas a las autoridades públicas, y obligan a éstas, a responder motivadamente a lo requerido por el o la solicitante o las o los solicitantes.

La Corte Constitucional de Colombia, dice al respecto:

"Se trata de uno de los derechos fundamentales, cuya efectividad resulta indispensable, para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y, la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas".

### 5.4. FIN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN

El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, pero hay que señalar, que si bien la Constitución de la República garantiza este derecho, no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración, que son dos cosas completamente diferentes, debiendo anotar que el derecho de petición, de ninguna manera es una prerrogativa que implica una decisión favorable de la administración, de tal modo que no debe entenderse conculcado este derecho, cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa; pero se vulnera el derecho de petición, si la respuesta es tardía o no hay respuesta, lo cual incluso puede implicar responsabilidades.

En resumen, puedo señalar, que el derecho de petición, es una garantía constitucional, de clara estirpe democrática, que permite al ciudadano como titular de la soberanía, tener acceso directo a quienes administren los asuntos públicos, y la obligación de estos, de considerar las peticiones y de resolverlas oportunamente en forma clara y motivada.

### 5.5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN

Se dice en doctrina, que es uno de los derechos subjetivos del derecho público, es decir que tiene relación directa con los intereses y razones de la persona frente al Estado, y de las necesidades emanadas de la inevitable

10 Manual del Práctica Procesal Constitucional. El Juicio Especial por la Acción de Hábeas Data y los Derechos Constitucionales, tomo I, Pág. 188. José García Falconí. Primer Tomo. Ediciones Rodin. Año 2000.

11 Curso de Derecho Constitucional. Editorial Marcial Pons. 2010. Madrid-Barcelona-Buenos Aires.



relación que se estructura en toda persona, por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia derechos (Art. 66) y obligaciones (Art. 83); de este modo el derecho de petición, es un verdadero derecho político, y al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona en forma individual y/o colectiva, para concurrir ante cualquier autoridad, solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

La doctrina señala en resumen, que este derecho, tiene las siguientes características:

1. Es un derecho fundamental;
2. La efectividad del derecho de petición es esencial para el logro de los fines del Estado constitucional de derechos y justicia social;
3. Se debe dar pronta resolución a las peticiones; y,
4. Es una obligación irrecusable del Estado, y por tal corresponde al Asambleista Nacional, fijar los términos para que las autoridades respondan en forma oportuna, aun cuando la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, señala el término de 15 días para contestar la petición<sup>12</sup>.

## 5.6. ¿QUÉ COMPRENDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN?

El tratadista colombiano Jairo Enrique Bulla Romero, señala que: "Los derechos de petición pueden o deben tener un interés, una finalidad, un propósito o beneficio personal, particular o general, público o colectivo (...)"<sup>13</sup>.

La doctrina señala, que este derecho tiene dos destinatarios, que son:

1. La autoridad; y,
2. Excepcionalmente las organizaciones privadas.

Hay que recordar, que el núcleo del derecho constitucional de petición, es la pronta resolución de la solicitud y no la simple formulación de la petición, pues éste derecho persigue: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, debido a que es un **derecho político**, ya que garantiza a la persona o al grupo de personas, el **derecho de participación**, con el fin de controlar en forma directa o indirecta, las decisiones que profiera la administración, pues solo así se permite mantener canales adecuados de comunicación entre gobernantes y gobernados, que es la única manera de consolidar a la sociedad en más justa y democrática.

## 5.7. ¿CÓMO DEBE PRESENTARSE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN?

La Constitución de la República, no establece un sistema

específico de acceso a las autoridades públicas para el ejercicio del derecho de petición, aun cuando se contempla en el Art. 91, la acción de acceso a la información pública, el mismo que se encuentra regulado en los Arts. 47 y 48 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, o sea que se puede hacer por escrito o en forma verbal, y si es verbal se lo debe transcribir, pues lo importante es que el medio de acceso sea atendible y claro por el funcionario, obviamente que el más usado es el escrito.

La Ley de Acceso a la Información Pública se encuentra vigente en el país desde el 2004, y su Reglamento desde el año 2005.

En nuestro ordenamiento jurídico, las demandas por violaciones constitucionales, pueden ser presentadas en forma verbal en la lengua materna del accionante, conforme lo señala la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, más aún no hace falta en la petición, la firma de un abogado en libre ejercicio profesional y, esto hoy también es aplicable a las demandas de alimentos para niños, niñas y adolescentes, entre otras acciones.

La Corte Constitucional de Colombia, en varias de sus sentencias, ha manifestado, que la petición debe ser respetuosa, de tal modo que si hay irrespeto en la petición, hay eximente de la obligación de responder, recordando que ésta es una exigencia que expresamente consta en el Art. 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

## 5.8. ¿A QUIÉN SE DEBE DIRIGIR LA PETICIÓN?

Este derecho constitucional de petición, recalco, faculta a la ciudadana/o, dirigirse a las autoridades de las Funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, de Transparencia y Control Social y, por excepción a cualquier organización privada; obviamente si la autoridad ante quien se pide la petición, no es la competente, debe informar esta circunstancia en el acto al interesado.

Recordemos, que el Art. 225 de la Constitución de la República, trata sobre el sector público, mencionando los organismos y dependencias del mismo. El Art. 226 *ibidem* señala expresamente:

"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución", esto es el principio de legalidad.

Igualmente el Art. 227, señala: "La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige

<sup>12</sup> Los Nuevos Paradigmas en materia Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, Tomo II, págs. 38 y 60. Ediciones Rodín Quito-Ecuador. 2011.  
<sup>13</sup> Derecho de Petición, autor Jairo Enrique Bulla Romero, editorial Nueva Jurídica, Bogotá, Col 2007

por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

El Dr. Jairo Enrique Bulla Romero, en su obra señala: “Se tiene derecho a presentar peticiones, solicitudes, quejas, reclamos, denuncias, a pedir copias, a ser atendido, oído o escuchado en audiencia. Se tiene derecho a solicitar informaciones, a pedir copias de actos oficiales o de las autoridades administrativas”<sup>14</sup>.

### 5.9. CONTENIDO DE LA PETICIÓN

En mi trabajo sobre la Acción Constitucional de Hábeas Data, señalo que es conveniente, que la petición deba contener lo siguiente:

1. Designación de la autoridad a la cual se dirige;
2. Los nombres y apellidos completos del solicitante o del grupo de solicitantes, con su respectivo representante o apoderado si es del caso, con indicación del documento de la cédula de ciudadanía, de votación, en ciertas peticiones inclusive del RUC y de la dirección domiciliaria, casillero judicial o correo electrónico;
3. El objeto de la petición;
4. Las razones en las que se apoya;
5. La relación de documentos que se acompañan; y,
6. La firma del peticionario cuando fuere del caso.

### 5.10. ¿CÓMO DEBE SER LA RESPUESTA A LA PETICIÓN PRESENTADA?

La doctrina señala que son tres las exigencias principales que integran esta obligación, que son:

1. La manifestación de la administración pública, debe ser relacionada y adecuada a la solicitud planteada, esto es debe existir correspondencia e integridad;
2. La respuesta debe ser efectiva, para la solución del caso que se plantea, esto es el funcionario público debe motivar su resolución, debiendo recalcar que la motivación es una obligación constitucional que se encuentra señalada expresamente en el Art. 76 número 7, letra l) de la Constitución de la República, y legal conforme dispone el Art. 130 No. 4, del Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo análisis lo hago en líneas posteriores; y,
3. La respuesta debe ser oportuna, pues de nada sirve cuando ésta es tardía, ya que el factor tiempo es un elemento esencial para la efectividad de los derechos y garantías constitucionales de las personas, así lo señala el Art. 75 de la Constitución de la República al tratar de la tutela efectiva, imparcial y expedita, el Art. 23 del Código Orgánico

de la Función Judicial y, la Ley de Modernización del Estado, en su artículo 28, conforme señalo en líneas anteriores, y el Art. 33 ibídem, establecen las sanciones para el funcionario que no actúa de la manera como señala la ley, esto es con la destitución del cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, además la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, establece las sanciones por negativa de información o falta de colaboración, estableciendo responsabilidades civiles y penales por tal hecho.

El Dr. Jairo Enrique Bulla Romero, señala con razón, que para que este derecho no quede en el vacío o sea inane, está la obligación, el compromiso y el deber de la administración pública de brindar pronta, ágil y eficaz respuesta o resolución, pues la respuesta o resolución es parte integrante del derecho de petición, de lo contrario se viola este derecho constitucional, pues el mismo no se concreta con la sola petición de la solicitud, sino con su resolución, que puede ser aceptando o desechando la misma, pero en todo caso motivadamente<sup>15</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, en la Resolución T-200 de 1994, ha manifestado que la respuesta debe ser adecuada, esto es proporcional, acorde y consecuente con lo que se plantea en la solicitud, además debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea, de tal manera: “No basta por ejemplo dar una información cuando lo que se solicita es una decisión. Correspondencia e integridad son fundamentales en la comunicación oficial (...). El funcionario no sólo está llamado a responder, también debe esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que conduzca al peticionario a la solución de su problema”.

Además el tratadista citado manifiesta, que la respuesta debe ser sustancial:

“Es decir no se cumple con una simple respuesta, debe ser de fondo y no de forma para no vulnerar el derecho fundamental y los intereses de las personas. No basta acusar recibo de la solicitud y decir de que se estudiará su petición, es menester e imperativo responder de manera significativa, razonada, argumentada, así se le niegue la solicitud (...)”.

También señala, que la respuesta debe ser oportuna, por lo que el factor tiempo es un elemento esencial, pues como recalco, que para la efectividad de los derechos fundamentales, de nada sirve una respuesta adecuada y certera, cuando ésta es tardía; por esta razón la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-403/96 de julio 25 de 1996, dice: “Dar pronta respuesta a la petición, permite o bien garantiza la efectividad de uno o varios derechos fundamentales o bien definir una posición jurídica que le garanticen al afectado contar con los mecanismos consagrados en la ley para controvertir los pronunciamientos de las autoridades”.

También las respuestas deben ponerse en conocimiento del peticionario, pues como es obvio suponer, sería inocuo tener una respuesta dentro de los términos o plazos establecidos, y que sea favorable o denegatoria la respuesta,

<sup>14</sup> Derecho de Petición, autor Jairo Enrique Bulla Romero, editorial Nueva Jurídica, Bogotá, Col 2007

<sup>15</sup> Derecho de Petición, autor Jairo Enrique Bulla Romero, editorial Nueva Jurídica, Bogotá, Col 2007

si ésta no se comunica o no se hace saber a su peticionario, de tal modo que es una obligación legal, poner en conocimiento a la persona solicitante la respuesta a su petición, pues sólo de esta manera el peticionario puede ejercer su derecho de impugnación, señalado en el Art. 76, número 7, letra m) de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 8 Sección Segunda, letra h) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

### 5.11 OBLIGACIÓN DE RESPONDER

Hay que insistir, que no se concibe un derecho de petición que no lleve envuelta la obligación correlativa de responder a la que se le formula, de este modo si se trata de una petición de interés particular, no hay inconveniente para que la autoridad pueda contestarla, sea aceptándola o rechazándola.

Si es de interés general e incide en materia de seguridad nacional, de carácter internacional u otra, se puede dar respuesta al interesado diciéndole que se tomará en consideración su punto de vista, pero tratándose de materias reservadas, la autoridad debe manifestar que se reserva el derecho de realizar los estudios correspondientes y llegar a la conclusión que estime más adecuada.

La garantía jurisdiccional de hábeas data, trata sobre los datos sensibles en el Art. 92 inciso tercero, de la Constitución de la República, y dicha garantía jurisdiccional se encuentra regulada en los Arts. 49 al 51 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; igualmente hay que señalar que de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, este organismo puede solicitar el Hábeas Data a petición de cualquier ciudadano.

Así, la respuesta debe ser obligatoria, porque es una obligación correlativa del derecho de petición, de lo contrario este principio pasaría como inadvertido.

### 5.12 ¿CÓMO DEBE SER LA MOTIVACIÓN EN LA RESPUESTA A LA PETICIÓN?

En varios trabajos he manifestado, que la doctrina señala que la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

**Motivación lógica**, pues la motivación de la resolución constituye un deber constitucional y legal, establecido como garantía básica con el fin de comprobar que su decisión sea un acto reflexivo, nacido del estudio de las circunstancias particulares y, no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

**Motivación congruente**, esto es no contradictoria, ni equivoca con la petición realizada; por tal tiene que ser concordante con lo solicitado.

**Motivación expresa**, esto es la autoridad tiene el deber de consignar las razones por las cuales decide respecto a la petición planteada.

**Motivación clara**, el pensamiento de la autoridad debe ser comprensible, por lo que debe utilizar un lenguaje llano que permita la clara expresión de su pensamiento sobre la petición planteada.

**Motivación completa**, esto implica que debe abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la petición presentada.

**Motivación legítima**, o sea debe estar basada en datos reales sobre la petición realizada.

De lo anotado se desprende, que la motivación es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva (Art. 75 CRE), de tal modo que es un derecho y un deber de las decisiones de las autoridades, cumplir con esta obligación constitucional y legal, pues solo de esta manera se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad; esto es la respuesta, es el acto final que pone fin al derecho de petición, respuesta que debe ser motivada conforme señalo en líneas anteriores.

Para terminar este comentario, es fundamental recalcar que tiene una gran relación la motivación con la congruencia de la respuesta, pues la doctrina ha utilizado el concepto de congruencia para definir un requisito de lógica en la respuesta dada a la petición planteada<sup>16</sup>.

### 5.13. TÉRMINO PARA CONTESTAR LA PETICIÓN

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en el Art. 28 reformado por el Art. 12 del Decreto Ley 2000-1 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 144 de 18 de agosto de 2000, trata sobre el derecho de petición, al manifestar que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública, deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.

### 5.14. ¿QUÉ ES EL SILENCIO ADMINISTRATIVO?

Es la abstención de la administración pública de pronunciarse ante las peticiones de los administrados. El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, al respecto señala lo siguiente:

**"Art. 28.- DERECHO DE PETICION.-** Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo

16 El juicio de amparo y restitución de la posesión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. José García Falconi. Ediciones Indugraf. Riobamba Ecuador 2013



término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito (hoy Fiscal Provincial) para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento<sup>17</sup>.

### 5.15. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PETICIÓN

La Corte Constitucional de Colombia, ha manifestado sobre este derecho constitucional, lo siguiente:

a) "Que el derecho constitucional de petición, no consiste solamente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa (...), el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración (...) pero en forma ninguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente

formal y procedimental, así sea de tanta importancia" (Corte Constitucional Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-481 de 10 de agosto de 1992, cuyo magistrado ponente, es el Dr. Jaime Sanín Greiffenstein);

b) "Que la autoridad que conoce la petición debe resolver, pues el peticionario tiene la garantía constitucional de obtener una pronta resolución (...) el derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión material, real y verdadera, no apenas aparente. Por tanto, se viola cuando, a pesar de la oportunidad de la respuesta, en esta se alude a temas diferentes de los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar (...) para esta Sala, las respuestas evasivas o las simplemente formales, aún producidas en el

tiempo, no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad mediante ellas, la administración elude el cumplimiento de su deber, y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa (...). Termina señalando la Corte Constitucional Sala Quinta de Revisión, en la sentencia T-206 de 26 de abril de 1997, cuyo magistrado ponente es el Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Añade: "En efecto la respuesta

aparente, pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida";

c) Se señala que este derecho de petición, no puede ser confundido con el contenido de los derechos que la persona pretenda hacer valer mediante él en las diversas esferas de sus relaciones con el Estado, pues a diferencia de aquellos -que serían alectados por el sentido de la resolución- el de petición se satisface cuando ante la solicitud concreta se obtiene respuesta pronta y de fondo por la autoridad competente, lo cual significa que el mandato constitucional ha sido aplicado y respetado, sin que por ello deba entenderse que el sentido de la respuesta administrativa en relación con otros derechos invocados y en lo que hace a lo pedido, deba forzosamente ser favorable a quien ha elevado la petición, así lo señala la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-304-99; y,

d) En relación con la oportunidad de la respuesta, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-630/02 señala, que el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general es de quince días para resolver, según lo señala el Código Contencioso

17 Ley de Modernización del Estado. R.O No. 349 de 31 de diciembre de 1993.



Administrativo de dicho país, aun cuando manifiesta que hay que tener en cuenta el grado de complejidad de la solicitud.

También puedo mencionar algunas sentencias por la acción de tutela [que equivale en nuestro ordenamiento jurídico a la acción de protección] sobre el derecho de petición, dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, que son las siguientes:

1. Sentencia T-037, del 30 de enero de 1997, que señala que el derecho de petición sería inocuo, si no se obtiene la definición oportuna de ésta, siendo necesario que la respuesta contenga un pronunciamiento acerca del fondo de la reclamación del peticionario;

2. Sentencia T-042, del 05 de febrero de 1997, en la que señala, que una entidad no puede abstenerse de proferir una respuesta motivada suficientemente clara, coherente y precisa que satisfaga el derecho del ejercicio de petición;

3. Sentencia T-044, del 05 de febrero de 1997, en la que señala, que el trámite interno que una entidad adelanta en relación con una solicitud, no satisface por sí mismo el derecho de petición;

4. Sentencia T-096, del 27 de febrero de 1997, en el que se señala, que el desorden en la correspondencia de una entidad pública, no es excusa para vulnerar el derecho de petición de los usuarios de los servicios que ésta presta;

5. Sentencias T-574 del 14 de diciembre de 1994,

y la T-495 de 12 de agosto de 1992, señalan, que cuando una entidad de seguridad social omite resolver sobre una solicitud de sustitución pensional, se vulnera el derecho de petición, pues es un deber constitucional e ineludible que las autoridades den pronta resolución a las peticiones que se presenten, pues de lo contrario se estarían violando derechos sociales y económicos y, además recalcan que la petición debe tramitarse en el lugar donde se presentó la solicitud;

6. Las sentencias T-574 del 14 de diciembre de 1994, y la T-495 del 12 de agosto de 1992, señalan que se vulnera el derecho de petición, cuando una entidad social, omite resolver sobre una solicitud de sustitución pensional, pues es un deber constitucional e ineludible, que las autoridades den pronta solución a las peticiones que se les presenten, más aún, que tal violación amenaza de forma grave otros derechos como los sociales y económicos;

7. La sentencia T-076 del 24 de febrero de 1995, cuyo magistrado ponente es el Dr. Jorge Arango Mejía, señala, que el derecho de petición, sólo se satisface cuando se resuelve el fondo del asunto de la cuestión planteada y se efectúa una efectiva notificación, dentro de los plazos que señala la ley respectiva y, no es admisible que esa entidad retarde el reconocimiento de una petición, aduciendo el cúmulo de trabajo que tiene.

No olvidemos que en nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 75 de la Constitución de la República señala el principio de tutela judicial efectiva imparcial y expedita<sup>18</sup>, lo que guarda relación con el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## 6. CONCLUSIONES

Como dice el Dr. Gustavo Jalkh, pág. 119: "(...) hay que recordar que hay una relación muy estrecha entre el Derecho y el Estado, y es así que los actores afirman que no hay Estados sin Derecho, ni Derecho sin Estado, esa unión simbiótica entre los dos hace que toda estructura social se encuentre enmarcada dentro del Derecho"<sup>19</sup>.

El sometimiento a la Constitución de la República, a los tratados internacionales de derechos humanos y a la ley, es el sometimiento a los principios generales del derecho, solo así alcanzaremos el respeto a la dignidad humana que constituye la característica fundamental del Estado constitucional de derechos y justicia, social, que es el Ecuador.

El tratadista Javier Zapata Ortiz, dice:

"En relación con el primero -dignidad humana- las autoridades estatales no pueden tratar a las personas como cosas, simples instrumentos o mercancías, ni permitir la existencia de situaciones que pongan en riesgo la vida de las personas en todo el sentido de la palabra, es decir, escenarios que afectan además de la existencia de éstas, el derecho a desarrollar sus capacidades humanas, en un ambiente dotado de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. El hombre es un fin en sí mismo (imperativo Kantiano)".

Hay que reconocer, que el país ha seguido desde su independencia un camino ascendente en términos generales a un sistema de mayor perfección jurídica y democrática, y hoy con las normas de la actual Constitución de la República, constituye el nacimiento de un nuevo ordenamiento jurídico, al cual puede acudir cualquier persona con el derecho constitucional de petición, en los términos que señalo en el presente artículo.

La historia de la humanidad ha sido una permanente brega porque se respete la dignidad del ser humano como tal, pues de lo contrario las personas estarían siendo arbitrariamente auto controladas en todas las esferas de su vida cuando la petición no se la cumpla en los términos mencionados en este ensayo; pues la protección de los derechos fundamentales, legitima el Estado democrático contemporáneo, por eso si una autoridad es proclive a la vulneración de tales derechos, pierde legitimidad, incluso nace la responsabilidad administrativa, civil y penal; así la Constitución de la República, se ha preocupado por proteger los derechos humanos en general, y en forma particular el derecho de petición.

De lo anotado se desprende, que al Estado ecuatoriano le corresponde la obligación de rendición de cuentas y, a la sociedad civil, la responsabilidad de ejercer control social y ciudadano y de esta forma desarrollar ciudadanía activa, lo cual significa que el Estado tiene una responsabilidad ante la ciudadanía y, ésta a su vez tiene la tarea de exigir en conciencia el derecho a tener derechos y el cumplimiento de

los compromisos sociales de los gobiernos en las materias correspondientes; pues es necesario recordar, que no es la sociedad la que hace al individuo, sino el individuo quien hace a la sociedad, lo cual como dice la doctrina, debe motivar a la ciudadanía ecuatoriana exigir la viabilidad de los derechos ciudadanos concertados en esta nueva estructura estatal, constitucional de derechos y justicia social.

Hay que concluir, que hace falta mucho para hacer valer plenamente nuestros derechos, entre ellos el de petición, y esto será posible con una mayor y más profunda intervención ciudadana en la discusión y adopción de las decisiones fundamentales que afectan el presente y futuro de la sociedad ecuatoriana, ya que los derechos ciudadanos no están fijados, están en el centro de la lucha por defenderlos, hacerlos valer, ampliarlos, reconceptualizarlos y profundizarlos.

## 8. TEXTO DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y EN LA LEY ORGÁNICA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El Art. 91 de la Constitución de la República, señala:

"Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley".

Los Arts. 47 y 48 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señalan:

### "Capítulo V ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Art. 47.- Objeto y ámbito de protección.- Esta acción tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma.

Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste.

<sup>19</sup> Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Fundación Konrad Adenauer. Quito Ecuador 2000. Pág. 119.

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA, publicado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Imprenta Gaceta Judicial 2013, señala en la página 240

No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas.

**Art. 48.- Normas especiales.-** Para efectos de la presentación de la acción, la violación del derecho se entenderá ocurrida en el lugar en el que real o presuntamente se encuentra la información requerida.

Si la información no consta en el archivo de la institución solicitada, la entidad pública deberá comunicar el lugar o archivo donde se encuentra la información solicitada.

La jueza o juez deberá actuar conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley que regula esta materia.

## 9. TEXTO DE LA LEY ORGÁNICA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA “LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**No. 24, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 337 del 18 de Mayo del 2004.**

### EL CONGRESO NACIONAL

Considerando:

- Que el artículo 81 de la Constitución Política de la República, garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado, y demás entidades obligadas por esta Ley;

- Que es necesario hacer efectivo el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado y de aquellas financiadas con recursos públicos o que por su naturaleza sean de interés público;

- Que la misma norma constitucional establece que no existirá reserva respecto de informaciones que reposen en archivos públicos, excepto de aquellas que por seguridad nacional no deben ser dadas a conocer;

- Que la libertad de información está reconocida tanto en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; y, En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

## LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Título Primero: Principios Generales

**Art. 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública.-** El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.

Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

**Art. 2.- Objeto de la Ley.-** La presente Ley garantiza y norma el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales nuestro país es signatario.

Persigue los siguientes objetivos:

a) Cumplir lo dispuesto en la Constitución Política de la República referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos, incluidos los entes señalados en el artículo anterior, las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios, etc., con asignaciones públicas. Para el efecto, adoptarán las medidas que garanticen y promuevan la organización, clasificación y manejo de la información que den cuenta de la gestión pública;

b) El cumplimiento de las convenciones internacionales que sobre la materia ha suscrito legalmente nuestro país;

c) Permitir la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos, efectivizándose un verdadero control social;

d) Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado;

e) La democratización de la sociedad ecuatoriana y la plena vigencia del estado de derecho, a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública; y,

f) Facilitar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y su fiscalización.

**Art. 3.- Ámbito de Aplicación de la Ley.-** Esta Ley es aplicable a:

a) Los organismos y entidades que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República;

b) Los entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley;

c) Las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones pertenezcan en todo o en parte al Estado, exclusivamente sobre el destino y manejo de recursos del Estado;

d) El derecho de acceso a la información de los diputados de la República se rige conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y su Reglamento Interno;

e) Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (ONG's) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que mantengan convenios, contratos o cualquier forma contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública;

f) Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato;

g) Las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas o se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo relacionada con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos; y,

h) Las personas jurídicas de derecho privado que posean información pública en los términos de esta Ley.

**Art. 4.- Principios de Aplicación de la Ley.-** En el desarrollo del derecho de acceso a la información pública se observarán los siguientes principios:

a) La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información;

b) El acceso a la información pública, será por regla general gratuito a excepción de los costos de reproducción y estará regulado por las normas de esta Ley;

c) El ejercicio de la función pública, está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas entidades de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos;

d) Las autoridades y jueces competentes deberán aplicar las normas de esta Ley Orgánica de la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos aquí garantizados; y,

e) Garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de

cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público.

Título Segundo: De la Información Pública y su Difusión

**Art. 5.- Información Pública.-** Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.

**Art. 6.- Información Confidencial.-** Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes.

No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se excepciona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.

**Art. 7.- Difusión de la Información Pública.-** Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley se la considera de naturaleza obligatoria:

a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;

b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal;

c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;

d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;

e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas;



f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción;

g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos;

h) Los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal;

i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;

j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;

k) Planes y programas de la institución en ejecución;

l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés;

m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;

n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos;

o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley;

p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;

q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones;

r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general;

s) Los organismos seccionales, informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos

cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,

t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones.

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.

**Art. 8.- Promoción del Derecho de Acceso a la Información.-** Todas las entidades que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, implementarán, según sus competencias y posibilidades presupuestarias, programas de difusión y capacitación dirigidos tanto a los servidores públicos, como a las organizaciones de la sociedad civil, con el objeto de garantizar una mayor y mejor participación ciudadana en la vida del Estado.

Las universidades y demás instituciones del sistema educativo desarrollarán programas de actividades de conocimiento, difusión y promoción de estos derechos. Los centros de educación fiscal, municipal y en general todos los que conforman el sistema de educación básica, integrarán en sus currículos contenidos de promoción de los derechos ciudadanos a la información y comunicación, particularmente de los accesos a la información pública, hábeas data y amparo.

**Art. 9.- Responsabilidad sobre la entrega de la Información Pública.-** El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso.

Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de diez días, mismo que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario.

**Art. 10.- Custodia de la Información.-** Es responsabilidad de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, crear y mantener registros públicos de manera profesional, para que el derecho a la información se pueda ejercer a plenitud, por lo que, en ningún caso se justificará la ausencia de normas técnicas en el manejo y archivo de la información y documentación para impedir u obstaculizar el ejercicio de acceso a la información pública, peor aún su destrucción.

Quienes administren, manejen, archiven o conserven información pública, serán personalmente responsables, solidariamente con la autoridad de la dependencia a la que pertenece dicha información y/o documentación, por las consecuencias civiles, administrativas o penales a que pudiera haber lugar, por sus acciones u omisiones, en la ocultación, alteración, pérdida y/o desmembración

de documentación e información pública. Los documentos originales deberán permanecer en las dependencias a las que pertenezcan, hasta que sean transferidas a los archivos generales o Archivo Nacional.

El tiempo de conservación de los documentos públicos, lo determinará la Ley del Sistema de Archivo Nacional y las disposiciones que regulen la conservación de la información pública confidencial. Los documentos de una institución que desapareciere, pasarán bajo inventario al Archivo Nacional y en caso de fusión interinstitucional, será responsable de aquello la nueva entidad.

**Art. 11.- Vigilancia y Promoción de la Ley.-** Sin perjuicio del derecho que las leyes asignan a otras instituciones públicas de solicitar información y de las facultades que le confiere su propia legislación, corresponde a la Defensoría del Pueblo, la promoción, vigilancia y garantías establecidas en esta Ley.

Tendrá las siguientes atribuciones:

a) Ser el órgano promotor del ejercicio y cumplimiento del derecho de acceso a la información pública;

b) Vigilar el cumplimiento de esta Ley por parte de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley;

c) Vigilar que la documentación pública se archive bajo los lineamientos que en esta materia dispone la Ley del Sistema Nacional de Archivos;

d) Precautelar que la calidad de la información que difundan las instituciones del sector público, contribuyan al cumplimiento de los objetivos de esta Ley;

e) Elaborar anualmente el informe consolidado nacional de evaluación, sobre la base de la información publicada en los portales o páginas web, así como todos los medios idóneos que mantienen todas las instituciones y personas jurídicas de derecho público, o privado, sujetas a esta Ley;

f) Promover o patrocinar a solicitud de cualquier persona natural o jurídica o por iniciativa propia, acciones judiciales de acceso a la información pública, cuando ésta ha sido denegada; y,

g) Informar al Congreso Nacional en forma semestral, el listado índice de toda la información clasificada como reservada.

**Art. 12.- Presentación de Informes.-** Todas las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, a través de su titular o representante legal, presentarán a la Defensoría del Pueblo, hasta el último día laborable del mes de marzo de cada año, un informe anual sobre el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública, que contendrá:

a) Información del período anterior sobre el cumplimiento de las obligaciones que le asigna esta Ley;

b) Detalle de las solicitudes de acceso a la información y el trámite dado a cada una de ellas; y,

c) Informe semestral actualizado sobre el listado índice de información reservada.

**Art. 13.- Falta de claridad en la Información.-** Cuando se demuestre por parte de cualquier ciudadano, que existe ambigüedad en el manejo de la información, expresada en los portales informáticos, o en la información que se difunde en la propia institución, podrá exigirse personalmente la corrección en la difusión, de no hacerlo podrá solicitarse la intervención del Defensor del Pueblo a efectos de que se corrija y se brinde mayor claridad y sistematización, en la organización de esta información.

El Defensor del Pueblo, dictaminará los correctivos necesarios de aplicación obligatoria a la información que se difunde; al efecto, la institución brindará las facilidades amplias y suficientes, so pena de destitución, previo sumario administrativo, de las autoridades que incumplan su obligación de difundir la información institucional correctamente. La sanción dictaminada por el Defensor del Pueblo, será ejecutada inmediatamente por la autoridad nominadora.

**Art. 14.- Del Congreso Nacional.-** Además de la información señalada en esta Ley, el Congreso Nacional publicará y actualizará semanalmente en su página web, lo siguiente:

a) Los textos completos de todos los proyectos de Ley que sean presentados al Congreso Nacional, señalando la Comisión Especializada Permanente asignada, la fecha de presentación, el código; y, el nombre del auspiciante del proyecto; y,

b) Una lista de proyectos de Ley que hubieren sido asignados a cada Comisión Especializada Permanente.

**Art. 15.- Del Tribunal Supremo Electoral.-** Además de la información señalada en esta Ley, el Tribunal Supremo Electoral, en el término de sesenta días, contados a partir de la fecha de recepción de los informes de gasto electoral, presentados por los directores de las diferentes campañas electorales, agrupaciones políticas o candidatos, deberá publicar en su sitio web los montos recibidos y gastados en cada campaña.

**Art. 16.- Información Pública de los Partidos Políticos.-** Todos los partidos y organizaciones políticas que reciben recursos del Estado, deberán publicar anualmente en forma electrónica, sus informes sobre el uso detallado de los fondos a ellos asignados.

Título Tercero: De la Información Reservada y Confidencial

**Art. 17.- De la Información Reservada.-** No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

a) Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81, inciso

tercero, de la Constitución Política de la República y que son:

1) Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado;

2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;

3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,

4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,

b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

**Art. 18.- Protección de la Información Reservada.-** La información clasificada previamente como reservada, permanecerá con tal carácter hasta un período de quince años desde su clasificación. La información reservada será desclasificada cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación. Se ampliará el período de reserva sobre cierta documentación siempre y cuando permanezcan y se justifiquen las causas que dieron origen a su clasificación.

El Consejo de Seguridad Nacional, en los casos de reserva por motivos de seguridad nacional y los titulares de las instituciones públicas, serán responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con esta Ley. La clasificación de reserva no podrá efectuarse posteriormente a la solicitud de información.

La información reservada que se haga pública antes del vencimiento del plazo de la reserva o de manera distinta a la prevista en el inciso anterior, podrá ocasionar responsabilidad civil, administrativa y/o penal según los casos, de la persona que por su función haya violado la reserva.

Las instituciones públicas elaborarán semestralmente por temas, un índice de los expedientes clasificados como reservados. En ningún caso el índice será considerado como información reservada. Este índice de información reservada, detallará: fecha de resolución y período de vigencia de esta clasificación.

La información reservada en temas de seguridad nacional, solo podrá ser desclasificada por el Consejo de Seguridad Nacional. La información clasificada como reservada por los titulares de las entidades e instituciones del sector público, podrá ser desclasificada en cualquier momento por el Congreso Nacional, con el voto favorable de

la mayoría absoluta de sus integrantes, en sesión reservada.

**Título Cuarto: Del proceso administrativo para acceder a la Información Pública**

**Art. 19.- De la Solicitud y sus Requisitos.-** El interesado a acceder a la información pública que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución.

En dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual será contestada en el plazo señalado en el artículo 9 de esta Ley.

**Art. 20.- Límites de la Publicidad de la Información.-** La solicitud de acceso a la información no implica la obligación de las entidades de la administración pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, a crear o producir información, con la que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la institución o entidad, comunicará por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco faculta a los peticionarios a exigir a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, salvo aquellos que por sus objetivos institucionales deban producir.

No se entenderá producción de información, a la recopilación o compilación de información que estuviese dispersa en los diversos departamentos o áreas de la institución, para fines de proporcionar resúmenes, cifras estadísticas o índices solicitados por el peticionario.

**Art. 21.- Denegación de la Información.-** La denegación de acceso a la información o la falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado en la ley, dará lugar a los recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes y, a la imposición a los funcionarios, de las sanciones establecidas en esta Ley.

## Título Quinto: Del Recurso de Acceso a la Información

Art. 22.- Del Recurso de Acceso a la Información.- El derecho de acceso a la información, será también garantizado en instancia judicial por el recurso de acceso a la información, estipulado en esta Ley, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional:

Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere denegado en forma tácita o expresa, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la derogatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.

El recurso de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida.

El Recurso de Acceso a la Información, contendrá:

- a) Identificación del recurrente;
- b) Fundamentos de hecho y de derecho;
- c) Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y,
- d) La pretensión jurídica.

Los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en esta Ley.

El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee el Recurso de Acceso a la Información, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes.

<sup>1</sup> Se agrega el título del Art. 22 en la edición. La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no asistiere a ella.

Admitido a trámite el recurso, los representantes de las entidades o personas naturales accionadas, entregarán al juez dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.

En el caso de información reservada o confidencial, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice la legal y correcta clasificación en los términos de esta Ley. Si se justifica plenamente la clasificación de

reservada o confidencial, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información.

En caso de que el juez determine que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la presente Ley, dispondrá la entrega de dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. De esta resolución podrá apelar para ante el Tribunal Constitucional la autoridad que alegue que la información es reservada o clasificada.

Dentro del recurso de acceso a la información, instaurado por denegación de acceso a la información pública, por denuncia o de oficio, cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez de oficio o a petición de parte, dictará cualquiera de las siguientes medidas cautelares:

- a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y,
- b) Apreensión, verificación o reproducción de la información.

Para la aplicación de las medidas cautelares antes señaladas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

De considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

De la resolución al acceso de información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante el Tribunal Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada. El recurso de apelación, se interpondrá dentro de los tres días hábiles siguientes, será concedido con efecto devolutivo, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial.

Negado el recurso por el juez o Tribunal Constitucional, cesarán las medidas cautelares.

La Ley de Control Constitucional, será norma supletoria en el trámite de este recurso. Título Sexto: De las Sanciones

Art. 23.- Sanción a funcionarios y/o empleados públicos y privados.- Los funcionarios de las entidades de la Administración Pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, que incurrieren en actos u omisiones de denegación ilegítima de acceso a la información pública, entendiéndose ésta como información que ha sido negada total o parcialmente ya sea por información incompleta, alterada o falsa que proporcionaron o debieron haber proporcionado, serán sancionados, según la gravedad de la falta, y sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que



hubiere lugar, de la siguiente manera:

a) Multa equivalente a la remuneración de un mes de sueldo o salario que se halle percibiendo a la fecha de la sanción;

b) Suspensión de sus funciones por el tiempo de treinta días calendario, sin derecho a sueldo o remuneración por ese mismo lapso; y,

c) Destitución del cargo en caso de que, a pesar de la multa o suspensión impuesta, se persistiere en la negativa a la entrega de la información.

Estas sanciones serán impuestas por las respectivas autoridades o entes nominadores.

En el caso de prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y miembros de juntas parroquiales, la sanción será impuesta por la respectiva entidad corporativa.

Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales poseedoras de información pública que impidan o se nieguen a cumplir con las resoluciones judiciales a este respecto, serán sancionadas con una multa de cien a quinientos dólares por cada día de incumplimiento a la resolución, que será liquidada por el juez competente y consignada en su despacho por el sancionado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

Las sanciones se impondrán una vez concluido el respectivo recurso de acceso a la información pública establecido en el artículo 22 de la presente Ley.

La remoción de la autoridad, o del funcionario que incumpliere la resolución, no exime a quien lo reemplace del cumplimiento inmediato de tal resolución bajo la prevención determinada en este artículo.

## Disposición General

El Tribunal Constitucional, dentro de un término no mayor de noventa días, a partir de la recepción del proceso, despachará y resolverá los recursos de acceso a la información interpuestos. Disposiciones Transitorias

**Primera.-** Los recursos relacionados con el acceso a la información pública, están exentos del pago de la Tasa Judicial.

**Segunda.-** Los portales en internet, deberán ser implementados por las entidades de la Administración Pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, en el plazo perentorio de un año, contado a partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial. El Reglamento de la presente Ley, regulará los lineamientos técnicos que permitan la uniformidad, interacción, fácil ubicación y acceso de esta información.

**Tercera.-** La Defensoría del Pueblo, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la promulgación de la presente Ley, adoptará las medidas administrativas, técnicas y presupuestarias para el cabal cumplimiento de la responsabilidad que esta Ley le asigna.

**Cuarta.-** En el plazo no mayor de seis meses desde la vigencia de la presente Ley, todas las entidades de la Administración Pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, deberán elaborar el listado índice de toda la información que a la fecha se encuentre clasificada como reservada, siempre y cuando se encuentre inmersa en algunas de las excepciones contempladas en el artículo 17 de la presente Ley. La información que no se sujete a estas excepciones, deberá desclasificarse en el plazo perentorio de dos meses.

A partir de la fecha de publicación de esta Ley en el Registro Oficial, toda información clasificada como de acceso restringido, que tenga más de quince años, deberá ser desclasificada y abierta libremente al público.

**Quinta.-** Dentro del plazo de noventa días a contar desde la promulgación de esta Ley, el Presidente de la República expedirá el reglamento para la aplicación de la misma.

**Sexta.-** Dentro de un plazo no mayor a ciento ochenta días se reformará la Ley del Sistema Nacional de Archivos, armonizando sus disposiciones con las normas pertinentes contenidas en esta Ley. Se encarga al Sistema Nacional de Archivos la capacitación pertinente a todos los funcionarios de las entidades de la Administración Pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley.

**Disposición Final.-** La presente Ley tiene el carácter de Orgánica y prevalece sobre todas las que se le opongan, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

## Bibliografía

- Iudicium et Vita. Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos.- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Comisión de la Unión Europea No. 4, 1996. San José de Costa Rica.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VII. Apéndice Oiskrill S.A., Buenos Aires, Argentina (1990).
- Los Derechos Constitucionales. Enrique Evans de la Cuadra. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 2000.
- El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional. Dr. José García Falconi. Ediciones Rodin. Quito-Ecuador 1999.
- Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana. Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesántez. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS. Quito-Ecuador.
- Derechos y Garantías Constitucionales en el Proceso. Enrique Quiroga Cubillas. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia 2002.
- Teoría General del Proceso y de la Prueba. Benigno Humberto Cabrera Acosta. Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez. Bogotá Colombia 2003.
- Introducción al Derecho Constitucional colombiano. Carlos Eduardo Naranjo Flores. Editora Señal. 1994. Medellín-Colombia.
- Jurisprudencia Civil de la Corte y Tribunales 1983-1086. Tomo I. 1985. Ediciones Ley y Jurisprudencia. Bogotá Colombia.
- Nuevo Estado. Nuevo Derecho. Roberto Dromi. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires Argentina 2002.
- El juicio por el delito de prevaricato. José García Falconí. Ediciones Rodin. Quito Ecuador 1995.
- Los juicios de falso testimonio, perjurio y soborno. José García Falconí. Ediciones Rodin. Quito Ecuador 1997.
- Los nuevos Paradigmas del Derecho Constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. José García Falconí. Ediciones Rodin. Quito Ecuador 2011.
- La Acción de Hábeas Data en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. José García Falconí. Ediciones Rodin. Quito Ecuador 2000.
- Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Manuel José Cepeda. Editorial Temis 1992, Bogotá Colombia.
- Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana. Drs. Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesántez. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS. 1989.
- Temas Procesales, Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal 1989. Medellín Colombia.
- Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana. Fundación Konrad Adenauer. Quito Ecuador 1999.

# HISTORIA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ECUADOR

Javier Gomezjurado Zevallos

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctor en Sociología y Ciencias Políticas, Magíster en Historia Andina y Magíster en Desarrollo. Docente de la Universidad Central del Ecuador, conferencista, y articulista en varias revistas. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia, Miembro Correspondiente de la Academia Nariñense de Historia y de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, así como de otras entidades culturales. Autor de varios libros y artículos monográficos sobre temas históricos, políticos, sociológicos y costumbristas.*

## RESUMEN

El presente trabajo analiza el devenir del Consejo de la Judicatura en el Ecuador, desde su establecimiento como órgano de la Función Judicial en 1993, hasta nuestros días; evidenciando, de manera inicial, las referencias históricas que hicieron posible su creación en diversos Estados de Europa y de América, como preámbulos para la configuración de dicho Consejo en nuestro país, con el fin ulterior de provocar una mayor independencia del poder judicial, y permitiendo comprender que la separación de poderes es el principio básico de un Estado de Derecho.

Seguidamente se estudia la estructura y atribuciones del primigenio Consejo Nacional de la Judicatura, así como los acontecimientos respecto a su conformación y operatividad desde 1998 hasta el 2008, año en que la nueva Constitución de la República modifica la composición de la Función Judicial, dando paso a la instauración de un nuevo Consejo de la Judicatura que, luego de la Consulta Popular de 2011, se convierte en "transitorio" y provoca una serie de cambios estructurales; permitiendo luego la integración del actual Consejo de la Judicatura con nuevas funciones y organización.

**PALABRAS CLAVE:** *Consejo de la Judicatura, Historia, poder judicial.*

## ABSTRACT

The present paper analyzes the development of the Consejo de la Judicatura in Ecuador, since its establishment as part of the judicial branch in 1993 to our days. It pretends to show the historic references that made possible its creation in diverse European and American countries, becoming an antecedent for its origin in our country. The Consejo de la Judicatura intended to improve the judicial's branch independence, allowing the understanding that the separation of powers is a main principle of the Rule of Law.

Next, the Consejo de la Judicatura's structure and functions will be studied, as well as the events that occurred since its origin from 1998 to 2008, when the Constitution changed the judicial's branch structure, making possible the establishment of a brand new Consejo de la Judicatura. After the 2011 referendum, it was decided to make it "transitory", bringing several structural changes and giving way to the conformation of the present Consejo de la Judicatura, which now has new functions and a new organization.

**KEYWORDS:** *Judicial Council, History, judiciary.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 09  
APROBADO: 2015 - 05 - 28

## El Consejo de la Magistratura o de la Judicatura. Antecedentes históricos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los cambios experimentados en todos los ámbitos de la vida social percibieron la necesidad de implementar una serie de modificaciones en la esfera jurídica, con el objeto de reordenarla y de encauzar aquellas transformaciones. Para ello se debía contar con una nueva estructura sistémica e instrumental, que permita desarrollar apropiadamente la administración de los organismos jurisdiccionales, en el marco de la eficiencia y del dinamismo que imprimían las nuevas exigencias del Derecho moderno.

Históricamente se han establecido dos grandes sistemas de gobierno y de administración jurídica: por un lado, el sistema angloamericano o de *common law*, "que se apoya en un criterio de independencia de los propios jueces y tribunales y encomienda dichas funciones a los organismos judiciales de la mayor jerarquía"; y por otro lado, el sistema que ha prevalecido en los procedimientos jurídicos del resto de estados europeos, "en los cuales se atribuyen los aspectos más importantes de la selección, nombramiento y fiscalización de los órganos jurisdiccionales a una dependencia del ejecutivo, es decir, el *ministerio de justicia*" (Biscaretti di Rufia, 1995, p. 56).

Muchos de los estados latinoamericanos incluyeron en sus formas de administración judicial ambos mecanismos, lo que en considerables ocasiones generó interferencias del gobierno central en el sistema judicial, como cuando en México la Secretaría de Justicia —dependiente del Ejecutivo— intervenía en las decisiones del poder judicial; lo que ocasionó que dicha secretaría sea suprimida a través de la Constitución mexicana de 1917<sup>1</sup>; violentando, en el marco de un Estado de Derecho, la independencia y/o autonomía constitucional de los poderes o funciones estatales<sup>2</sup>. Este hecho también se produjo permanentemente en muchos tribunales de justicia europeos no anglosajones, quienes veían constantemente afectada su independencia por una excesiva intervención del Ejecutivo, cuando a través de sus ministerios de justicia llegaba a promover y a destinar a los jueces (Kirkwood Ensor, 1935); conllevando incluso con ello a influir en otros actos administrativos de aquellos.

En razón de esos y otros inconvenientes, tiene lógica el hecho de que las reformas administrativas en torno a la administración institucional de justicia surjan de forma inicial precisamente en la Europa continental, como se lo visibiliza

en los reordenamientos hechos en Francia, Italia y Portugal, a través de las enmiendas realizadas en sus constituciones luego de la segunda posguerra; ejemplo que más tarde lo seguirían otros países europeos y más recientemente la mayoría de estados latinoamericanos, apareciendo los llamados consejos superiores de la magistratura o de la judicatura, "como organismos que limitaron los poderes tradicionales de los ministerios de justicia y encomendaron a los tribunales las facultades esenciales de su administración por medio de este instrumento, que configura lo que se ha denominado el *autogobierno de la magistratura*" (Biscaretti di Rufia, 1995, p. 56).

Estos consejos de la magistratura o de la judicatura se han configurado de diversas formas respecto a su estructura interna y mecanismos de funcionamiento, aunque de manera general han asumido los procesos de selección, proposición de nombramiento, e incluso nombramiento de jueces y magistrados; llegando además a fiscalizar sus actuaciones y de impulsar su carrera judicial. Todo ello en el marco de construcción de una mayor independencia de los organismos judiciales frente a la función ejecutiva, así como de involucramiento en los procesos de especialización y modernización de la justicia.

Uno de los primeros países en reformular su *Consejo Superior de la Magistratura* (CSM), fue Francia. Si bien esta institución fue creada por Ley en 1883, no es hasta la Constitución de 1946 que permitió convertirla en un órgano constitucional autónomo regulado por el título IX de la Carta Magna. Dicho Consejo "fue reformado por primera vez en la Constitución de 1958, en que se estableció que al Consejo le correspondería 'asistir' al presidente de la república en su tarea de garante de la independencia de la magistratura; aunque la última reforma tuvo lugar en enero de 1993, [con la cual se] sustrajo al jefe de Estado la facultad de nombrar a todos los miembros del CSM" (Sánchez-Castañeda, 2001, p. 282) Aquella revisión constitucional de 1993 también trajo la unidad del cuerpo de la magistratura así como la incorporación del Ministerio Público, aunque con la subordinación jerárquica de sus magistrados al ministro de Justicia francés<sup>3</sup>.

En Italia, el *Consejo Superior de la Magistratura* aparece en la Ley N° 511 de 1907 como órgano consultivo del Ministerio de Justicia, lo que permitió al primer ministro de esa época, Giovanni Giolitti, mantener al nuevo organismo subordinado al Ejecutivo. La carta republicana de 1947 que entró en vigencia el 1 de enero de 1948 introdujo en su articulado al Consejo Superior de la Magistratura, "como el organismo de mayor relieve adoptado para incrementar la independencia judicial de acuerdo con el principio de separación de poderes" (Rico, 1997, p. 147), aunque realmente el ordenamiento de este Consejo inició con la Ley aprobada en 1958 por el Parlamento, que fue complementada con sucesivas leyes

1 Cfr. Guerrero, 1996.

2 En el caso ecuatoriano, dicha independencia se consigna recién en la Constitución de 1967 (Art. 201).

3 Cfr. Renoux & Michel, 1994.



y decretos entre 1975 y 1990, y mejoradas por diversas sentencias de la Corte Constitucional italiana (Biscaretti di Rufia, 1995) y un reglamento interno de 1976 varias veces reformado; que en concordancia con la Constitución prevé a la magistratura como un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder.

Asimismo, y sobre la base de la experiencia francesa e italiana, la Constitución de Turquía de 1961 introdujo su *Consejo Superior de la Magistratura*, cuyas atribuciones consisten en "decidir acerca de todas las cuestiones de calificación de los jueces" (Fix-Zamudio, 1974, p. 3). De igual manera Grecia, en su Constitución de 1975, estableció el *Consejo Supremo Judicial*, cuyas competencias giran en torno a "decidir sobre las promociones, designaciones y traslados de los miembros de la judicatura, los que serán formalizados por decreto presidencial" (Fix-Zamudio, 1974, p. 4). Años después, y a través de la Constitución de Portugal de 1976, se establecieron los principios fundamentales del Consejo Superior de la Magistratura, fundamentos que fueron desarrollados por varias disposiciones legislativas posteriores y que condujeron a la Ley N° 21, de julio de 1985, que contiene el Estatuto de los Magistrados Judiciales portugueses (Coelho, 1994).

Por otro lado, si bien existen antecedentes de la existencia de un Consejo Judicial español en las leyes de 1917 y 1926, la Constitución de 1978 consagró la presencia del *Consejo General del Poder Judicial*, el cual desde 1980 estuvo encargado de elegir directamente a los representantes judiciales y magistrados. Esta atribución le fue restada a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, disponiendo que las Cortes sean los que nombren a jueces y magistrados, y estableciendo que el antes citado Consejo se encargue solo de dictar reglamentos de desarrollo de la ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar (Fix-Zamudio, 1974); lo que a nivel jurídico ha generado diversas polémicas y criterios adversos, así como proyectos de modificación surgidos desde el propio ministerio de Justicia.

Luego de la caída del Muro de Berlín y el subsecuente derrumbe de los regímenes comunistas, muchos de los países de Europa Oriental reformaron sus constituciones o crearon nuevas leyes, que permitieron acercarse al modelo constitucional occidental, introduciendo en su sistema la institución del Consejo de la Judicatura. Así, Bulgaria, en su Constitución de julio de 1991 incluyó al *Consejo Judicial Superior*, con competencias de promover, trasladar o remover jueces; o Rumania, en su Constitución aprobada en diciembre de 1991, señala que al *Consejo Superior de la Magistratura* le corresponde el proponer el nombramiento de jueces y procuradores, así como el manejo de los aspectos disciplinarios de aquellos<sup>4</sup>.

Finalmente, al sur del continente africano, en Sudáfrica, la Constitución provisional de 1993 establece el Consejo de la Judicatura bajo el nombre de *Judicial Service Commission*, compuesta por el presidente de la Corte Constitucional,

el ministro de Justicia, dos procuradores, dos abogados designados por su gremio, un representante de las escuelas universitarias de Derecho, dos senadores, y otros, a quienes les compete formular recomendaciones para el nombramiento y remoción de jueces de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional (Fix-Zamudio, 1974).

Por otro lado, en el continente americano, los diversos estados crearon órganos muy parecidos al Consejo Superior de la Magistratura francés. Una de las primeras experiencias fue en Venezuela en 1961, cuando la Constitución de aquel año crea el *Consejo de la Judicatura*, y cuyo precepto consiste en "asegurar la independencia, eficacia y decoro de los tribunales, y garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial" (Fix-Zamudio, 1974, p. 10). Sin embargo, su Ley Orgánica se promulgará recién en 1988, generando nuevos cambios institucionales tanto en su antigua composición y atribuciones.

Otro ensayo similar fue en Perú, en 1969, cuando en la legislación peruana expedida durante el gobierno militar de Velasco Alvarado se creó el *Consejo Nacional de Justicia*, cuyo objetivo consistía en "moralizar la administración de justicia y asegurar la independencia del poder judicial y la idoneidad de su personal". Asimismo, la legislación brasileña instituyó el *Consejo Nacional de la Magistratura*, a través de una enmienda de 1977 hecha a la Constitución vigente (Biscaretti di Rufia, 1995); sin embargo dicho Consejo no fue incluido posteriormente en la Constitución de 1988, aunque se creó el *Consejo de la Justicia Federal*, al cual le correspondió ejercer la supervisión administrativa y presupuestaria de la justicia federal de primero y segundo grados<sup>5</sup>.

En cuanto a Colombia, el establecimiento del *Consejo Superior de la Magistratura* se remonta al Decreto N° 2798 de 21 de octubre de 1955, que fue transformado en *Tribunal Disciplinario* en 1972, aunque la Constitución de 1979 volvió a incluirlo como *Consejo Superior de la Judicatura*. Por su parte, el gobierno cívico-militar uruguayo de 1981 reformó la sección XV de la Constitución de 1966, introduciendo el *Consejo Superior de la Judicatura*, que tenía extensas atribuciones "de superintendencia directiva, consultiva y correccional sobre los magistrados integrantes de los tribunales y juzgados y sobre los demás funcionarios judiciales" (Biscaretti di Rufia, 1995, p. 59). En México, la figura del Consejo de la Judicatura existía desde el año de 1988, en los Estados de Sinaloa y Coahuila. Posteriormente, el *Consejo de la Judicatura Federal* se crea a través del decreto de reforma al artículo 100 de la Constitución mexicana, publicado el 31 de diciembre de 1994 (Consejo de la Judicatura México).

Finalmente, en Centroamérica, la Constitución de El Salvador de 1983, reformada en 1992, dispone que el *Consejo Nacional de la Judicatura* sea una institución independiente encargada de proponer candidatos para los cargos de magistrados de la Corte Suprema y de las

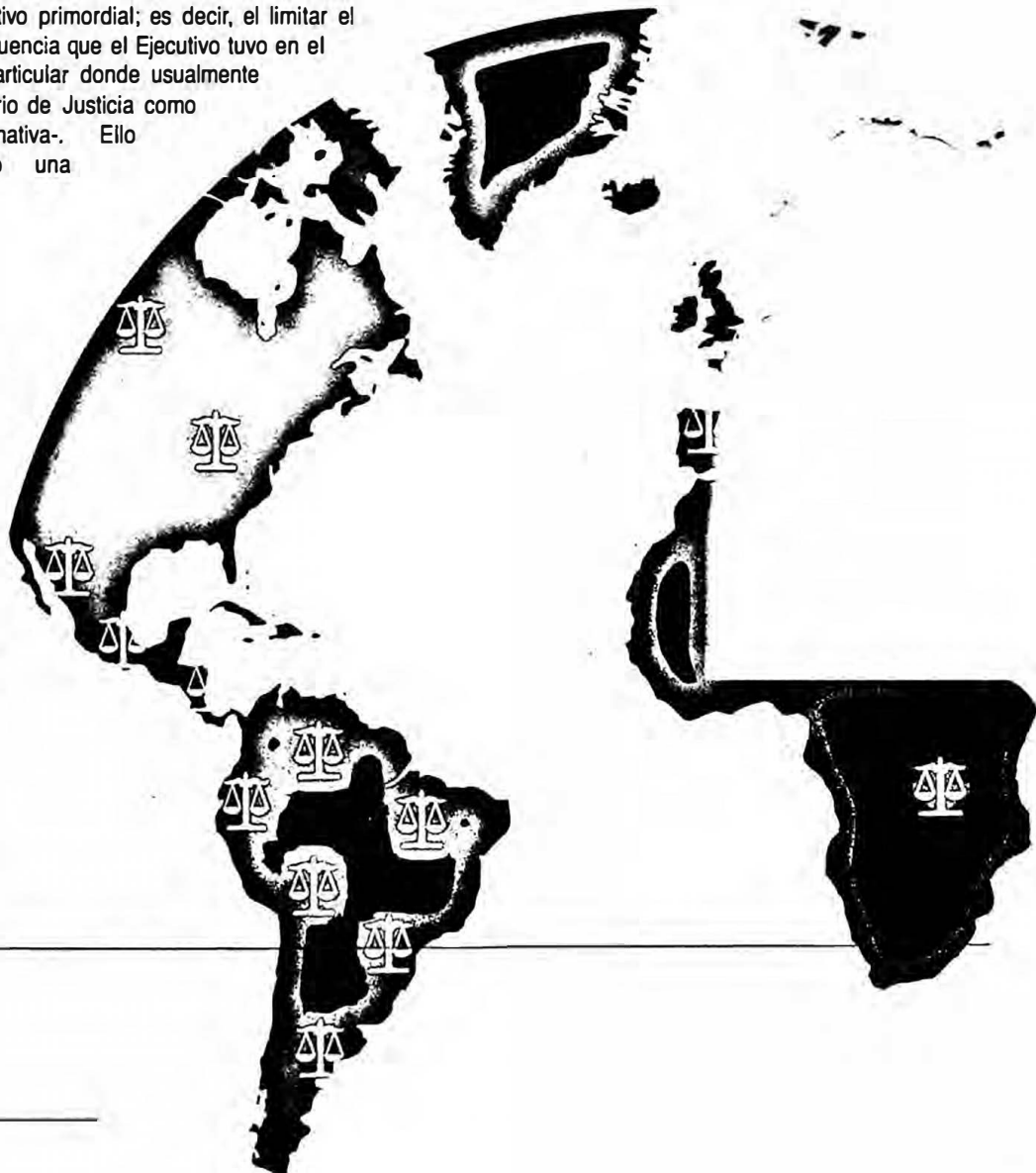
<sup>4</sup> Para más información revisar el texto *L'État en transition: L'Europe centrale* (Française, Coll, 1992).

<sup>5</sup> Comité de expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción. Cfr. Informe final sobre la implementación en la República Federativa de Brasil de las disposiciones de la Convención, Washington D.C., 2006.

cámaras de segunda instancia, así como de los jueces de primera instancia y de paz. En Panamá, y de acuerdo al Código Judicial de 1987, el Consejo Judicial es un organismo consultivo del órgano judicial en el orden gubernativo y disciplinario (Rico, 1997), entre cuyas atribuciones se destaca el "asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro en los tribunales y garantizar a los magistrados, jueces, agentes del Ministerio Público y personal subalterno, los beneficios de la carrera judicial" (República de Panamá, 10 de Marzo de 1987, Art. 441); mientras en Costa Rica, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1993 creó el Consejo Superior del Poder Judicial como un órgano subordinado de la Corte Suprema "destinado a ejercer la administración y disciplina de ese poder [...] con el propósito de asegurar la independencia, eficiencia, corrección y decoro de los tribunales, y de garantizar los beneficios de la carrera judicial" (República de Costa Rica, 1 de julio de 1993, Art.67).

La mayoría de todas estas instituciones revisadas toman generalmente el nombre de Consejo Superior o Consejo Nacional de la Magistratura o de la Judicatura; y en Latinoamérica surgen en particular en los últimos veinticinco años –más o menos- con estructuras y atribuciones específicas, aunque análogas. Empero, aquellos Consejos emergen con dificultades similares, en particular al momento de configurar su objetivo primordial; es decir, el limitar el tradicional poder e influencia que el Ejecutivo tuvo en el ámbito judicial –en particular donde usualmente ha existido el Ministerio de Justicia como dependencia gubernativa-. Ello ciertamente provocó una

mayor independencia del poder judicial, entendiendo así que la separación de poderes es el principio básico de un Estado de Derecho. Por último, e indudablemente, la creación de este organismo judicial marcó una tendencia democratizadora del poder judicial en su conjunto, puesto que apertura nuevos procesos para la designación y control de jueces y magistrados de manera más transparente, por un lado; mientras que por otro, compone y asegura una mayor eficiencia de la gestión judicial en el marco de instancias de modernización de la justicia y de sus procesos.



## Creación del Consejo Nacional de la Judicatura en el Ecuador

En cumplimiento de la Vigésima Quinta Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria de la Constitución Política del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 93, del 23 de diciembre de 1992, el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional aprobó el 31 de marzo de 1993 la 'Codificación de la Constitución Política' del Ecuador.

Dicha codificación estableció como órganos de la Función Judicial:

- a) La Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores y los tribunales y juzgados de aquella, conforme a la ley;
- b) El Consejo Nacional de la Judicatura; y,
- c) Los demás tribunales y juzgados que las leyes establezcan.

Asimismo, previó que: "El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial. La Ley determinará su integración, forma de elección de sus integrantes, estructura y funciones" (República del Ecuador, 1993, Arts. 99-100).

Pocos meses después, lo consignado en la codificación constitucional no había experimentado ningún avance. Dicha reforma no había definido legalmente nada en tomo al recién creado Consejo Nacional de la Judicatura, y esa era una de las preocupaciones del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Francisco Acosta Yépez, quien en su informe al Congreso Nacional estructuró un breve esquema sobre las responsabilidades que a futuro debería asumir el Consejo Nacional de la Judicatura, tales como:

- "La administración de la Carrera Judicial; en la que se deberá poner especial énfasis a la preparación curricular del personal.
- La elaboración de listas de candidatos para ascensos y demás asignaciones, en base al manejo de un escalafón profesional y el currículum personal de cada empleado, funcionario o magistrado que esté sujeto a concurso de merecimientos y oposición para ser promovido o nombrado.
- Llevar una auditoría muy prolija del rendimiento de juzgados y tribunales de Justicia.
- Elaborar el presupuesto de la Función Judicial, hacerlo aprobar por el organismo o instancias legales respectivas, y ejecutarlo.
- Conocer y resolver sobre las denuncias o faltas del personal de la Función Judicial, excepto de aquellos que

constitucionalmente tienen fuera de la Corte Suprema, y está sujeta al juicio político.

- Fijar la zonificación del territorio para efectos judiciales y ubicar o redistribuir los juzgados o tribunales de justicia.
- Dirimir la competencia entre zona o distritos judiciales.
- Crear, suprimir o fusionar partidas presupuestarias ya sea para cargos, gastos e inversiones.
- Proponer proyectos de ley relativos a mejorar la administración de justicia para que la Corte Suprema los envíe al Congreso Nacional.
- Dictar los reglamentos de todo tipo que posibiliten la aplicación de la Ley.
- Informar de sus labores anualmente al Congreso Nacional" (Corte Suprema de Justicia, 1993, pp. 41-42).

Algunas de estas concebidas atribuciones llegarían con el tiempo a incluirse en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que se aprobaría años después; mientras otras jamás formarían parte de sus facultades, tales como la creación o fusión de partidas presupuestarias, o el informar de sus actividades al Congreso Nacional. Mientras tanto, la Corte Suprema continuó realizando todas las actividades administrativas que tradicionalmente venía realizando, aunque algunas facultades conferidas a su Presidente — como la designación y reclasificación de personal de las áreas administrativas, revaloración de puestos, o licencias y renuncias del personal judicial — fueron transferidas en 1995 a la Corte Suprema en Pleno o a las Cortes Superiores, según el caso (Corte Nacional de Justicia, 1995, 17 de mayo).

Luego de la destitución del cargo de Presidente de la República del abogado Abdalá Bucaram, el presidente interino Dr. Fabián Alarcón Rivera convocó a una Consulta Popular para el domingo 25 de mayo de 1997, cuya décima segunda pregunta decía: *¿Está usted de acuerdo que el Consejo de la Judicatura que establece la Constitución Política cumpla funciones administrativas y que sus miembros sean designados por la Corte Suprema de Justicia?* El resultado favorable de la ciudadanía a esta pregunta, posibilitó que la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura fuese preparada en el segundo semestre de 1997 y enviada al Congreso Nacional.

Meses después, en sesión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 21 de enero de 1998, se presentó un primer informe por parte de la Comisión del Congreso Nacional, encargada de estudiarla; y el 4 de febrero del mismo año el Pleno sesionó para tratar las observaciones y modificaciones propuestas. (Corte Nacional de Justicia, 1998). La noche del 10 de marzo, el Congreso Nacional aprobó el proyecto de Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, en primer debate, y al siguiente día en segundo debate. Finalmente esta Ley, numerada como 68, fue publicada en el Registro Oficial N° 279 de 19 de marzo de 1998.

## Estructura y atribuciones del Consejo Nacional de la Judicatura

El Art. 1 de la Ley Orgánica consideró al Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) como un "órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial [con] personalidad jurídica de derecho público y autonomía administrativa y financiera"; y de acuerdo a su Art. 2, "estará integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado, quien podrá ser o no magistrado integrante de la Corte Suprema de Justicia, quien lo presidirá, y por siete vocales designados por el Pleno de la Corte Suprema". Estos siete vocales provendrán así: a) Tres designados directamente por el Pleno de la CSJ, de fuera de su seno; b) Uno por los ministros de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de los Fiscal, y de las cortes superiores de Justicia; c) Uno por la Federación Nacional de asociaciones judiciales del Ecuador; d) Uno por los decanos de las facultades de derecho, jurisprudencia o ciencias jurídicas de las universidades reconocidas por el CONUEP; y e) Uno por el presidente de los colegios de abogados del Ecuador legalmente reconocidos (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998, Arts. 1-2).

De acuerdo a la ley, fueron órganos del Consejo Nacional de la Judicatura: el Pleno, el Presidente, las Comisiones Administrativa-Financiera y de Recursos Humanos, y el Director Ejecutivo; debiendo el Pleno establecer delegaciones distritales en todos los distritos judiciales del país (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998, Arts. 10). Al Pleno le correspondieron las siguientes atribuciones:

- a) Aplicar las políticas generales de acción aprobadas por la Corte Suprema de Justicia en materias administrativas, económicas, de recursos humanos y disciplinarias;
- b) Designar y remover al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura;
- c) Conocer y resolver las apelaciones administrativas por separación, por incapacidad o inhabilidad; por sanciones disciplinarias de destitución o remoción de los ministros de cortes superiores y tribunales distritales, vocales de tribunales penales, jueces, registradores, notarios y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial. En estos casos, en reemplazo de los vocales que hubieren intervenido en la resolución apelada, actuarán sus alternos. Las resoluciones del pleno del Consejo Nacional de la Judicatura que impongan sanción serán definitivas en la vía administrativa, pero podrán contradecirse en la vía jurisdiccional ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cuya resolución causará ejecutoria. Las resoluciones del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura que impongan sanción serán definitivas en la vía administrativa, pero podrán contradecirse en la vía Contencioso Administrativo;
- d) Dictar, reformar e interpretar su propio Reglamento Orgánico Funcional, los reglamentos orgánicos funcionales de tribunales y juzgados, el Reglamento de Carrera Judicial, y los demás que sean necesarios para el ordenamiento y funcionamiento administrativo, financiero y de manejo de personal de la Función Judicial y los manuales e instructivos correspondientes;
- e) Conocer y aprobar la proforma presupuestaria ordinaria, y el presupuesto especial de inversiones de la Función Judicial y las reformas a dichos presupuestos;
- f) Fijar y actualizar el monto de las tasas judiciales por servicios judiciales; y, las tarifas por trámites administrativos<sup>6</sup>;
- g) Fijar y actualizar los aranceles judiciales, los derechos de conjuces, notarios, registradores, depositarios judiciales y alguaciles; y, el uso de los casilleros judiciales;
- h) Crear tribunales, salas o juzgados, suprimir y modificar los existentes, cuando las necesidades de la Administración de Justicia así lo requiera;
- i) Establecer y modificar la competencia en razón del territorio y de la materia, y fijar la sede de los tribunales, salas o juzgados, en los casos señalados por el literal precedente;
- j) Conceder comisión de servicios en el exterior a los funcionarios y empleados judiciales, con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia;
- k) Declarar de utilidad pública, con fines de expropiación, inmuebles necesarios para el servicio de la Función Judicial;
- l) Aprobar la iniciación de los procedimientos precontractuales de su competencia, de conformidad con la Ley; y,
- m) Las demás atribuciones previstas en la Ley y en los reglamentos respectivos (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998, Art. 11).

<sup>6</sup> Este artículo fue sustituido por el Art. 11 de Ley No. 54, publicada en el Registro Oficial N° 464 de 29 de Noviembre del 2001.



## Acontecimientos previos y conformación del primer Consejo Nacional de la Judicatura

Una vez aprobada la Ley Orgánica, el siguiente paso consistía en conformar el primer Consejo Nacional de la Judicatura. Para ello, y en atención a lo dispuesto en la segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica que habla de dictar reglamentos para el funcionamiento del Consejo, se discute en sesión del Pleno de 20 de mayo de 1998, sobre "la necesidad de contar con un instructivo para la elección de miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, [así como la urgencia] de insistir ante el Tribunal Supremo Electoral la conformación de ternas [de las instancias colegiadas]" para designar a los miembros del CNJ de acuerdo a lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica (Corte Nacional de Justicia, 1998).

Sin embargo, el 5 de junio de 1998, se aprobó una nueva Constitución que fuese redactada por la Asamblea Nacional Constituyente, y que entró en vigencia el 10 de agosto de ese mismo año, al momento de posesionarse el Dr. Jamil Mahuad como Presidente de la República. Esta nueva Constitución, previó que el Consejo Nacional de la Judicatura ya no sólo sea un órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, tal como lo había estipulado su Ley Orgánica; sino que ahora era "el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial" (República del Ecuador, 1998, Art. 206), hecho que provocó cierta inquietud en el Dr. Alfredo Corral Borrero, Conjuez Permanente de la Corte Suprema de Justicia, al inicio de la sesión ordinaria del Pleno de 15 de julio de 1998 (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998).

Un mes más tarde, el 19 de agosto, el Dr. Héctor Romero Parducci, Presidente de la Corte Suprema de Justicia informó al Pleno que "se hallan [ya] conformadas las listas de los colegios nominadores para la integración del Consejo Nacional de la Judicatura, y portanto le corresponde a la Corte Suprema escoger de entre ellas quienes van a conformar dicho Consejo, así como también los tres representantes de la Corte ante tal organismo" (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998). En tal sentido, el 2 de septiembre, el Pleno resolvió aprobar que los miembros de aquellas ternas presenten ante la Corte Suprema de Justicia "la documentación, debidamente certificada, que justifique el cumplimiento de los requisitos de ley", obligación que se extiende también a los candidatos presentados por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Una vez presentados esos documentos, una Comisión, integrada por los Presidentes de las Salas de lo Fiscal, de lo Administrativo, y uno de los Presidentes de lo Penal, de lo Civil, y de lo Laboral y Social, debía presentar un informe para conocimiento del Pleno de la Corte Suprema.

Días después, el 21 de octubre de 1998, el Dr. Camilo Mena Mena, magistrado de la Corte Suprema, remitió una carta manuscrita dirigida a la Dra. Mariana Yépez de

Velasco, Presidenta encargada de la Corte Suprema, en la que solicitó se apruebe una Resolución que permita clarificar un comentario publicado en Diario El Universo, "sobre una eventual intervención de dos partidos políticos en la designación de miembros del Consejo Nacional de la Judicatura" (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998). Un manifiesto titulado 'La Corte Suprema de Justicia al País' y firmado por 18 magistrados acompañaba a la carta manuscrita. En su parte medular manifestaba que:

Frente a las reiteradas afirmaciones [...] sobre influencias de política partidista en las actuaciones del Tribunal, que pretenden afectar su imagen y su misión, declara, enfáticamente, que actúa con total independencia, al margen de toda participación de partidos políticos e intervenciones extrañas a la Institución [...] La demora en la designación de Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, no obedece a juegos de política partidista, como tendenciosamente se viene aseverando en algunos medios de comunicación, sino a la necesidad de establecer claramente el marco jurídico institucional y las políticas generales en materia administrativa, de gobierno, económicas, de recursos humanos y disciplinarias, que deben orientar la acción de este importante órgano de la Función Judicial (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998).

El 4 de noviembre de 1998, el Pleno de la Corte Suprema recibió un informe de la Comisión que estudió la constitucionalidad o no, de algunos artículos de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura. El Pleno resolvió: 1) estar constitucionalmente facultado para elegir a los Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura; 2) que el Consejo Nacional de la Judicatura no tiene personalidad jurídica; y 3) que es constitucional lo previsto en literal c del artículo 2 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, que estipulaba que uno de sus vocales provenga de la Federación Nacional de asociaciones judiciales del país.

Durante los días 11 y 25 de noviembre de 1998, la Corte Suprema aprobó las políticas generales de acción en materias administrativas, económicas, de recursos humanos y disciplinarias para el Consejo Nacional de la Judicatura; que constituyeron "un conjunto de planes y medidas periódicas aprobadas por la Corte Suprema de Justicia con el objeto de establecer un punto de partida para la racionalización integral de las actividades de la Función Judicial dentro del ámbito de competencia del Consejo de la Judicatura" (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998).

Ese mismo 25 de noviembre, el Pleno designó a los Vocales del primer Consejo Nacional de la Judicatura. Así, el Tribunal escogió como Vocales nombrados directamente

por el Pleno de la Corte Suprema, a los doctores Francisco Cuesta Safadí y Marcelo Icaza Ponce, como Primer Vocal Principal y Alterno, respectivamente, por 24 votos. Luego eligió a los doctores Enrique Tamariz Baquerizo y Héctor San Martín Jordán, como Segundo Vocal Principal y Alterno, respectivamente, por 21 votos; y posteriormente se pronunció por los doctores Ricardo Vaca Andrade y Rubi Rodríguez Castelo, para Tercer Vocal Principal y Alterno, respectivamente, por 24 votos (Consejo Nacional de la Judicatura, 1998).

Junto a ellos se incorporaron el Dr. Hernán Quevedo Terán, por las Cortes Superiores de Justicia y Tribunales Distritales de lo Fiscal y Contencioso Administrativo; el Dr. José Robayo Campaña, por la Federación Nacional de Empleados Judiciales; el Dr. Rodrigo Torres, por los Decanos de Jurisprudencia de las Universidades legalmente reconocidas; y el Dr. César Muñoz Llerena, por los Colegios y Federaciones de Abogados del país. En el acta original de posesión, que reposa en el Archivo de Secretaría General de la actual Corte Nacional de Justicia, constan las firmas de todos ellos y de sus respectivos alternos, quienes el 21 de diciembre de 1998 la suscribieron, luego de prestar juramento en legal y debida forma ante el Dr. Héctor Romero Parducci, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de aquella época.

#### **Primer Consejo Nacional de la Judicatura**

##### **Presidente:**

Dr. Héctor Romero Parducci

##### **Vocales Principales:**

Dr. Francisco Cuesta Safadí

Dr. Enrique A. Tamariz Baquerizo

Dr. Ricardo Vaca Andrade

Dr. Hernán Quevedo Terán

Dr. José Robayo Campaña

Dr. Tomás Rodrigo Torres

Dr. César Muñoz Llerena

##### **Vocales Alternos:**

Dr. Marcelo Icaza Ponce

Dr. Héctor San Martín Jordán

Dra. Rubi Rodríguez Castelo

Dr. José Xavier Arosemena Camacho

Dr. Walter Rodas Jaramillo

Dra. Ruth Seni Pinargote

Ese mismo día, emitió su Resolución N° 1, por la cual sus miembros decidieron asumir sus respectivas atribuciones y deberes; mientras que mediante Resolución N° 4, se decidió convocar a un Concurso de Merecimientos y Oposición para nombrar Director Ejecutivo del Consejo, aunque dicha designación habría de demorar algún tiempo. Una semana más tarde, el 4 de enero de 1999, el Consejo resolvió integrar la terna para la elección del Ministro Fiscal General del Estado, remitiéndola al Congreso Nacional. En el seno de la legislatura no existió el consenso necesario para elegir a dicho funcionario, razón por la cual, el Dr. Ignacio Vidal Maspons, renuncia a presidir dicha terna, provocando que la misma quede desintegrada y sea devuelta por el Congreso al Consejo Nacional de la Judicatura para su reintegro.

Asimismo se conformaron las dos Comisiones previstas en la Ley. La Administrativa-Financiera compuesta por los doctores Hernán Quevedo, Enrique Tamariz y Tomás Rodrigo Torres; y la Comisión de Recursos Humanos, integrada por los doctores Ricardo Vaca, Francisco Cuesta, José Robayo y César Muñoz. Durante unos pocos meses, el Consejo Nacional de la Judicatura tuvo sus oficinas en el segundo piso del antiguo edificio de la Registraduría de la Propiedad (calle Piedrahita, entre 6 de Diciembre y Ponce) de la ciudad de Quito, frente al edificio que en aquel entonces ocupaba la Corte Suprema de Justicia y en cuyo Salón de Honor se reunía el Consejo en Pleno. Poco después se previó que el Consejo funcione en un par de oficinas en el Edificio Benalcázar Mil (Avenida 10 de Agosto y calle Riofrio); aunque casi enseguida pasó a ocupar el edificio que anteriormente había pertenecido al Fondo Nacional de Preinversión (FONAPRE), ubicado en las calles Washington y avenida Amazonas, y que la Corte Suprema había dispuesto adecuar y equipar desde 1994 para dependencias judiciales.

## Operatividad del Consejo Nacional de la Judicatura: 1999-2004

Ya instalado el Consejo en su nuevo edificio, inició una ardua tarea de sus funciones previstas en la Ley, creándose muchas expectativas tanto a nivel judicial, político y ciudadano, razón por la cual decidió en septiembre de 1999 publicar un *Boletín Informativo*, en el cual se brindaría toda la información necesaria para la comprensión de su trabajo y "para colaborar en la rectificación de procedimientos que han sido la causa de problemas administrativos y disciplinarios dentro de la Función Judicial" (Consejo Nacional de la Judicatura, 1991, p. 1). Hasta el número 6 del boletín se mantuvo una casi regular entrega, suspendiéndose luego su publicación por dos años y reapareciendo el número 7 en abril del 2002. En los primeros números hizo énfasis para que la ciudadanía conozca las nuevas tasas por servicios judiciales aprobadas el 13 de agosto de 1999, así como las medidas disciplinarias adoptadas contra diversos funcionarios judiciales del país, y la regulación de los Centros de Mediación; aunque luego también informará la gestión del Consejo a nivel distrital, es decir en las diversas provincias del país.

Durante el año 99 continuó presidiendo el Consejo, el Dr. Romero Parducci, aunque en determinadas sesiones debió encargar la presidencia del Consejo a diversos magistrados de la Corte Suprema o delegados, tales como Alfredo Contreras Villavicencio -Presidente subrogante de la Corte Suprema-, Hugo Quintana Coello, Bolívar Vergara Acosta, Teodoro Coello Vásquez, Miguel Villacís, entre otros. Fue la época de una serie de actividades respaldadas en el marco de un Convenio de Cooperación con el Consejo General del Poder Judicial de España, suscrito el 18 de mayo de 1999, y que permitió a través de varias consultorías, diagnosticar la situación de la administración judicial de aquel entonces, analizar el marco legal vigente, y establecer la metodología para elaborar los lineamientos de los departamentos de Registro y Control, Quejas y Estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura.

El 11 de enero del 2000, Romero deja de ser Presidente de la Corte Suprema y del Consejo Nacional de la Judicatura, siendo designado el Dr. Galo Pico Mantilla, quien se venía desempeñando como magistrado de la Corte Suprema. Uno de los logros, en aquel momento, fue permitir que varios servidores judiciales puedan participar en los programas de capacitación impulsados por el Aula Iberoamericana; así como desarrollar diversos seminarios de capacitación impulsados por el Consejo Nacional de la Judicatura, la Fundación Esquel, el Fondo de Justicia y Sociedad de la AID, la Universidad San Francisco, la Comisión Andina de Juristas, la Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos, y otras instituciones.

En cuanto a su labor, y en el periodo de enero a noviembre del 2000, La Comisión de Quejas del Consejo Nacional de la

Judicatura recibió cerca de 700 denuncias, levantando una serie de expedientes administrativos que provocaron algunas destituciones, suspensiones, amonestaciones y multas a diversos funcionarios judiciales. Todo ello en el marco de generar procesos ágiles, eficientes y transparentes en la administración de justicia. Internamente, el Vocal Dr. Hernán Quevedo Terán es designado miembro de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que en noviembre del 2000 asume como su reemplazo en el Consejo Nacional de la Judicatura, el Dr. Walter Rodas Jaramillo.

El 4 de septiembre de 2001 el Pleno del Consejo, de acuerdo al Art. 11 de la Ley Orgánica, nombra al Dr. Olmedo Castro Espinosa, como Director Ejecutivo, y a quien le corresponderá la representación legal, judicial y extrajudicial del Consejo Nacional de la Judicatura, y otras atribuciones previstas en el Art. 21 de la Ley Orgánica. Castro comenzará a actuar desde el 2 de octubre del 2001.

El 23 de enero de 2002 es elegido el Dr. Armando Bermeo Castillo como Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura. En marzo de ese año se creó la Unidad de Capacitación de la Función Judicial; y el Consejo Nacional de la Judicatura, conjuntamente con el Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador (Projusticia), habilitó por primera vez en la historia una página web de consulta de causas, sorteos y citaciones por internet (Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, p. 1). Asimismo, en agosto de ese año, se suscribió un acuerdo de cooperación con el Centro de Justicia de las Américas, para la realización de una serie de seminarios, conferencias y publicaciones; así como talleres de capacitación y seminarios virtuales, también con el financiamiento de Projusticia.

El Consejo Nacional de la Judicatura había comenzado a ganar prestigio en su labor de manejo y control administrativo de la Función Judicial, al punto que en julio de 2002 salió en defensa de esta, y rechazó las declaraciones de Loren Smith, Juez de la Corte de Reclamos Federales de los Estados Unidos, quien se había permitido expresar en torno a la justicia ecuatoriana que existía una "dudosa honestidad de las cortes [ecuatorianas]" (Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, p. 1). Posteriormente, un representante español de la compañía Repsol, Olindo Gómez, también "realizó declaraciones referentes a que la justicia en Ecuador se movía únicamente con dinero (Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, p. 1)". En realidad existían muchas deficiencias internas, pero se concebían serios esfuerzos institucionales por transformar la Función Judicial, y depurarla de elementos nocivos.

Así, a finales del 2002 y en su informe de labores, el Dr. Bermeo indicó que entre enero y diciembre de ese

año, el Consejo Nacional de la Judicatura recibió 1126 denuncias contra funcionarios y empleados de la Función Judicial, amonestándose a 136 magistrados y jueces, suspendiéndose a 66 funcionarios y destituyéndose a 36 jueces y magistrados por faltas graves en el cumplimiento de sus deberes (Corte Suprema de Justicia, 2002, pp. 15; 130-131); aunque un informe de la Comisión de Recursos Humanos informaba que desde que inició sus labores el Consejo Nacional de la Judicatura, y durante cuatro años (1999 a 2002), se había resuelto 3344 causas disciplinarias en la Función Judicial (Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 4), de las cuales 136 consistieron en destituciones de funcionarios judiciales<sup>7</sup>. Por otro lado, la misma Comisión dispuso a fines de 2002 la ejecución de una auditoría a los juzgados penales de Pichincha y Guayas, sobre el despacho de boletas de prisión preventiva y excarcelación; y la instalación de 26 cámaras de seguridad en la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, pp. 1-3).

Desde julio del 2002 se iniciaron las gestiones para la adquisición del antiguo edificio de Filanbanco, ubicado en las avenidas Amazonas y Naciones Unidas, de la ciudad de Quito, para uso de la Corte Suprema de Justicia. Recordemos que en el proceso de saneamiento de Filanbanco, se entregó el dominio de dicho inmueble a uno de sus acreedores, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), quien se encargó de venderlo a la Función Judicial en once millones y medio de dólares. Dicha transacción fue cuestionada por algunos medios de comunicación, intentando involucrar al Consejo Nacional de la Judicatura en la utilización de aquellos recursos económicos, provenientes de la renegociación de la deuda externa y que sirvieron para la compra del citado edificio, por el solo hecho de haber recibido la transferencia económica y pasarla luego íntegramente al ISSFA. Sin embargo, poco tiempo después, el ex presidente de la República León Febres Cordero denunció al también ex presidente Gustavo Noboa y su equipo económico por supuestas irregularidades en la negociación de la deuda externa; y en ese marco, el dinero que fue utilizado en la compra del edificio, había provenido de los llamados 'bonos globales', que debían exclusivamente servir para la reestructuración de la deuda externa. La denuncia provocó en el 2003 una orden de prisión preventiva en contra de Noboa, quien debió asilarse en República Dominicana por cerca de dos años, hasta que la Corte Suprema de Justicia declaró nulo el juicio contra Noboa.

Continuando con el avance de los procesos del Consejo



<sup>7</sup> De estas 136 destituciones, 46 correspondieron a jueces, 21 secretarios, 23 ayudantes judiciales, 7 notarios, 11 registradores, entre otros.



Nacional de la Judicatura, en febrero de 2003 se inició la modernización del sistema judicial, cuando se "puso en funcionamiento en el Distrito Judicial de Pichincha el sistema de sorteo automático de las causas sometidas a resolución judicial" (Consejo Nacional de la Judicatura, 2002, p. 1), y así evitar cualquier posibilidad de corrupción. Por otro lado, ese mismo mes, el Consejo decidió crear la Escuela Judicial para la capacitación de jueces y magistrados; pero también el Reglamento de evaluación de Ministros de Tribunales Distritales, Ministros de Cortes Superiores, Vocales de Tribunales Penales, Jueces, Notarios, Registradores y otros servidores judiciales, "con el objeto de determinar el nivel y grado de rendimiento y desempeño de las actividades y funciones inherentes a sus cargos" (Consejo Nacional de la Judicatura, 2003).

A finales del 2003, el Consejo Nacional de la Judicatura cumplió cinco años desde su creación, por lo cual presentó su informe de labores, en el que detalló el "empeño en la modernización de los despachos judiciales en el área penal y civil, con la implementación de normas informáticas" y el mejoramiento del sistema judicial en los ámbitos administrativos, financiero y de recursos humanos.

El 7 de enero de 2004, con el apoyo de un grupo de magistrados afines al Partido Socialcristiano, fue designado como presidente de la Corte Suprema de Justicia el Dr. Hugo Quintana Coello. A principios del 2004, con el apoyo técnico de la firma Price Waterhouse, el patrocinio de Fundación Esquel y la cooperación de la AID se realizó la primera evaluación judicial, sobre el desempeño de 135 jueces de Pichincha y Guayas en el período de enero a noviembre de 2003, cuyos resultados revelaron que sobre 100 puntos, el 51% de los jueces obtuvo una calificación entre 80 y 89 puntos; el 41% alcanzó una calificación entre 70 y 79 puntos; un 7% obtuvo una calificación por debajo de los 70 puntos; y solo el 1% obtuvo una calificación excelente, es decir entre 90 y 99 puntos. Estos resultados mostraban que todavía había mucho que hacer en materia de administración judicial, y en ello se empeñaría en adelante el Consejo Nacional de la Judicatura.

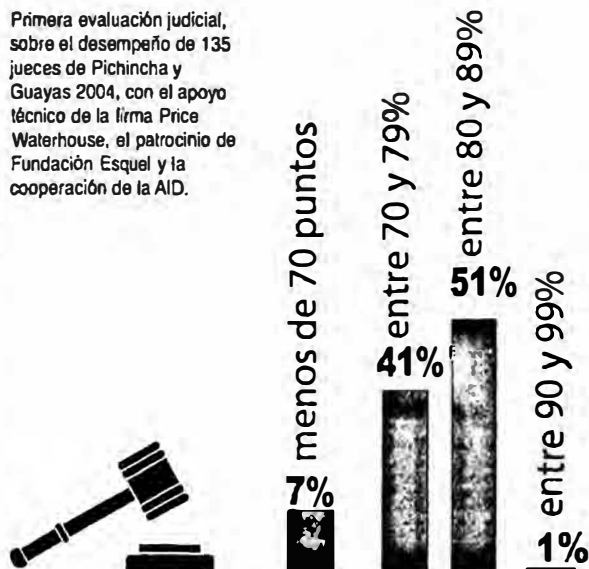
Durante la administración del presidente Lucio Gutiérrez, este vertió una serie de imputaciones en contra de magistrados y jueces; así como amenazas a los órganos de la Función Judicial, lo que le valió, en octubre de 2004, un enérgico rechazo por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia presidida por Quintana Coello. El coronel Gutiérrez, a partir de noviembre de ese año, logró consolidar una mayoría de diputados en el Congreso que terminó reorganizando el Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal Constitucional. Nuevas alianzas con el Partido Roldosista (PRE) y con el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN) en diciembre del mismo año, consumaron la concentración de poderes, permitiendo al Congreso el nombramiento de una nueva Corte Suprema de Justicia. Así, el miércoles 8 de diciembre de 2004, el Congreso destituyó a 27 de los 31 magistrados de la Corte Suprema de Justicia, nombrando a nuevos jueces, quienes el viernes 10 de diciembre designaron

a Ramón Rodríguez Noboa como nuevo presidente de la Corte (Diario El Universo, 2004)<sup>8</sup>. Ese mismo día, la Corte Suprema remitió un comunicado al país, que en su parte pertinente manifestaba:

La resolución que nos designó, recogiendo disposiciones constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento jurídico constitucional del país, dispuso que en un plazo no mayor a 15 días reestructuraremos el órgano de administración de la Función Judicial, esto es el Consejo Nacional de la Judicatura; por lo que, como se vence el plazo para el que fueron designados los actuales Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, el próximo viernes 21 de diciembre del presente año, esta Corte oportunamente solicitará al Tribunal Supremo Electoral que convoque a los colegios electorales, y antes de la fecha indicada nos permita cumplir con las designaciones que por ley corresponden, a fin de evitar innecesariamente prórrogas que afectan la estabilidad e independencia de la Función Judicial (Corte Suprema de Justicia, 2005, pp. 66-67).

Sin embargo el 21 de diciembre llegó y no se procedió con la elección. El Pleno de la Corte Suprema resolvió "que la elección de los Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura se postergue hasta después de la vacancia judicial, una vez que se reciban las nóminas de candidatos elaborados por los Colegios Nominadores convocados por el Tribunal Supremo Electoral" (Corte Suprema de Justicia, 2005, pp. 69).

Primera evaluación judicial, sobre el desempeño de 135 jueces de Pichincha y Guayas 2004, con el apoyo técnico de la firma Price Waterhouse, el patrocinio de Fundación Esquel y la cooperación de la AID.



<sup>8</sup> Tres días más tarde, Rodríguez le manifestó con ingenuidad al periodista Carlos Vera de Ecuavisa: "El presidente de la República [Lucio Gutiérrez] me llamó telefónicamente y me dijo: Le propongo a Usted la presidencia de la Corte Suprema de Justicia".

## El accidentado año 2005

El 12 de enero de 2005, Rodríguez renunció a la presidencia de la Corte Suprema, dejando constancia en el texto de renuncia, de su inconformidad por la resolución del Pleno de la Corte Suprema, que negó la posibilidad de que la sociedad civil cuestionara a los candidatos a vocales del Consejo Nacional de la Judicatura. "Esto significaba que la ciudadanía podía presentar impugnaciones contra los postulantes, posición defendida por Rodríguez porque 'obedece sin lugar a dudas a una actitud de transparencia y responsabilidad', especialmente cuando se trata de la Función Judicial" (Diario El Universo, 2005). Según el artículo 26, inciso segundo de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en caso de falta del presidente de la Corte Suprema de Justicia, lo reemplazará el ministro más antiguo hasta completar el periodo. Así, asumió el roldosista Guillermo Castro Dáger, quien presidió lo que popularmente la ciudadanía se encargó de llamar la Pichi-Corte.

Durante su administración, que habría de ser muy corta, se nombraron en enero del 2005 a los nuevos Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, el cual quedó integrado de la siguiente manera:

### Segundo Consejo Nacional de la Judicatura

#### Presidente:

Dr. Guillermo Castro Dáger

#### Vocales:

#### Comisión Administrativa-Financiera

Dr. Jacinto Bajaña Granja

Dr. Alejandro Carrión Pérez

Dr. Jaime Rodríguez Sacoto

#### Comisión de Recursos Humanos

Dr. Germánico Maya Rivadeneira

Dr. José Robayo Campaña

Dr. Ramiro Aguilar Pozo

#### Instanciador de Quejas

Dr. Felipe Granda Aguilar

#### Director Ejecutivo:

Dr. Olmedo Castro Espinosa

Castro actuó en pocas oportunidades como Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura: un par de veces en enero, otra en febrero y otra ocasión en marzo de 2005; asomando el Dr. Tito Livio Mendoza Guillén –magistrado de la Sala de los Fiscal de la Corte Suprema- como encargado de la Presidencia del Consejo Nacional de la Judicatura en enero y febrero del 2005. Por otro lado, el 16 de marzo de 2005, la Corte Suprema de Justicia, presidida por su subrogante Dr. Francisco Ycaza Garcés, resolvió dictar nuevas políticas generales del Consejo Nacional de la Judicatura, que se agregaron a las ya dictadas a fines de 1998; nuevas políticas

que terminarían siendo derogadas en junio de 2006.

A finales de marzo de 2005, Castro anuló los juicios que se seguían en contra del ex presidente Abdalá Bucaram, permitiendo su regreso al Ecuador desde Panamá, en donde se hallaba asilado. Ello generó una masiva oposición ciudadana a la Corte Suprema, que desencadenó las protestas ciudadanas de abril del 2005. El 15 de ese mes y mediante Decreto Ejecutivo, Gutiérrez destituyó a la llamada Pichi-Corte, lo que fue ratificado por el Congreso Nacional el día 17, dejando en suspenso la definición de una fórmula para designar a los nuevos magistrados. Con esta decisión se inició una vacancia indefinida en la Corte Suprema de Justicia. Por último, el 20 de abril de 2005, se produjo la caída del presidente Gutiérrez.

Poco después, el Secretario General de la OEA, en respuesta a la solicitud del Gobierno del Ecuador, presidido ahora por el Dr. Alfredo Paiaico, estableció una Misión Especial para acompañar el proceso de selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia durante los meses de julio a noviembre de 2005. "La Misión estuvo integrada por sus Representantes Especiales, Sonia Picado (Costa Rica) y José Antonio Viera-Gallo (Chile); Misión Especial que se desarrolló de conformidad con las provisiones de la Carta Democrática Interamericana y, en particular, con lo estipulado en la Resolución 883 del Consejo Permanente de 5 de mayo de 2005, que solicitó al Secretario General de la OEA poner a disposición del Gobierno del Ecuador los recursos y la experiencia de la Organización en apoyo al fortalecimiento de la democracia".

El Congreso formó una comisión de varios partidos políticos que presentó la Ley Reformatoria de la Ley Orgánica de la Función Judicial al Presidente. Esta Ley estableció el proceso para la conformación de la nueva Corte Suprema que pretendió permitir la participación de la ciudadanía y asegurar la transparencia a través de veedurías e impugnaciones públicas de candidatos (Rivadeneira, 2006, pp. 24-25). Más de trescientos candidatos presentaron sus hojas de vida para ocupar 31 puestos de magistrados y 22 de conjuces; y el 28 de noviembre de 2005 el Comité Calificador designado por el Congreso, luego de dos rondas de calificación nombró a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en orden de mayor puntaje obtenido en el proceso de selección. El 30 de noviembre de ese año tomaron posesión de sus cargos, y al siguiente día nombraron como su presidente al Dr. Jaime Velasco Dávila.

En esos meses de abril a noviembre de 2005, tampoco existió Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura. Las pocas Resoluciones fueron tomadas en Pleno por los Vocales nombrados en enero de ese año; y la mayoría de aquellas resoluciones tuvieron que ver con traslados de juzgados y notarías de un lugar geográfico a otro, y ampliación de sus jurisdicciones y competencias (Consejo Nacional de la Judicatura, 2005).

9 *Cl. Organización de Estados Americanas, "El Restablecimiento de la Corte Suprema de Justicia en Ecuador", en <http://www.oas.org/en/spa/secretaria/Ecuador.asp>*

**FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA****Archivos**

- Archivo de Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia / Quito (ASGCN/Q):
  - Resoluciones: 1994-1998.
  - Actas de Sesiones: 1995-1998.
- Archivo de Secretaría General del Consejo de la Judicatura / Quito (ASGCJ/Q)
  - Actas de Sesiones del Pleno: 2003-2010

**Libros**

- Amelia Ribadeneira, Una Corte de Justicia con la participación de la ciudadanía, Quito, Edic. Don Bosco, 2006.
- Biscaretti di Rufia, Paolo, Introducción al derecho constitucional comparado. Las 'formas de Estado' y las 'formas de gobierno'. Las Constituciones modernas, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Coelho, Augusto Victor, "Consejo Superior de la Magistratura. La experiencia portuguesa", en Justicia y sociedad, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- Comité de expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción, Informe final sobre la implementación en la República Federativa de Brasil de las disposiciones de la Convención, Washington D.C., Novena Reunión, 31 de marzo de 2006.
- Consejo de la Judicatura, "Posición del Consejo de la Judicatura frente al Referendo", en Rendición de Cuentas. Informe a la Asamblea 2010, Quito, 2010.
- Consejo de la Judicatura, Rendición de Cuentas 2009, Quito, s/e, marzo 2010.
- Consejo de la Judicatura, Rendición de Cuentas. Informe a la Asamblea 2010, Quito, Imp. Inmomanri, febrero 2011.
- Daga, Luigi, Il Consiglio Superiore della Magistratura, Nápoles, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1973, citado en José María Rico, Justicia penal y transición democrática en América Latina, México, Siglo XXI Editores, 1997.
- Guerrero, Omar, La Secretaría de Justicia y el Estado de derecho en México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- Institut International D'Administration Publique, L'État en transition: L'Europe centrale, Paris, La Documentation Française, Coll. Dossiers et débats, 1992.
- Kirkwood Ensor, Robert Charles, Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.
- Renoux, Thierry y Michel de Villiers, Code Constitutionnel. Commenté et annoté, Paris, Edit. Litec, 1994.
- Sánchez-Castañeda, Alfredo, "El Consejo Superior de la Magistratura francés: Una independencia difícil de conseguir", en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

**Normas jurídicas**

- Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial N° 183, 5 de mayo de 1993.
- Código Judicial de la República de Panamá, Gaceta Oficial de Panamá N° 20756, 10 de Marzo de 1987.
- Constitución de la República del Ecuador, 1967.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1978.
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.
- Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, Registro Oficial N° 279, 19 de marzo de 1998.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, Alcance N° 24 de la Gaceta N° 124, 1 de julio de 1993.

**Registros Oficiales**

- Registro Oficial N° 112 de 20 de enero de 1999.
- Registro Oficial N° 464 de 29 de Noviembre del 2001.
- Registro Oficial N° 556, 1 de abril de 2005.
- Registro Oficial N° 89, 22 de mayo de 2007.
- Registro Oficial Suplemento N° 479, Quito, 2 de diciembre de 2008.
- Registro Oficial N° 493, Quito, 22 de diciembre de 2008.
- Registro Oficial N° 501 de 28 de julio de 2011.
- Registro Oficial N° 505 de 3 de agosto de 2011.
- Suplemento del Registro Oficial N° 490, Quito, 13 de julio de 2011.

**Informes**

- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Francisco Acosta Yépez, Presidente, Quito, Offset Corte Suprema de Justicia, 1993.
- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Héctor Romero Parducci, Presidente, Quito, S/e, 1999.
- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente, Quito, Impresores MYL, 2000.
- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Armando Bermeo Castillo, Presidente, Quito, Impresores MYL, 2002.
- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Guillermo Castro Dáger, Presidente, Quito, Impresores MYL, 2005.
- Corte Suprema de Justicia, Informe al Congreso Nacional. Dr. Jaime Velasco Dávila, Presidente, Quito, impresores Taski, 2006.
- Corte Suprema de Justicia, Informe de labores 2007, Quito, Imp. Poder Gráfico, enero 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Informe de labores 2008, Quito, s/e, 2008.

**Periódicos**

- Diario Hoy, Quito, 8 de enero de 2004.
- Diario La Hora, Quito, 14 de enero de 2004.
- Diario El Universo, Guayaquil, 10 de diciembre de 2004.

- Diario El Universo, Guayaquil, 14 de enero de 2005.
- Diario El Universo, Guayaquil, 23 de febrero de 2006.
- Diario El Universo, Guayaquil, 31 de octubre de 2006.
- Diario El Universo, Guayaquil, 6 de junio de 2010.
- Diario Hoy, Quito, 13 de julio de 2009.
- Diario Hoy, Quito, 21 de junio de 2010.
- Diario El Comercio, Quito, 29 de diciembre de 2010.
- Diario El Mercurio, Cuenca, 4 de julio de 2010.
- Diario El Universo, Guayaquil, 10 de enero de 2011.
- Diario Hoy, Quito, 3 de mayo de 2011.
- El Ciudadano, Periódico digital del gobierno de la Revolución Ciudadana, martes 17 de mayo de 2011.
- Diario El País, Madrid, 5 de febrero de 2012.

#### Revistas y boletines

- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 1, Quito, septiembre 1999.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 8, Quito, marzo 2002.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 13, Quito, agosto 2002.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 17, Quito, diciembre 2002.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 19, enero 2003.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 34, abril 2004.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Boletín Informativo, Época II, N° 3, Quito, marzo 2007.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Revista, N° 1, Año 9, Quito, s/e, septiembre 2007.
- Consejo de la Judicatura, Boletín Informativo, N° 1, Quito, Imp. Gráficas del Pacífico, diciembre 2009.
- Consejo de la Judicatura, Desde Adentro. La nueva visión de la justicia, Boletín informativo N° 2, Quito, Imp. Goldfox, mayo 2010.
- Consejo de la Judicatura, Desde Adentro. La nueva visión de la justicia, Boletín informativo N° 3, Quito, Imp. Goldfox, junio 2010.
- Consejo de la Judicatura, Desde Adentro. La nueva visión de la justicia, Boletín informativo N° 7, Quito, Imp. Goldfox, diciembre 2010.
- Consejo de la Judicatura – Dirección Provincial de Pichincha, "Defensa del Presidente del Consejo de la Judicatura en el seno del Pleno de la Asamblea Nacional", en Revista Institucional, Quito, Imp. del Consejo de la Judicatura, junio 2011.
- Revista Vistazo, Guayaquil, 26 de julio de 2011, versión on-line.

#### Fuentes electrónicas

- "Historia del Consejo de la Judicatura [de México]", en web oficial del Poder Judicial del Distrito Federal: [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PJDF/Historia\\_Consejo](http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PJDF/Historia_Consejo)
- Fix-Zamudio, Héctor y Héctor Fix-Fierro, "El Consejo de la Judicatura", en Cuadernos para la Reforma de la Justicia, N° 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, versión on-line disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=86>
- <http://andes.info.ec/2009-2011.php?p=59305>
- Organización de Estados Americanos, "El Restablecimiento de la Corte Suprema de Justicia en Ecuador", en <http://www.oas.org/en/spa/secretariat/Ecuador.asp>
- Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, Informe Final, Quito, diciembre de 2012, en [www.participacionycontrolsocial.gob.ec](http://www.participacionycontrolsocial.gob.ec)

#### Fuentes orales

- Informes Dra. Sylvana León León (EX Prosecretaria de la Corte Suprema de Justicia). Quito, 2012 (entrevista).



# HISTORIA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ECUADOR

## Parte II

Javier Gomezjurado Zevallos

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctor en Sociología y Ciencias Políticas, Magíster en Historia Andina y Magíster en Desarrollo. Docente de la Universidad Central del Ecuador, conferencista, y articulista en varias revistas. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia, Miembro Correspondiente de la Academia Nariñense de Historia y de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, así como de otras entidades culturales. Autor de varios libros y artículos monográficos sobre temas históricos, políticos, sociológicos y costumbristas.*

### RESUMEN

El presente trabajo analiza el devenir del Consejo de la Judicatura en el Ecuador, desde su establecimiento como órgano de la Función Judicial en 1993, hasta nuestros días; evidenciando, de manera inicial, las referencias históricas que hicieron posible su creación en diversos Estados de Europa y de América, como preámbulos para la configuración de dicho Consejo en nuestro país, con el fin ulterior de provocar una mayor independencia del poder judicial, y permitiendo comprender que la separación de poderes es el principio básico de un Estado de Derecho.

Seguidamente se estudia la estructura y atribuciones del primigenio Consejo Nacional de la Judicatura, así como los acontecimientos respecto a su conformación y operatividad desde 1998 hasta el 2008, año en que la nueva Constitución de la República modifica la composición de la Función Judicial, dando paso a la instauración de un nuevo Consejo de la Judicatura que, luego de la Consulta Popular de 2011, se convierte en "transitorio" y provoca una serie de cambios estructurales; permitiendo luego la integración del actual Consejo de la Judicatura con nuevas funciones y organización.

**PALABRAS CLAVE:** *Consejo de la Judicatura, Historia, poder judicial.*

### ABSTRACT

The present paper analyzes the development of the Consejo de la Judicatura in Ecuador, since its establishment as part of the judicial branch in 1993 to our days. It pretends to show the historic references that made possible its creation in diverse European and American countries, becoming an antecedent for its origin in our country. The Consejo de la Judicatura intended to improve the judicial's branch independence, allowing the understanding that the separation of powers is a main principle of the Rule of Law.

Next, the Consejo de la Judicatura's structure and functions will be studied, as well as the events that occurred since its origin from 1998 to 2008, when the Constitution changed the judicial's branch structure, making possible the establishment of a brand new Consejo de la Judicatura. After the 2011 referendum, it was decided to make it "transitory", bringing several structural changes and giving way to the conformation of the present Consejo de la Judicatura, which now has new functions and a new organization.

**KEYWORDS:** *Judicial Council, History, judiciary.*

## El Consejo Nacional de la Judicatura: 2006-2008

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia se reúne los días 14 y 15 de diciembre de 2005 para discutir acerca de la reestructuración del Consejo Nacional de la Judicatura, para lo cual resuelve notificar al Tribunal Supremo Electoral para que se convoque a los respectivos colegios electorales, a fin de que postulen a sus candidatos. Asimismo decide expedir, en forma previa, un instructivo de calificación de méritos y oposición para la designación de los Vocales del Consejo, pero sobre todo disponer que se realice una auditoría administrativa y financiera respecto a la gestión del Consejo Nacional de la Judicatura, correspondiente al 2005.

El nuevo instructivo ratificó el nombramiento de tres Vocales, previo concurso de méritos y oposición, por parte de la Corte Suprema; así como de cuatro Vocales, de entre las listas propuestas por los distintos colegios electorales, previo concurso de méritos y oposición. Este nuevo Consejo Nacional de la Judicatura terminó por configurarse el 22 de febrero de 2006, tras ocho horas de conversaciones reservadas por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Diario El Universo, 2006), quedando integrado así:

### Tercer Consejo Nacional de la Judicatura

#### Presidente:

Dr. Jaime Velasco Dávila

#### Vocales Principales:

#### Comisión Administrativa-Financiera

Dr. Herman Jaramillo Ordóñez

Dr. Jorge Vaca Peralta

Dr. Bolívar Andrade Ormazá

#### Comisión de Recursos Humanos

Dr. Xavier Arosemena Camacho

Dr. Max Ulpiano Salazar Ochoa

Dra. Rosa Cotacachi Narváez

Dr. Benjamín Cevallos Solórzano

#### Director Ejecutivo:

Dr. Olmedo Castro Espinosa

El 30 de octubre de 2006 la Corte Suprema de Justicia decidió titularizar a los doctores Edgar Zárate Zárate y Víctor Hugo Castillo Villalonga, como Vocales principales del Consejo Nacional de la Judicatura, en reemplazo de Arosemena y Cotacachi, quienes fueron removidos por la Corte en esa

fecha por "desacato a la resolución del Tribunal Constitucional que dio paso a la reorganización de la función judicial" (Diario El Universo, 2006)<sup>1</sup>. Sin embargo, los destituidos apelaron dicha resolución de la Corte; pero aunque la Tercera Sala del Tribunal Fiscal de Pichincha se pronunció en febrero de 2007 en contra de su destitución, y de que el Tribunal Constitucional declarara ilegal el nombramiento de los alternos Zárate y Castillo, Arosemena y Cotacachi fueron impedidos por la policía de ingresar a las oficinas del Consejo Nacional de la Judicatura, por orden del Presidente del Consejo, Jaime Velasco Dávila (Diario El Universo, 2006). Solo el fallo del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2007 permitió el reintegro de Arosemena y Cotacachi a sus funciones.

Entre las labores del Consejo, entre marzo del 2006 y febrero del 2007, se expidieron 499 resoluciones a través de su Comisión de Recursos Humanos; se integró la terna para Ministro Fiscal General, presidida por el Dr. Washington Pesántez; se aprobaron varios instructivos para concursos de méritos y oposición; y se aprobó y difundió el Plan Estratégico para cinco años. A principios de mayo de 2007 la Corte Suprema de Justicia, como parte de sus competencias, resolvió dictar nuevas Políticas Generales para ser aplicadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, las cuales se constituían como un conjunto de planes y medidas periódicas para la racionalización integral de las actividades de la Función Judicial, dentro del ámbito del Consejo de la Judicatura (Registro Oficial N° 89, 2007, p. 7)

El 28 de mayo de 2007, el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, Olmedo Castro, es removido de su cargo, puesto que tenía algunos procesos iniciados en su contra por razones administrativas y por faltas graves en contra de ciertos magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Director Jurídico del Consejo, Gustavo Donoso Mena se hace cargo de la Dirección Ejecutiva. (Archivos del Consejo Nacional de la Judicatura, 2007).

En septiembre de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura publica el N° 1 de su revista oficial, cuyo consejo editorial estuvo integrado por el Dr. Ulpiano Salazar como director, el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez como subdirector, y la Lic. Sonia Naveda como editora; cuyo objetivo era informar de las diversas actividades del Consejo, así como publicar algunas colaboraciones intelectuales y jurídicas. Allí se informó que para julio del 2007, las resoluciones emitidas por la Comisión de Recursos Humanos habían aumentado a 963, habiéndose aplicado 577 sanciones entre junio del 2006 y julio del 2007, de las cuales 157 correspondieron a destitución

<sup>1</sup> Según otros medios de comunicación, los destituidos habrían cometido negligencia en la investigación del sindicalista Luis Muñoz, ex presidente de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador - Fenaja.

de jueces, vocales distritales y otros funcionarios (Consejo Nacional de la Judicatura, 2007, p. 73).

A fines de septiembre de 2007, se realizaron elecciones en todo el país para escoger a los asambleístas constituyentes que se reunirían en Montecristi para redactar una nueva Constitución, en concordancia a lo aprobado en el Referéndum de enero de ese año. Ciento treinta asambleístas, de los cuales 80 pertenecía a Movimiento Alianza PAÍS, se reunieron así el 30 de noviembre de 2007 para dar inicio a la tarea de escribir el nuevo texto constitucional. Paralelamente el Congreso Nacional fue disuelto y la función legislativa pasó a manos de la Asamblea Constituyente.

El 15 de enero de 2008, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura, Jaime Velasco Dávila, envió un extenso informe de labores a Alberto Acosta, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente (Corte Suprema de Justicia, Informe de labores 2007, p. 3). Velasco estuvo en la presidencia de la Corte Suprema hasta el 23 de enero, fecha en que se eligió como nuevo Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura al Dr. Roberto Gómez Mera, que se venía desempeñando como magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, y quien se posesionó el 31 de enero. A él le tocaría enfrentar los cambios propuestos desde la Asamblea Nacional Constituyente, y acompañado de jueces y magistrados exponer sus puntos de en torno

a las reformas de la Función Judicial, y que según Gómez "desgraciadamente y para los anales de la historia, ni uno sólo de nuestros planteamientos fue recogido" (Corte Suprema de Justicia, Informe de labores 2008, p. 8). En ese mismo 2008 ya actuaba como Vocal principal del Consejo Nacional de la Judicatura el Dr. Hernán Marín Proaño, en reemplazo del Dr. Bolívar Andrade Ormazza, quien a su vez había renunciado al Consejo en diciembre del 2007.

Durante la administración de Gómez se impulsó el fortalecimiento de la Escuela Judicial, puesto que se suscribieron varios convenios para capacitación con el Ministerio Público, el Consejo Nacional de Educación Superior, la Asociación de Abogados Americanos y otras instituciones; se realizaron acercamientos de cooperación internacional; se ampliaron las áreas de capacitación de la Escuela Judicial, en el marco de actualización del Programa de Formación Continua de Jueces (Corte Suprema de Justicia, Informe de labores 2008, p. 8).



## De la mano de la Constitución del 2008

La Constitución redactada en Montecristi y aprobada con el 63% de votos en el Referéndum del 28 de septiembre de 2008, entró en vigencia el 20 de octubre de ese año. El artículo 178 creaba la Corte Nacional de Justicia, en vez de la Corte Suprema de Justicia; y con el artículo 181 se reducía el número de jueces de 31 a 21. Este hecho produjo una crisis interna entre los magistrados, pues estos debían someterse a un sorteo para determinar quiénes se quedaban en la nueva Corte Nacional de Justicia, aunque de manera temporal. No todos estuvieron dispuestos a ser parte del sorteo público, sin embargo prevaleció lo dispuesto en el texto constitucional, conformándose la nueva Corte Nacional de Justicia con 21 magistrados sorteados, quienes nombraron como su Presidente al Dr. José Vicente Troya Jaramillo, un antiguo magistrado de la fenecida Corte Suprema.

Así, Gómez Mera dejó de ser Presidente de la Corte Suprema y por ende del Consejo Nacional de la Judicatura. En el nuevo contexto jurídico, la Constitución había modificado también la conformación del Consejo Nacional de la Judicatura, cambiándolo ahora por *Consejo de la Judicatura*, y previendo en su artículo 179 que este se integre "por nueve vocales con sus respectivos suplentes, [quienes] durarán en el ejercicio de sus funciones seis años y no podrán ser reelegidos". De entre ellos, se designará una presidenta o presidente y una vicepresidenta o vicepresidente, para un período de tres años.

El 10 de noviembre de 2008, los Vocales del Consejo de la Judicatura solicitan a la Corte Constitucional, la interpretación de los artículos 178 y 181 de la Constitución, y como consecuencia de ello, la organización y funcionamiento del Consejo. Sobre la base de la Sentencia Interpretativa

001-08-SUI-CC de la Corte Constitucional, el Pleno del Consejo de la Judicatura decide reunirse el 2 de diciembre de 2008 bajo la presidencia temporal del Dr. Hemán Marín Proaño, para completar el número de Vocales del Consejo que indica la Constitución. En tal sentido se incorpora a los doctores Oscar León Guerrón y Homero Tinoco Matamoras; y al día siguiente se nombró, por seis votos a favor, a Xavier Arosemena como Presidente y a Rosa Cotacachi como Vicepresidenta. El nuevo Consejo de la Judicatura quedó integrado de la siguiente manera:

### Cuarto Consejo de la Judicatura

(de acuerdo a la Constitución 2008)

#### Presidente:

Dr. Xavier Arosemena Camacho

#### Vicepresidenta:

Dra. Rosa Cotacachi Narváez

#### Vocales Principales:

Dr. Herman Jaramillo Ordóñez

Dr. Jorge Vaca Peralta

Dr. Hemán Marín Proaño

Dr. Max Ulpiano Salazar Ochoa

Dr. Benjamín Cevallos Solórzano

Dr. Oscar León Guerrón

Dr. Homero Tinoco Matamoras

#### Director General Encargado:

Dr. Gustavo Donoso Mena

El 11 de diciembre de 2008 decide expedir una serie de normas para el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y demás reglas secundarias conceden al Consejo de la Judicatura, para el llamado 'período de transición'. (Registro Oficial, 2008, p. 18). Se rehacen las comisiones y comienzan sus labores de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, cuyo informe semestral es presentado en julio de 2009.

El 28 de julio de 2009 se reúnen los Vocales del Consejo, actuando los alternos Oswaldo Domínguez Recalde<sup>2</sup> y Marco Tulio Cordero Zamora<sup>3</sup>, en reemplazo de Oscar León y Hemán Marín. Fue una sesión acalorada y de mutuas ofensas y acusaciones, algunas de ellas relacionadas con la legalidad de los nombramientos de los Vocales. Todo ello provocó que el presidente Arosemena abandone la sala de reuniones y suspenda la sesión. Hicieron lo mismo la vicepresidenta Cotacachi y los Vocales Vaca y Tinoco. Los cinco vocales restantes decidieron continuar con la reunión y nombraron a Ulpiano Salazar como Director de Sesión. Sin embargo, al no haber pronunciamientos claros, la reunión se posterga hasta el día siguiente.

2 La actuación de Domínguez se hizo al amparo de la Sentencia 003-09-SIS-CC de 14 de julio de 2009 dictada por la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial N° 638 de 21 de julio de ese año, que dejó sin efecto la designación efectuada por parte del Consejo de la Judicatura en la persona del Dr. Oscar León Guerrón, disponiendo asimismo la designación inmediata del Dr. Oswaldo Domínguez Recalde como Vocal Principal del Consejo de la Judicatura. León recuperó tiempo después su Vocalla como veremos más adelante.

3 La actuación de Cordero se hizo según el fallo de última instancia de la Corte Constitucional, en el caso 1524-08-RA, que dispuso al presidente de Consejo de la Judicatura, Xavier Arosemena, convocar a Marco Tulio Cordero como primer vocal alterno, "por ser triunfador del concurso de méritos y oposición" (Cfr. Diario Hoy, Quito, 13 de julio de 2009).



El 29 de julio, por la mañana, se reincorporan todos los miembros y el presidente del Consejo, y la sesión se reinicia; aunque al poco tiempo se producen enfrentamientos verbales entre algunos Vocales, debiendo ser suspendida nuevamente. Arosemena, Cotacachi, Vaca y Tinoco vuelven a abandonar la sala de sesiones, y los cinco Vocales restantes nombran otra vez a Salazar como Director de Sesión. Por la tarde, estos cinco Vocales resuelven remover a Arosemena y Cotacachi de los cargos de Presidente y Vicepresidenta del Consejo, respectivamente, decidiendo nombrar como Presidente del Consejo de la Judicatura al Dr. Benjamín Cevallos Solórzano y al Dr. Ulpiano Salazar como Vicepresidente. Inmediatamente se reestructuran las Comisiones especializadas del Consejo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 270 del Código Orgánico de la Función Judicial, quedando integrado el Consejo de la Judicatura de la siguiente manera:

#### **Quinto Consejo de la Judicatura**

##### **Presidente:**

Dr. Benjamín Cevallos Solórzano

##### **Vicepresidente:**

Dr. Max Ulpiano Salazar Ochoa

##### **Vocales:**

##### **Comisión Administrativa-Financiera**

Dr. Herman Jaramillo Ordóñez

Dr. Homero Tinoco Matamoros

Dr. Jorge Vaca Peralta

##### **Comisión de Administración de Recursos Humanos**

Dr. Oswaldo Domínguez Recalde

Dr. Marco Tulio Cordero Zamora

Dr. Max Ulpiano Salazar Ochoa

##### **Comisión de Mejoramiento y Modernización**

Dr. Xavier Arosemena Camacho

Dra. Rosa Cotacachi Narváez

##### **Comisión de Asuntos Relativos a Órganos Auxiliares**

Dr. Marco Tulio Cordero Zamora

Dr. Xavier Arosemena Camacho

Dr. Jorge Vaca Peralta

##### **Director General Encargado:**

Dr. Gustavo Donoso Mena

Cevallos convocó a una reunión para el siguiente 5 de agosto, fecha desde la cual vuelve a asistir Xavier Arosemena como Vocal, aunque la doctora Cotacachi dejará de hacerlo, salvo en la reunión realizada en Ibarra el 21 de septiembre de 2009. A partir de octubre de ese año comienzan a actuar como Vocales del Consejo los doctores Víctor Hugo Castillo Villalonga y Germán Vásquez Galarza, a quienes se los principalizó el 21 de octubre, cuando por Sentencia 005-09-SIC-CC de 1 de octubre de 2009, la Corte Constitucional resolvió descalificar a Arosemena y Cotacachi como Vocales del Consejo de la Judicatura. Dos semanas más tarde el Pleno resolvió integrar la Comisión de Mejoramiento y Modernización con estos últimos nuevos Vocales.

Para cuando el Consejo presentó su informe de labores a finales del 2009, hizo constar que del 1 de enero al 16 de octubre de ese año hubo 535 resoluciones emitidas por el Pleno y por la Comisión de Administración de Recursos Humanos, de las cuales 30 correspondieron a destituciones de funcionarios judiciales en todo el país. Sin embargo para finales de año el número de resoluciones aumentaron a 593, de las cuales 49 fueron destituciones (Consejo de la Judicatura, Rendición de Cuentas 2009, 2010, p. 19). Asimismo durante el 2009 la Escuela Judicial definió un Plan de Capacitación para el período de transición, con el objeto de estructurar la capacitación inicial y desarrollar la capacitación continua y especializada para los jueces del país. En el campo de modernización informática se dotó de servicio de internet a todos los funcionarios judiciales del Consejo de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia; se generó interconectividad entre el Consejo de la Judicatura y las capitales de provincias de los Órganos Jurisdiccionales del país; se desarrolló el portal web del Consejo de la Judicatura, entre otros logros. Su Misión consistía en "gobernar, administrar, vigilar y controlar con calidad, los recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos, para optimizar la administración de justicia y los servicios que ofrece en beneficio de los usuarios, en el marco de la ética y la transparencia".

Los primeros meses del 2010 estuvieron marcados por una serie de resoluciones en torno a cambios de sedes de juzgados, transformación de los mismos, y ampliación de competencias de algunos de ellos; así como la emisión de Resoluciones de carácter disciplinario. Así, entre enero y abril del 2010 se despacharon 109 de ellas, de las cuales 13 correspondieron a destituciones, 2 remociones y 19 suspensiones a nivel nacional. Asimismo se desarrolló un vasto proceso de capacitación institucional que incluyó talleres sobre Indicadores para promover la implementación de los Derechos Humanos, sobre Reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, Estrategias del Buen Servicio en el Sector Público, entre otros. Ese primer trimestre del 2010, Cevallos entregó el Informe Anual de labores de 2009 al Presidente de la Asamblea Nacional, y el 31 de marzo se realizó la Rendición de Cuentas institucional.

Para esa época, una serie de divisiones entre los vocales del Consejo de la Judicatura, generaron una serie de presuntas irregularidades y problemas internos. Todo empezó cuando el 6 de abril de 2010, se produjo una sorpresiva reestructuración de la Comisión de Recursos Humanos. A ello se sumaron cambios sorpresivos en las Comisiones como la de Administración de Recursos Humanos, de donde se removió al Vocal Oswaldo Domínguez, el cual fue reemplazado por Germán Vázquez. Poco después, el 5 de mayo, "tras la agresión del vocal del Consejo de la Judicatura, Víctor Hugo Castillo contra el juez cuarto de lo Civil del Guayas, Félix Herrera, [el 5 de mayo de 2010], el segundo denunció que fue golpeado, porque no accedió a fallar a favor de juicios que manejaba el hijo de Castillo, que es abogado en libre ejercicio y que, supuestamente, se vale del cargo de su padre para presionar a los jueces". Esa agresión provocó que vocales de minoría (Oswaldo Domínguez, Marco Tulio Cordero, Ulpiano Salazar y Víctor Castillo) denuncien que ciertos vocales de mayoría como Germán Vázquez y Jorge Vaca son los que en

realidad presionaban a los jueces. "Incluso fueron más allá al denunciar públicamente que el presidente del Consejo de la Judicatura, Benjamín Cevallos, había convertido la Presidencia de la Judicatura en "agencia de empleos", ya que designa y contrata a "dedo" a jueces y funcionarios judiciales (Diario Hoy, 2010). Como dato curioso, el equipo de seguridad personal del propio presidente del Consejo constaba de once personas (un civil y diez entre militares y policías).

El 1 de junio de 2010, en una sesión extraordinaria y por la noche, algunos Vocales del Consejo de la Judicatura resolvieron remover al vicepresidente Ulpiano Salazar, y nombrar en su reemplazo a Hemán Jaramillo Ordóñez. Frente a ello, Salazar denunció: "Ha vuelto la mafia gremial a la Función Judicial, y la dictadura del voto". Todo ello frente a determinados actos irregulares y de desorden interno, publicados por varios medios de comunicación y que merecieron la crítica del presidente Correa en varias ocasiones<sup>4</sup>.

El 2 de junio de 2010, el Pleno repuso como Vocal principal al Dr. Oscar León Guerrón, quien había presentado un reclamo ante la Corte Constitucional bajo el argumento de haber obtenido mayor puntaje que Hugo Castillo Villalonga en el último concurso de méritos y oposición. Castillo quedó como Vocal suplente del Consejo.

Por otro lado, para fines de junio del 2010, la Comisión de Administración de Recursos Humanos, había emitido 174 Resoluciones disciplinarias, de las cuales 20 eran destituciones, 2 remociones y 25 suspensiones (Consejo de la Judicatura, 2010, p. 30). La Escuela Judicial asimismo desarrolló nuevos Talleres sobre el Código Orgánico de la Función Judicial, Pluralismo y Constitucionalismo, Delitos en Materia de Hidrocarburos, Derecho Constitucional, Desafíos del derecho frente al cambio climático, Gestión Pública y Control Social, entre otros (Consejo de la Judicatura, 2010, pp. 31-34). Asimismo en temas informáticos, se continuó instalando y configurando redes informáticas en las diversas Direcciones provinciales del Consejo de la Judicatura, se adquirieron y habilitaron nuevos equipos y servicios computacionales. De igual manera se continuó construyendo, habilitando y equipando varios edificios para el funcionamiento de las Direcciones provinciales. Ello condujo a que la Comisión de Mejoramiento y Modernización efectúe una serie de visitas a las Judicaturas de diversas provincias, con el objeto de observar los funcionamientos y avances de sus requerimientos (Consejo de la Judicatura, 2010, p. 5). Para diciembre del 2010, la Comisión de Administración de Recurso Humanos había emitido 484 resoluciones disciplinarias, de las cuales 50 correspondieron a destituciones, 3 remociones y 51 suspensiones a nivel nacional.

Varias irregularidades al interior del Consejo de la Judicatura, donde algunos de sus "miembros fueron acusados de presuntos actos de corrupción, conflictos de

Intereses y de ejercer presión sobre jueces, para que fallen en favor de [determinadas] causas"<sup>5</sup>, tráfico de influencias, incumplimiento de sus funciones, entre otras<sup>6</sup>, provocó que la Asamblea Nacional apruebe el 14 de febrero de 2011 la iniciación del enjuiciamiento político contra los nueve vocales del organismo. A pesar de que los vocales del Consejo de la Judicatura impugnaron la solicitud de juicio político, este comenzó el 11 de abril. La defensa del presidente del Consejo se fundamentó en el hecho de haberse violado una serie de derechos constitucionales, así como de no existir garantías al debido proceso, al derecho a la legítima defensa y a la seguridad jurídica. Dentro de la etapa de prueba de sustanciación del juicio político, la Asamblea Nacional recibió al vocal Ulpiano Salazar, quien fuera removido de la vicepresidencia del Consejo, el cual aseguró que la mayoría del Consejo de la Judicatura se opuso a la presencia activa de los veedores ciudadanos designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que conozcan el real funcionamiento del organismo.

Luego de largas jornadas de trabajo, el juicio concluyó el 12 de mayo de 2011. Se obtuvieron apenas 57 votos a favor y no los 83 indispensables para que los Vocales del Consejo de la Judicatura sean censurados y destituidos. Sin embargo, el juicio descubrió que al menos 639 jueces y funcionarios judiciales se sentían afectados por diversas decisiones adoptadas por el Consejo de la Judicatura, en particular con las sanciones disciplinarias resueltas por su Comisión de Administración de Recursos Humanos. Un informe al respecto fue revelado en aquel entonces por la Revista Blanco y Negro de Diario Hoy.

A todo ello se sumó el malestar de la Corte Nacional de Justicia ante las decisiones adoptadas por el presidente del Consejo de la Judicatura y sus vocales de mayoría (Herman Jaramillo, Homero Tinoco, Germán Vázquez, Jorge Vaca Peralta y Óscar León). En efecto, el presidente de la Corte Nacional de Justicia, Carlos Ramírez Romero, a través del Oficio N° 550-SF-CNJ de 19 de abril de 2011, protestó enérgicamente por la forma "arbitraria" con la que el Consejo de la Judicatura dejó sin efecto los nombramientos de los conjuces permanentes de la Sala Civil, Mercantil y Familia<sup>7</sup>. De igual manera rechazó la forma como fueron designados los nuevos conjuces de dicha Sala, así como un conjuce de la Sala de lo Contencioso Tributario de este Tribunal. Y, en virtud de "que ninguna disposición legal vigente, ni el Código Orgánico de la Función Judicial, ni la Ley Orgánica de Servicio Público o su Reglamento, faculta[ba] al Pleno del Consejo de la Judicatura ni a su presidente a dejar sin efecto nombramientos de conjuces permanentes que no fueron expedidos con el carácter de temporal o provisional", se consideró que la Resolución del Consejo de la Judicatura fue nula (Diario Hoy, 2011).

Mientras tanto, una Consulta Popular, que preveía en dos de sus preguntas conformar un Consejo de la Judicatura de

4 Cfr. *Diario El Universo*, Guayaquil, 6 de junio de 2010; *Diario El Mercurio*, Cuenca, 4 de julio de 2010; *Diario El Comercio*, Quito, 29 de diciembre de 2010.

5 Al respecto revisar: <http://andes.info.ec/2009-2011.php?p=59305>

6 En ese marco se habían generado desde tiempo atrás fricciones y acusaciones

entre los mismos miembros del Consejo de la Judicatura, como la que hiciera el Vocal Germán Vázquez contra el Vocal Marco Tulio Cordero, en razón de este último se desempeñaba también como Cónsul Honorario de Malasia en Quito (ASGCJQ, *Sesiones del Pleno*, noviembre 2010).

7 ASGCJQ, *Comunicaciones*, abril 2011.

Transición –del cual se hablará en el capítulo siguiente-, se realizó en todo el país el 7 de mayo del 2011. Varias objeciones e impugnaciones públicas fueron hechas por el presidente del Consejo, Benjamín Cevallos, y sus vocales, pero no tuvieron ningún peso en el ámbito político ni en la decisión popular. La ciudadanía se pronunció mayoritariamente por el Sí en la Consulta Popular y sus resultados fueron proclamados el martes 12 de julio de 2011.

Ese mismo día, en la sala de sesiones del Consejo de la Judicatura, a las 17H05, se instalaban extraordinariamente algunos vocales, presididos por Cevallos, en lo que sería la última sesión de aquel Consejo de la Judicatura. El punto tres del orden del día es el 'análisis de la situación actual del Consejo de la Judicatura'. Luego de los estudios y discusiones, Ulpiano Salazar acota que con lo dispuesto en el Anexo 4 de la pregunta 4 de la Consulta de 7 de mayo de 2011, que reforma el artículo 20 del Régimen de Transición incluido en la Constitución de la República, simplemente se está disolviendo al Pleno del Consejo de la Judicatura, y que

al dejar de existir éste no puede tomar ninguna decisión que pueda considerársela ejecutable; sería ilegítima e ilegal. Está disuelto [el Consejo de la Judicatura], no

existe ese organismo... (Constitución de la República)

Y que asimismo con lo que establece el Anexo 5 de la pregunta 5 de la misma Consulta Popular,

se está eliminando la existencia de las Comisiones Especializadas [del Consejo de la Judicatura] que establece el Código Orgánico de la Función Judicial; [...] desaparecen pasan a ser unidades dentro de la estructura orgánica administrativa del Consejo de la Judicatura; [...] y] extinguidas las Comisiones, ya no hay Vocales. De hecho los Vocales del Consejo de la Judicatura están fuera de los cargos [...] Ese es el momento en que nos retiramos todos los Vocales del Consejo de la Judicatura (Archivos de las sesiones del Consejo de judicatura, julio 2011)

Benjamín Cevallos sencillamente corroboró: "el rato que se publique [los resultados de la Consulta Popular en el Registro Oficial], quedamos nosotros cesantes". Faltaban apenas unas pocas horas. Finalmente fue leída y aprobada el acta resumen de esta última sesión, y Cevallos la concluyó. Eran las dieciocho horas con veinte y cinco minutos del martes 12 de julio del 2011.

## La consulta popular del 7 de mayo de 2011 y el Consejo de la Judicatura de transición

En el afán de generar una serie de cambios en temas relativos al sistema judicial, la seguridad, el medio ambiente, la banca, los medios de comunicación, y otros, el presidente de la República, Rafael Correa, remitió a la Corte Constitucional el 17 de enero de 2011, su propuesta de convocar a una Consulta Popular, que venía anunciando desde mediados del año anterior.

Las modificaciones no sólo proponían reformas al Código Penal, sino también a la Constitución de 2008, y los principales puntos de reformas en temas judiciales tenían que ver, especialmente, con la prisión preventiva, las medidas sustitutivas a la privación de la libertad, y la creación de un Consejo de la Judicatura de Transición; temas que incluso contaron con el apoyo del entonces presidente de la Judicatura, Benjamín Cevallos (Diario El Universo, 2011).

Luego de algunos pequeños ajustes a las preguntas realizados por la Corte Constitucional, el Consejo Nacional Electoral convocó a un período de campaña electoral a favor del Sí o del No en las diez preguntas propuestas por el presidente Correa, llamando a elecciones al pueblo ecuatoriano para el día sábado 7 de mayo de 2011. La pregunta número 4 y su respectivo anexo, que tenían que ver con la creación de un Consejo de la Judicatura transitorio, quedó de la siguiente manera:

Pregunta N° 4:

¿Está usted de acuerdo en sustituir al actual pleno de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros elegidos, uno por la

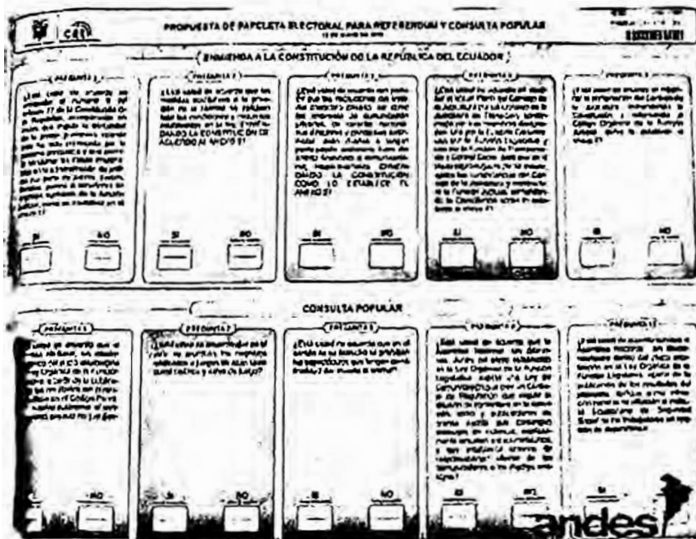
Función Ejecutiva, otro por el Poder Legislativo y otro por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, como lo establece el anexo 4?

Anexo N° 4:

El artículo 20 del Régimen de Transición dirá:

"Se disuelve el actual pleno del Consejo de la Judicatura. En su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, otro por el Poder Legislativo y otro por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político. Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial, y ejercerán sus funciones por un período improrrogable de 18 meses. El Consejo de la Judicatura definitivo se conformará mediante el procedimiento establecido en la Constitución enmendada. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social asegurará que los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura estén designados antes de concluidos los 18 meses de funciones del Consejo de la Judicatura de transición. Queda sin efecto el concurso de méritos y oposición que lleva a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales





de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años. El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros<sup>8</sup>.

El 46,66 de los votantes se pronunciaron favorablemente, frente a un 41,95% de los mismos que dijeron que No en la consulta popular. Esto significaba que, concluidas las labores del Consejo de la Judicatura transitorio, cinco nuevos miembros conformarían el organismo para los próximos seis años, como se verá más adelante.

Los resultados de esta consulta popular fueron finalmente proclamados a la ciudadanía por el Consejo Nacional Electoral el 12 de julio de 2011, y publicados en el Suplemento del Registro Oficial N° 490, del día siguiente. Con ello, el Pleno del Consejo de la Judicatura, presidido por Benjamín Cevallos, simplemente dejó de existir.

### Designación de los miembros del Consejo de la Judicatura de Transición

De acuerdo a lo aprobado por medio de la Consulta Popular, el nuevo Consejo de la Judicatura de Transición debía estar compuesto por tres delegados: uno por el Presidente de la República, otro por la Asamblea Nacional, y finalmente un tercero por la Función de Transparencia y Control Social. Para mediados de mayo de 2011, pocos días después de realizada la Consulta Popular, el presidente Correa se adelantó a decir que su delegado sería el ingeniero Paulo Rodríguez Molina, quien se desempeñaba como Director del Registro Civil, y el cual había generado un profundo cambio en esa institución. El mandatario había manifestado: "Estrictamente hablando yo [aún] no lo puedo nombrar [a Rodríguez], yo lo he anunciado porque ya están los resultados extra oficiales y son inapelables, pero para nombrarlo oficialmente tenemos que esperar los resultados del Consejo Nacional Electoral"<sup>9</sup>.

El 14 de julio, el presidente Correa designó oficialmente al ingeniero Rodríguez como su delegado a través del Decreto Ejecutivo N° 826 (Registro Oficial N°501). Al día siguiente, el 15 de julio de 2011, la Función de Transparencia y Control Social nombró como su delegado al doctor Fernando Yávar Umpiérrez (Registro Oficial N°501); mientras el día 21, la Asamblea Nacional resolvió designar a la doctora Tania Arias Manzano, de igual manera como su delegada.

El 26 de julio de 2011 los nuevos delegados del Consejo de la Judicatura se posesionaron ante la Asamblea Nacional, y "al prestar el juramento ante el titular de la Legislatura, se comprometieron a cumplir fielmente las funciones otorgadas por el mandato popular, la Constitución y la ley"<sup>10</sup>. Luego de ello se dirigieron a las oficinas del Consejo donde mantuvieron dos reuniones ese día, y nombraron a Paulo Rodríguez como presidente del Consejo y al doctor Mauricio Jaramillo Velastegui como Director General del organismo.

del Consejo de la Judicatura. Suprimase la disposición transitoria primera del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>11</sup>.

El 46,15% de los sufragantes dijeron que Si el día de la consulta popular, frente al 42,55% que se manifestó por el No<sup>8</sup>. Con ello se daba paso a la conformación de un nuevo Consejo de la Judicatura compuesto por tres delegados.

Terminado su período de 18 meses de funciones, un nuevo Consejo de la Judicatura tendría que asumir las funciones. Ello debió concretarse sobre la base de una reforma constitucional que se previó en la pregunta número 5 y su anexo de la consulta popular que manifestaba:

**Pregunta N° 5:**

¿Está usted de acuerdo en modificar la composición del Consejo de la Judicatura, enmendando la Constitución y reformando el Código Orgánico de la Función Judicial como establece el anexo 5?

**Anexo N° 5:**

Enmiéndese la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera:

"Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados, y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien lo presidirá; por el Fiscal General del Estado; por el Defensor Público; por la Función Ejecutiva; y por la Asamblea Nacional. Los delegados mencionados en el inciso anterior, serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Los miembros del Consejo

8 Resultados oficiales del Consejo Nacional Electoral.

9 Cfr. *El Ciudadano*, Periódico digital del gobierno de la Revolución Ciudadana, martes 17 de mayo de 2011.

10 Revista *Vistazo*, Guayaquil, 26 de julio de 2011, versión on-line.



## **La Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador**

Luego de proclamados los resultados de la Consulta Popular del 7 de mayo de 2011 y con el objeto de verificar que el proceso que el Consejo de la Judicatura de Transición fuera transparente, el Presidente de la República, junto a este Consejo invitó a un grupo de expertos internacionales para constituir una Veeduría Internacional.

Este equipo estuvo inicialmente compuesto por seis observadores: Balatar Garzón Real (España), Carolina Escobar Sarti (Guatemala), Marígen Homkohl Venegas (Chile), Marco Aurelio García (Brasil), Rafael Follonier (Argentina) y Porfirio Muñoz Ledo (México). Pero por responsabilidades de Estado, el representante argentino delegó en un primer momento a Daniel Gurzi, y luego, a Víctor Hugo Foresi<sup>11</sup>. Esta Veeduría Internacional se constituyó como un organismo temporal de carácter consultivo, autónomo, imparcial e independiente –presidido por el juez Baltasar Garzón-, e instaurado con la misión de acompañar, monitorear, analizar y evaluar los avances del proceso de la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, así como sugerir propuestas de mejoramiento y alertar de forma oportuna sobre eventuales y debilidades.

“El mecanismo de la veeduría pretende ser un observador imparcial que acompaña al proceso para poner de manifiesto todos y cada uno de los aspectos, tanto positivos como negativos, para que alcance su finalidad de que el propio sistema de justicia quede reforzado. Se trata, en definitiva de buscar la “nueva justicia”, implementando los mecanismos que la hagan independiente, imparcial y sometida al principio de legalidad”; pero sin analizar los contenidos jurisdiccionales de las resoluciones judiciales, por ser materia exclusiva de la competencia judicial (Informe de la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, 2002, pp. 3-5).

Esta Veeduría Internacional utilizó una serie de fuentes propias y ajenas, tanto de naturaleza pública como privada, en el marco de confidencialidad en lo pertinente; y centro su análisis en las actividades y resultados de los seis ejes estratégicos de intervención de la reforma judicial. Con una visión analítica, la veeduría partió de las diversas reformas legislativas, verificando directamente los efectos de la reforma de la Función Judicial y la participación de sus diversos actores. Dicha veeduría se previó a través del Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional entre el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y el Ministerio de Justicia, derechos Humanos y Cultos, de fecha 20 de octubre de 2011. Así, y en aplicación de este acuerdo, la Veeduría Internacional quedó constituida el 27 de noviembre de 2011, a través de la firma de un acta-compromiso de veedores y veedoras internacionales; quienes estuvieron dispuestos desde ese momento a adelantar su trabajo, el cual realmente se materializó en marzo de 2012

(Informe de la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, 2002, pp. 6-7).

El equipo veedor laboró por 90 días en total; tiempo en el cual se realizaron 153 entrevistas en 100 instituciones públicas y privadas de 17 provincias, examinándose además 206 unidades judiciales, carcelarias y proyectos en marcha. Acompañado de una metodología específica para el caso, se concluyó en aquel entonces que el grupo de veedores analizó “no sólo la información de carácter cuantitativo, sino que también [acogió] un enfoque metodológico cualitativo, en tanto lo que se [buscó fue] la generación de datos descriptivos, que privilegien el acceso al significado de la acción social, desde la perspectiva de sus participantes y de sus tomadores de decisión” (Informe de la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, 2002, p. 9).

Ejecutaron audiencias, con entrevistas semi-estructuradas o grupos de discusión; aunque en función de los interlocutores, las entrevistas fueron de formato libre. Respecto a la selección de los participantes se privilegiaron las entrevistas con actores claves y políticamente relevantes, pero utilizando criterios enmarcados en diversos contextos, tales como: democrático, pluralista, académico, institucional, ciudadano, intercultural, entre otros. (Informe de la Veeduría Internacional para la Reforma de la Función Judicial del Ecuador, 2002, pp. 10-11). Cada eje programático mereció un detallado análisis, del cual se extrajeron una serie de observaciones generales, que permitió la elaboración de diversas conclusiones y recomendaciones de políticas y acciones estratégicas, orientadas al mejoramiento del sistema judicial ecuatoriano.

## **Conformación definitiva del actual Consejo de la Judicatura**

Según el artículo 179 de la Constitución de la República, aprobada en el 2008, el Consejo de la Judicatura debía integrarse por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serían elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional.

Estos delegados fueron elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio, con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana. En tal sentido, el nuevo y definitivo Consejo de la Judicatura quedó integrado por el Dr. Gustavo Jalkh Röben (quien fue nombrado presidente del Consejo); y por el doctor Néstor Arbo Chica, la abogada Ana Karina Peralta Velásquez, la doctora Tania Arias Manzano (reemplazada luego por la doctora Rosa Elena Jiménez Vanegas) y el ingeniero Paulo Rodríguez Molina (reemplazado luego por el ingeniero Alejandro Subía Sandoval) como vocales, quienes tomaron posesión de sus cargos a finales de enero del 2013 ante la Asamblea Nacional, para ejercer sus funciones por un periodo de seis años.

<sup>11</sup> La Veeduría Internacional contó con equipo técnico local constituido por Carlos Poveda Moreno (Coordinador Técnico), Jorge Flores Moreno (Coordinador Adjunto), María Luisa Estrella Semanate (Secretaría Técnica), Jacqueline Espinosa Guerrero (Secretaría Administrativa), Marcelo Dalgo Proaño (Responsable de Talento Humano), Talía Coronel Molina (Responsable del seguimiento de recomendaciones), María Teresa Sosa Bazante (Responsable de reforma legal), Yacíra Proaño Obando (Asistente del eje de presupuesto equitativo y participativo), Gina Navas Carrera. Personal transitorio: Carolina Escobar Cabrera, Juan Carlos Iturralde Hidalgo, Fernando Garcés y Washington Pérez; así como el apoyo de Patricio Rivas Herrera, como consultor para el Modelo de Cooperación Técnica.

### Bibliografía

- Consejo de la Judicatura. (2010). Boletín informativo N° 3 - Desde Adentro. La nueva visión de la justicia. Quito: Imp. Goldfox.
- Corte Nacional de Justicia. (1995). Archivo de Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia . Quito.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (1998). Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura. Registro Oficial N° 279.
- República del Ecuador. (1998). Constitución Política de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial N° 1.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (1991). Boletín Informativo, N° 1,. Quito.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2002). Boletín Informativo, N° 8,. Quito: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2002). Boletín Informativo N°13. Consejo Nacional de la Judicatura.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). Informe al Congreso Nacional del Dr. Armando Bermeo Castillo, I. Quito: Impresores MYL.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2003). Boletín Informativo, N° 19. Quito: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2002). Boletín Informativo N°17. Quito: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Informe al Congreso Nacional del Dr. Guillermo Castro Dáger . Quito: Impresores MYL.
- Diario Hoy, Quito, 8 de enero de 2004.
- Diario La Hora, Quito, 14 de enero de 2004.
- Diario El Universo, Guayaquil, 10 de diciembre de 2004.
- Diario El Universo, Guayaquil, 14 de enero de 2005.
- Diario El Universo, Guayaquil, 23 de febrero de 2006.
- Diario El Universo, Guayaquil, 31 de octubre de 2006.
- Diario El Universo, Guayaquil, 6 de junio de 2010.
- Diario Hoy, Quito, 13 de julio de 2009.
- Diario Hoy, Quito, 21 de junio de 2010.
- Diario El Universo, Guayaquil, 10 de enero de 2011.
- El Ciudadano, Periódico digital del gobierno de la Revolución Ciudadana, martes 17 de mayo de 2011.

# EL ESTADO NEOCONSTITUCIONAL, LA CULPABILIDAD PENAL Y LOS WUAORANIS: LA MOTIVACIÓN PENAL DESDE LO CONSTITUCIONAL

Mauricio Enrique Pacheco

*Catedrático de la materia de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.*

## RESUMEN

El pluralismo jurídico como institución característica del estado neo constitucional de derechos implementado en el Ecuador a raíz de la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008 se ha mantenido como un soporte discursivo fuerte y poderoso desde lo político mas no desde lo jurídico. Efectivamente, este principio constitucional necesita un desarrollo normativo que debe revestir principalmente, en el campo penal, el estadio jurídico del sistema penal, particularmente fijado en el ámbito de la responsabilidad penal. La teoría del delito cuando estudia la categoría de la Culpabilidad supone un trabajo sustancial por parte del Estado para motivar a la población desde el campo del desarrollo de la conciencia ético – jurídica del respeto a la normativa jurídica. Una población bien concientizada, por el Estado sobre el alcance y consecuencias de la norma penal implica una relación biunívoca con la población que la conforma. Un conglomerado falto de motivación o, lo que es peor, ajeno a la sociedad y de espaldas al Estado, es un segmento a quien la motivación de respeto de la norma penal nunca va a llegar. Mas aun cuando han sido ellos mismos los que han renunciado a formar parte del contrato social como fundamento de convivencia ciudadana, como es el caso de los indígenas amazónicos Taramenane y parte de los Wuaorani.

**PALABRAS CLAVE:** *Estado neo constitucional, culpabilidad penal, Wuaoranis, la motivación penal, pluralismo jurídico, comunidades indígenas, norma penal, pueblos no contactados, etnocidio, genocidio, condicionantes socioculturales.*

## ABSTRACT

Legal pluralism as a characteristic institution of state constitutional rights neo implemented in Ecuador following the promulgation of the Constitution of the Republic in 2008 has remained strong and powerful support from the political discourse but not from the law. Indeed, this constitutional principle needs a regulatory development that should cover mainly in the criminal field, the legal stage of the criminal justice system, particularly fixed in the framework of criminal responsibility. The theory of crime when studying the category of substance Guilt is a job for the state to motivate people from the field of the development of ethical consciousness - legal compliance to legal regulations. A well concientizada population by the State on the scope and consequences of the criminal law implies a two-way relationship with the population that constitutes. An unmotivated or, even worse, oblivious to society and back to state conglomerate is a segment who respect the motivation of the criminal law has never gonna get. But even when they have been they who they have given up part of the social contract as the basis of peaceful coexistence, as in the case of Amazonian indigenous Taramenane and part of the Wuaorani.

**KEYWORDS:** *Neoconstitutional State, criminal culpability, Wuaoranis, the criminal motivation, legal pluralism, indigenous communities, criminal law, uncontacted peoples, ethnocide, genocide, sociocultural conditions.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 04  
APROBADO: 2015 - 05 - 27

Es un hecho irrefutable que las sociedades indígenas prehispánicas en América Latina produjeron un sistema normativo como instrumento de mantención de la organización social indígena. Este sistema regente no tenía las características del derecho español o del derecho portugués pero cumplía con las funciones para el que fue creado. Este conjunto de normas autóctonas sufrió el impacto fulminante del derecho del conquistador convirtiéndose a poco tiempo en un sistema ilegal y de prohibitiva utilización. Sin embargo, en la Colonia subsistió clandestinamente como forma de resistencia pasiva frente al derecho español y occidental, que se consolidó posteriormente con el establecimiento de los estados modernos a partir de la revolución francesa y los procesos de independencia. Antes el imperio español y después el constitucionalismo latinoamericano ubicó al indio en la categoría de no ciudadanos sujetos y merecedores de protectorados especiales que ratificaron la ubicación en la escala societal de los indígenas como una especie de subhumanos incapaces de asimilar los códigos y símbolos culturales de la sociedad blanco-mestiza. Sus formas de solución a los conflictos internos de sus miembros no alcanzaron a ser reconocidas como derecho indígena sino que fueron consideradas como simples costumbres de convivencia que por efectos de la función motivadora del estado en algún momento de la historia iban a desaparecer absorbidas por el sistema jurídico mestizo de raigambre europea.

Desde la constitución ecuatoriana de 1830 hasta la constitución de 1945 los indios fueron considerados clase social a la que el Estado – protector le reconocía ciertas prerrogativas derivadas, más que de su condición de ciudadanos, de su condición de clase protegida por ciertos sectores de la iglesia. Fue la Constitución de 1998, después de un proceso socio-político de reivindicación nacido desde el propio sector indígena, la que redefine al estado ecuatoriano como un estado pluricultural y multiétnico lo que implicaba el reconocimiento expreso de la existencia de una sociedad diversa al monoculturalismo que se pretendió consolidar y al que siempre se resistió. Este signo de apertura implicó el reconocimiento formal a la justicia indígena con potestades de las autoridades indígenas para impartir justicia dentro de competencias territoriales que si bien es cierto no pudo constituirse en un sistema mínimamente organizado debido a la configuración propia de un estado de derecho legalista, dejó sentadas las bases sobre las que se organizaría la justicia indígena bajo otros presupuestos. Hasta tanto la falta de aplicación directa de la norma constitucional no era sino otra de las formas de simulación jurídico – política de cumplimiento con los postulados del Convenio 169 de la OIT, y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es la Constitución del 2008 la que propone un salto cualitativamente significativo hacia el estado intercultural cuando reconoce un pluralismo jurídico con la existencia de dos sistemas de administración de justicia: la justicia indígena (Art. 171 CRE) y la justicia ordinaria (Art.182). A la justicia indígena, impartida por las autoridades de sus comunidades, no se le exige subordinarse a la justicia ordinaria sino desarrollar sus potencialidades de solución de conflictos fuera del marco hegemónica que ha significado la justicia ordinaria en la vida de las comunidades indígenas. Es

un reconocimiento al fenómeno de la colonialidad imperante desde hace varios siglos.

Dentro de este contexto, la interculturalidad es una forma de retar a la colonialidad. Según (Avila, 2013) ésta se produce y se reproduce desde cualquier ámbito del poder no solo estatal. La colonialidad no es sino mecanismo de dominación de un grupo humano mayoritario (mestizo) sobre otro minoritario (indígenas, afro descendientes) al que le resta derechos, aspiraciones y oportunidades de desarrollo a través de tres mecanismos: La Diferenciación ( La diferenciación bajo criterios arbitrarios funcionales al poder, crea dualismos); La jerarquización (Una vez jerarquizados, los colocan unos sobre otros, los valoriza y los discrimina); La Dominación (Una vez jerarquizados los unos dominan a los otros, toman por ellos las decisiones, los mantienen bajo mecanismos de control social, los coaccionan). La interculturalidad implica una construcción relacional en la que las culturas diversas se relacionan con la hegemónica en forma horizontal. Según (Ayala Mora, La interculturalidad, camino para el Ecuador., 2011) no es un simple multiculturalismo que oculta las inequidades y desigualdades sociales entre culturas que se toleran. Sino por el contrario, implica una relación equitativa con participación de las diversas culturas en todas las instancias e instituciones del estado, entre ellas la administración de justicia. Si existen varias culturas, cada una de ellas con sus propios mecanismos de solución a sus conflictos, entonces debe existir varios sistemas jurídicos que es preciso reconocerlos y legitimarlos.

Un reconocimiento constitucional al derecho que tienen las comunidades indígenas para administrar justicia propia en sus asuntos internos dentro del marco de la interculturalidad y de la pluriculturalidad implica al mismo tiempo el reconocimiento que la sociedad mestiza, los pueblos indígenas y afro-ecuatorianos forman parte de





Imagen tomada de <https://zapaleando.wordpress.com>

la sociedad ecuatoriana con los mismos derechos, las mismas condiciones e iguales parámetros jurídicos. La esencia de la interculturalidad supone la no preeminencia ni el protectorado de una cultura sobre las demás porque lo contrario significaría el regreso a los mismos esquemas de pensamiento reductor colonialista. La interculturalidad no implica un trato humanitario, generoso y reivindicativo a las otras culturas que habitan el territorio del Ecuador sino que implica un reconocimiento a la participación real de estas culturas en el macro proyecto societario de desarrollo social y económico.

Participación implica el involucramiento en condiciones de igualdad en la gestión administrativa y política de todas las instituciones del Estado, en el diseño y ejecución de las políticas públicas y en la intervención positiva en la planificación nacional. Es decir, es una relación que va mucho más allá que el simple diálogo o coexistencia entre culturas sino que busca una relación sostenida a largo plazo con la meta de superar siglos de discrimen, racismo y relegamiento y constituir un estado con identificación cultural fundamentado en la existencia armónica de varias culturas integradas. (Ayala Mora, 2002). Es en este punto de inflexión en donde irrumpe el concepto de estado intercultural reconocido en la Constitución del 2008 y que en su esencia expresa el derecho que tienen las diversas nacionalidades que tiene el país para exigir democracia y participación económica y política en condiciones de igualdad.

Estas exigencias reconocidas constitucionalmente deben definirse en la práctica social bajo amenaza de quedar dentro del ámbito del derecho constitucional simbólico. Así, el pluralismo jurídico aparece como una suerte de consecuencia natural de la interculturalidad y lo plurinacional porque desecha la existencia de un solo sistema jurídico

(monismo) central, centro reproductor de las desigualdades, expresión del poder blanco – mestizo protector de sus intereses, para aperturarse a un sistema con mayores horizontes participativos. Según (Francia, 2007) Este rediseño societario conlleva la introducción de una idea que rompe el paradigma deficitario participativo porque, como es de generalizado conocimiento, desde la colonia el centralismo jurídico ha desconocido los saberes ancestrales y las costumbres indígenas hasta el punto de considerarlos ilegales, ilegítimos, carentes de valor, simples costumbres que no alcanzaban el rango de cientificidad suficiente para pertenecer al mundo del derecho formal.

Incluso el monismo jurídico de origen kelseniano desechaba toda normativa que no estuviese prescrita como una ley emanada por los organismos legitimados por un Estado que tenían el monopolio del poder para castigar el incumplimiento de toda conducta considerada como delito por la ley penal. El *uis puniendi* en manos del Estado colonial y republicano consideraba una aberración que otro poder que no sea éste pretendiera impartir justicia sin su control, vigilancia y consentimiento. En este contexto según (Stavenhagen, 2006) la oralidad se arrodillaba ante lo escrito, y el Estado presumía como culpable a quien no conocía la ley, desconocimiento que no eximía de la responsabilidad incluso de quien simplemente nunca tuvo la oportunidad de tener un contacto cercano a ella (Art. 13 del Código Civil). Pero cómo saber la ley si las comunidades indígenas siempre estuvieron al margen del sistema educativo formal. Las oportunidades de estudiar e integrarse a la sociedad eran simplemente nulas porque se estructuró un sistema social y político que no permitió su integración y que, aun peor, se cuidó que no ingresaran en las mismas condiciones que la clase mestiza no comunitaria.

## La culpabilidad penal y comunidades indígenas

La culpabilidad dentro del esquema del delito es una categoría que pretende reprochar la conducta típica y antijurídica cometida por un sujeto. La realización de un hecho desaprobado por las leyes penales implica la posibilidad cierta de que sea la sociedad quien se encargue de exigirle cuentas por lo realizado e imponerle la consecuencia previamente prevista en la ley. El fundamento de la responsabilidad penal ya no se encuentra simplemente en la relación psicológica entre autor y acto sino en una relación de carácter normativo porque el sujeto actuó de la forma prohibida por la norma penal pudiendo haber actuado conforme a ella.

Pero esta capacidad del ser humano para actuar de manera distinta en el momento histórico que cometía el injusto penal es de muy difícil demostración. Lo que sí podemos aceptar es que el sujeto activo del delito tiene muchas opciones o una capacidad de elección de entre varias posibilidades de actuación como sucede en la vida cotidiana en la que debemos escoger entre varias alternativas una de ellas. Es decir, existe una capacidad de elegir libremente. Según (Muñoz Conde, 2007) Lo que no se sabe es el por qué se elige una y no otra. Sin embargo existen elecciones que en las que el sujeto protege sus bienes lesionando los bienes jurídicos de otros sin que ello le signifique un reproche de culpabilidad penal porque la ley así lo justifica (casos de exclusión de la culpabilidad) pues se trata de elecciones viciadas por algún elemento que contamina su voluntad o su conocimiento (casos de exclusión de culpabilidad) por lo que su capacidad de elección libre y voluntaria no es suficiente para fundamentar la culpabilidad penal. Buscando otro fundamento más sólido de la responsabilidad penal que nos permita encontrar una respuesta al por qué el sujeto escoge la realización de la conducta delictiva, respuesta que ya no tenga fundamentación al libre albedrío, acudiremos a la reformulación de la concepción de la responsabilidad individual de la culpabilidad.

En efecto, la culpabilidad ha sido concebida desde el plano estricto de la individualidad de la persona, desde su matriz biológica intelectual, aislada del mundo exterior, como

si su acto tuviera únicamente su sola dimensión personal. Pero no es así. La infracción cometida por el individuo trasciende su plano personal y se convierte en un hecho social en donde el Estado asume la responsabilidad de la persecución penal y del castigo a quienes hayan infringido la norma penal. Por lo tanto el delito ya deja de ser un aspecto de matriz individual y particularizada para convertirse en un interés social. En otras palabras, el Estado actúa en función de las necesidades preventivas de la pena (general o especial) en función de lo cual éste tomará la decisión de imponer o no imponer una pena, es decir, de hacerlo o no responsable del injusto cometido.

Entonces es el Estado como sociedad organizada quien en función del fin preventivo de la pena declara inculpables o exentos de responsabilidad penal a varios sujetos de quienes creen no actúan en función de su libertad de acción por su falta de integridad psicológica o biológica. Pero estas exenciones no debilitan la seguridad social sino que fortalecen la prevención general y especial para quienes no se encuentran en esos casos. De ellos sí se puede esperar que actúen de distinta manera a lo que prohíbe la norma penal. Esta es una forma de responder a los límites impuestos por la norma constitucional al poder punitivo del Estado para evitar los desbordamientos punitivos en desmedro de los derechos fundamentales de quienes no deben sufrir penas innecesarias.

Pero el más óptimo punto de referencia para fundamentar la culpabilidad, fuera del ámbito vicioso de la posibilidad de actuar de modo distinto, es la función motivadora de la norma penal que implica que el sujeto tenga conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Es decir, que sepa que su acción está prevista como delito en la ley penal y que causa daño a un bien jurídico protegido. Si además de conocer la prohibición de realizar esa conducta, el daño que realiza a los derechos de otra persona no actúa de otra manera estando en posibilidades de realizarlo, es responsable del injusto penal cometido.



Foto: Jimmy Nelson, tomada de <https://elimperiodedes.wordpress.com/>

## ¿Qué es la función motivadora de la norma penal?

En teoría, una vez expedida la ley penal y publicada en el Registro Oficial, ésta se entiende conocida por todos los habitantes del país. El conocimiento de la norma penal cumple una función muy importante, como es, el permitir que los ciudadanos se abstengan de ejecutar las conductas prohibidas porque de hacerlas serán merecedores de una pena. Pero esta motivación va dirigida a los sujetos que están en capacidad de ser motivados por la norma penal, sujetos que deben reunir requisitos de idoneidad social, educativa y cultural. Si estos requisitos no se verifican no pueden llegarse a la conclusión de que se encuentran motivados por la ley ni se podría reprochar el cometimiento de una infracción ni imponérselos una pena.

Suponer el conocimiento de la ley y ser motivado por ella implica como requerimiento previo un trabajo elemental de difusión, conocimiento y educación en la ley por parte del Estado y de sus instituciones. Presumir el conocimiento de la ley y la motivación natural de abstención que emanaría automáticamente de tales supuestos significa crear una realidad ficticia e irreal que no toma en cuenta los niveles de desarrollo social y cultural distintos en sociedades como las nuestras. El reconocimiento de la plurinacionalidad y pluriculturalidad en un Estado constitucional de derechos y justicia implica un reconocimiento a otras formas de vida indígenas y comunitarias que viven alejadas del poder informativo del estado, como es el caso de las comunidades que han sido recientemente contactadas, pueblo Waorani. Los pueblos no contactados como los Taraomenane son el ejemplo paradigmático vivo de sociedades que renuncian a la convivencia social dentro de un determinado Estado que no puede imponer un contrato social a quienes rehúsan a formar parte de él. Es la expresión más fiel de la voluntad disidente y excluyente de quienes no quieren ser los constituyentes del Estado ecuatoriano y por lo tanto no están ni se sienten obligados a regirse por un ordenamiento jurídico – social que no han aceptado, que no lo conocen, y que por lo tanto ni remotamente están obligados a someterse.

En el caso de los Waorani, pueblo de reciente contacto y que tienen una relativa relación de convivencia con los mestizos, las compañías petroleras asentadas en sus territorios amazónicos de origen les indujeron a transitar dentro de un proceso de mutación cultural por el contacto que

inevitablemente tuvieron que hacer con estos pueblos para viabilizar la explotación petrolera<sup>1</sup>.

Estos pueblos tienen un enorme déficit de comprensión y aprehensión de la cultura mestiza hegemónica porque el estado no se ha preocupado de ello, más por el contrario, han sido funcionales a los intereses de las compañías petroleras e instrumentalizados como una especie de plaguicida natural contra los Taraomenane, pueblo no contactado con la civilización que en varias ocasiones ha matado a colonos, madereros y trabajadores de las compañías petroleras que ingresaron a sus territorios ancestrales reconocidos como de uso exclusivo por el Estado ecuatoriano<sup>2</sup>.

Este mismo estado ecuatoriano acarrea hasta la actualidad una considerable deuda en la implementación de una efectiva política cultural que priorice el mantenimiento y el respeto de su forma de vida porque sus territorios ancestrales frecuentemente son objeto de concesiones mineras y petroleras cuya explotación atraviesa obligatoriamente con un proceso de contacto – negociación, especialmente con los Wuoranis, en donde priman la política de entregas de bienes suntuarios innecesarios a las comunidades indígenas a cambio de su consentimiento. En otras palabras, los Waoranis se han constituido en la actualidad en una especie de policía privada, una suerte de guardianes de seguridad interna de las petroleras empleados para repeler las molestias o los ataques por parte de los no contactados, como los Taraomenane.

Esta lógica perversa ha convencido al estado ecuatoriano y a las compañías petroleras que es más fácil negociar con un Waorani civilizado que con uno que mantenga sus tradiciones y costumbres de vida. Mientras más cerca de la civilización, entre comillas, se encuentren los indígenas más posibilidades de coexistencia entre colonos, madereros, petroleros y las comunidades indígenas asentadas en esos territorios.

¿Qué implica un proceso de "civilización" a los Waoranis y de los no contactados? No otra cosa que iluminarles con la entelequia de la existencia de Estado fuerte y poderoso ubicado por encima de todos que tiene la legítima prerrogativa

1 [juancara-huoranis.blogspot.com.blogspot.com](http://juancara-huoranis.blogspot.com.blogspot.com). Último acceso 01/03/2015, 19:39: "...En 1955, un grupo de evangelios del Instituto Lingüístico de Verano, pretexto de evangelizarlos y civilizarlos con entrega de regalos, abre las puertas a las petroleras. De la misma forma grupos religiosos católicos también ayudan a las petroleras a tomar contacto con estos clanes. Para evangelistas y católicos la cosa se puso grave ya que los Tagaeris les mataron sin piedad. En nuestros días, enfrentamientos crueles se han dado con sus hermanos Waoranis, quienes seducidos por el dinero de los madereros han asesinado a niños y mujeres Taromenanis. El clan Taromenani, ha reaccionado y asesinado en varias ocasiones a madereros que ingresan a su territorio en busca de madera muy preciada...". [juancara-huoranis.blogspot.com.blogspot.com](http://juancara-huoranis.blogspot.com.blogspot.com)

2 <http://www.desdeabajo.info/ediciones/item/3359-tagaeris-y-taromenanes-pueblos-ind%C3%ADgenas-en-resistencia.html?tmpl=component&print=1> Último acceso el 01/03/2015, 16h00.

El Instituto Lingüístico de Verano (ILV) es uno de los responsables de la persecución contra estas culturas. Este instituto, bajo el manto de la evangelización protestante, conformó grupos de exploradores para 'civilizar' a los pueblos indígenas que se encontraban en aislamiento voluntario o que aún conservaban sus culturas. Las tácticas de penetración del ILV iban desde arrojar regalos sobre la selva hasta traducir el Evangelio a las lenguas nativas, luego que éstas eran descifradas. De esta manera, transformaban las cosmovisiones y el respeto por la naturaleza, propios de las comunidades originarias, en deseos de consumo y acumulación de riqueza.



que ellos causen problemas a los colonos, madereros y a los trabajadores petroleros recibirán como castigo todo el peso de la ley. Además, su inserción como ciudadanos ecuatorianos implica la obligación de prestar sus servicios a las fuerzas armadas frente a cualquier amenaza proveniente de la selva, sea quien fuera el enemigo que amenace los bienes y los intereses del Estado. A cambio de esta sumisión el Estado priorizará el trabajo como empleados de las compañías petroleras, de las escuelas, hospitales y de las pistas aéreas. El Estado debe convencer a las comunidades que atentar contra los bienes y los trabajadores de las petroleras es atentar contra los intereses de los mismos Waoranis, por lo que su obligación es evitar y defender los ataques de cualquier enemigo que se encuentre en la amazonia, incluidos los pueblos no contactados como los Taraomenane. La colonialidad en su más pura expresión.

El estado de para coadyuvar a este proceso de civilización e integración a la cultura hegemónica ecuatoriana

ha desplegado una política de "integración" al puro estilo colonialista español. Se ha otorgado a la Iglesia Católica<sup>3</sup> una especie de protectorado eclesial sobre las comunidades indígenas amazónicas ecuatorianas para que realicen una labor evangelizadora y civilizatoria dada los más de quinientos años de experiencia que tiene Roma que en este campo<sup>4</sup>.

En este marco lógico ¿cómo responsabilizar a una comunidad por la muerte de miembros de otra comunidad, en el supuesto de que la fiscalía demuestre con el grado de certeza la muerte de varios miembros Taraomenane en manos de los Waorani?. ¿Cómo pretender que la cultura hegemónica blanco – mestiza construya un derecho penal en donde la culpabilidad, como elemento del delito, supere el tratamiento exclusivamente biológico, toxicológico y psicológico fundamentadas en el error como causas de exclusión o atenuación de la culpabilidad desechando a otras de tipo sociológico en donde la existencia de múltiples factores económicos, sociales y culturales, propios de un sistema lleno de desigualdades son determinantes?.

¿Podemos esperar que los condicionamientos socio culturales como causas de inculpabilidad sean incorporados o analizados desde la dogmática penal por los jueces como factores a tomarse en cuenta para determinar la responsabilidad en el cometimiento de delitos por quienes no han sido motivados por la norma penal en grado máximo?



Imagen tomada de <http://www.andes.info.ec/>



Imagen tomada de <http://www.rondasuroriente.gob.ec/>

**3 Decreto Ejecutivo 1780 del 12 de junio del 2009 "...Decreta:**

**Art. 1.-** Facúltese al señor Ministro de Gobierno para que, a nombre y representación del Gobierno Nacional de la República del Ecuador, celebre un contrato con los representantes de las misiones católicas: Capuchina-Vicariato Apostólico de Aguatico; Josefina-Vicariato Apostólico de Napo; Dominicana-Vicariato Apostólico de Puyo; Salesiana-Vicariato Apostólico de Méndez; Comboniana-Vicariato Apostólico de Esmeraldas; Carmelita-Vicariato Apostólico de Sucumbios; Franciscana de Zamora-Vicariato Apostólico de Zamora, y Franciscana de Galápagos Vicariato Apostólico de Galápagos, de conformidad con las siguientes cláusulas:

**PRIMERA.-** Las misiones Capuchina-Vicariato Apostólico de Aguatico; Josefina-Vicariato Apostólico de Napo; Dominicana-Vicariato Apostólico de Puyo; Salesiana-Vicariato Apostólico de Méndez; Comboniana-Vicariato Apostólico de Esmeraldas; Carmelita-Vicariato Apostólico de Sucumbios; Franciscana de Zamora-Vicariato Apostólico de Zamora, y Franciscana de Galápagos-Vicariato Apostólico de Galápagos, se comprometen:

a) A trabajar con todo afán en pro del desarrollo, fortalecimiento de las culturas, evangelización e incorporación a la vida socio-económica del país, de todos los grupos humanos que habitan o habitaren dentro de la jurisdicción territorial encomendada a su cuidado, exaltando los valores de la nacionalidad ecuatoriana;

b) A crear, con el apoyo económico del Estado, una vez cumplidos los requisitos de ley y de acuerdo con las necesidades que surgieren en la jurisdicción de cada Vicariato, previo estudio y análisis conjunto con la Subsecretaría de Planificación del Ministerio de Educación, centros de educación fisco-misionales en los niveles inicial, educación básica y media; de educación compensatoria; de educación especial; de formación profesional a nivel artesanal; colegios técnicos, agropecuarios, profesionales, institutos pedagógicos en los sistemas hispánico o bilingüe intercultural, etc., que se sujetarán a los programas oficiales del Estado. De igual manera, las misiones católicas se comprometen a seguir, manteniendo con el apoyo del Estado, los centros de educación que se encuentran funcionando en sus respectivas jurisdicciones territoriales..."

**4** <http://www.vistazo.com/impresalpais/?id=6388>. Ultimo acceso el 01/03/2015 a las 17h00. "... Todo ocurra con la bendición del Gobierno de Velasco Ibarra, que en su tercer mandato (1952-1956) santificó por decreto las operaciones del ILV en territorio ecuatoriano. En su quinta presidencia (1968-1972), el mismo gobernante ratificó el apoyo al Instituto, por prestar "importantes servicios en investigación lingüística, y la civilización y educación de las comunidades indígenas del país". Le encargó la educación bilingüe, y le autorizó a tomar posesión de "cualquier tierra baklá", según el decreto en poder de Vistazo. El Estado ecuatoriano entregó a una entidad extranjera, durante más de 30 años, la responsabilidad de "civilizar" a los waoranis. Sin beneficio de inventario



## Del genocidio / etnocidio al homicidio: condicionantes socio - culturales

Sin pretender que este trabajo sea un análisis jurídico - penal del caso de los Waorani, el sistema penal ecuatoriano ha estado presto a conocer los conflictos que se den en las fronteras petroleras de la amazonia. Con la supuesta muerte de los Taraomenane, en manos de los Waorani, nos asaltaba la pregunta de que si este acto de ser cierto constituye o no un acto de genocidio por el que estaban acusados los waorani detenidos. Parece que la fiscalía se dio cuenta del tamaño error que cometía al pretender calificar como etnocidio un hecho presuntamente delictivo en el que están involucrados, no el estado, sino miembros de la misma etnia, es decir, pueblos contactados y no contactados con la civilización.

La definición de etnocidio se construyó principalmente frente a las atrocidades de los gobiernos (Estado) ejecutados en acciones sistemáticas orientadas a la desaparición de un grupo plenamente individualizado por rasgos distintivos que lo hacen particular. La fiscalía al acusar a los Waorani de genocidio tenía la obligación de encontrar la suficiente evidencia para demostrar que se trataba de una acción estatal dirigida por individuos pertenecientes a otra etnia, con el fin de aniquilarlos. Pero más temprano que tarde se dieron cuenta que el Estado nada tenía que ver y que más cerca del genocidio está el autogenocidio porque se trataban de dos culturas provenientes de un rasgo común pero caracterizadas por su condición de contactados o no. Por lo que tuvieron que cambiar el tipo penal a homicidio. De demostrarse la existencia del injusto penal en la actuación Waorani, tratándose de un pueblo recién contactado con la civilización, ¿cuál es el criterio para fundamentar la culpabilidad de este supuesto homicidio?

La teoría del delito es un proceder metodológico que tiende a unificar el hecho concreto, la ley y el juez penal para analizar si ha existido una acción jurídicamente relevante, verificar si esta conducta es subsumible en un tipo penal, si esta conducta está justificada por el sistema jurídico, si afecta un bien jurídico determinado y si esa conducta típica y antijurídica se la puede atribuir o imputar o reprochar a un individuo determinado que actuó en libertad. Finalmente debe analizar si puede aplicarse o no la pena a ese individuo. En otras palabras debe establecerse la existencia del dolo o imprudencia, conocimiento de la prohibición y exigibilidad del comportamiento conforme a la ley y ser capaz de culpabilidad.

La posibilidad real que el individuo elija ese comportamiento en forma libre y voluntaria implica que tiene una infinidad de posibilidades de actuar conforme a la ley porque puede diferenciar entre un proceder dañoso y

contrario a la ley y un comportamiento ceñido a lo exigible por la norma penal. Pero si acogemos la teoría determinista por la que se cree que el individuo en el momento de actuar no actuó con libertad para elegir el comportamiento delictivo la reprochabilidad ya no depende de su poder individual sino que utilizamos la comparación con el comportamiento que hubiere adoptado en las mismas condiciones el hombre medio, ideal, abstracto, comparación sin la cual no se puede establecer la culpabilidad, tal como lo concibió Durkheim (Durkheim, 1912). Si la pena tiene un fin preventivo y el individuo que actúa en función de evitar ser objeto de una pena, tiene sentido analizar el nivel de motivación de la misma. Pero si dadas las circunstancias socioculturales del sujeto activo del delito la amenaza de una pena en nada influye en su comportamiento no existe los parámetros reales para establecer su culpabilidad.

La definición de etnocidio se construyó principalmente frente a las atrocidades de los gobiernos (Estado) ejecutados en acciones sistemáticas orientadas a la desaparición de un grupo plenamente individualizado por rasgos distintivos que lo hacen particular.

De allí la noción de que el delito no es producto de un solo sujeto sino de un conjunto de factores internos y externos como su nivel de educación, su calidad de trabajador o desempleado, de sus relaciones familiares, de su adaptabilidad social y educativa, incluso de factores motivacionales como lo propone (Mir Puig, 1996). El presupuesto de la culpabilidad es la capacidad de

culpabilidad que se traduce en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de dirigir su conducta en función de esa comprensión. Otro elemento de la culpabilidad es el conocimiento de la prohibición, el saber qué hace un acto prohibido. No cabe reproche cuando el individuo no sabe de la ilicitud de su comportamiento puesto que cree que hace algo permitido por la ley. En este punto se debería introducir que el desconocimiento no solo se debe a causas biológicas y psicológicas sino también a factores sociológicos como aquellos que influyen en los comportamientos de miembros de las comunidades indígenas en sus diferentes grados de interrelación con la comunidad blanco mestiza (indígenas de las comunidades apartadas, indígenas semi contactados, y los no contactados como los Taraomenane)<sup>5</sup>. El delito es una construcción socio política porque es el estado y las clases dominantes quienes en función de sus intereses definen lo que es delito, la cuantía de la pena y a quiénes va dirigido.

No comprender la ilicitud de una conducta y pese a ello actuar conforme a ella y el error pueden eliminar el dolo y en consecuencia la culpabilidad porque existe un error de representación del resultado que se presenta como justo aunque sea injusto. De igual manera, la incomprensión del sistema de valores o la ausencia/carencia de mecanismos desarrollados de autocontrol social de sus conductas en

5 <http://www.viajandox.com/orellana/tagaeri-etnia-comunidad-orellana.htm>. Último acceso el 12 de enero del 2015, 18h25.

\*...Tagaeri eran parte de los Huaorani. Después de la evangelización agresiva de los 60, los Tagaeri al mando de Taga, renunciaron al contacto con el mundo moderno, con las petroleras y otras comunidades indígenas y se propusieron defender su territorio, al comienzo fueron unas 30 personas, pero fueron aumentando con los Huaorani que renunciaban a la evangelización...\*

individuos o comunidades no contactadas o deficientemente incorporadas a la vida social de una comunidad puede dar lugar a un estado de inculpabilidad. La expectativa del orden jurídico de que el sujeto real afectado por causas sociológicas pueda actuar de otra forma no puede medirse con la expectativa que pudiera tener un hombre medio situado en las mismas condiciones porque simplemente la representación mental que tiene sobre hecho que realiza son diferentes. Ningún hombre medio ideal podría ser configurado por el juez penal para que se represente la situación en la que estuvieron los indígenas Taraomenane o Waorani cuando decidieron matarse entre ellos porque simplemente la posibilidad de actuar de otra manera bajo estas condiciones no puede sucederle a ningún hombre medio, por lo irrepetible de las circunstancias.

Muñoz Conde dice al respecto que: "... La "motivabilidad", la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unidas a otras (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de la responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esta facultad –cualquiera que sea el origen de la misma – deberá determinar la exclusión, o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, sean reales y efectivas...". Además acota que "...en una democracia que aspira a ser verdadera y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si éstos carecen de contenido ( si la mayoría de la población es analfabeta ¿ de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido, que éste haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, si no se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra..." (Muñoz Conde, 2007).

En conclusión, lo que el ciudadano medio puede entender como delito con referencia a la ley penal para otros condicionados por factores sociales, económicos y culturales no lo es. Entre estas consecuencias ha intermediado la capacidad de socialización, el proceso de aprendizaje, la voluntad de pertenecer a la comunidad, etc. Es la sociedad la culpable de la existencia de estas conductas típicas

porque no ha existido un nivel de acercamiento con políticas de igualdad e inclusión, o simplemente de respeto al carácter irrenunciable de su autoexclusión social.

Después de esta breve introducción al caso de los Waorani podemos ensayar unas primeras conclusiones que no son sino puntos de discusión a desarrollarse en lo posterior y sujetas a debate público de quienes como ciudadanos estamos llamados a opinar:

1.- Según toda doctrina penal una persona para ser considerada como responsable de un injusto penal debe tener posibilidades reales de conocimiento de la norma penal y comprenderla. Consecuentemente comprender la antijuridicidad de su conducta. En otras palabras se entiende por comprensión el proceso mental que se inicia con el conocimiento de la norma penal y que termina con la internalización de la misma. Comprensión es conocimiento e internalización. En este contexto el error de prohibición opera cuando el sujeto activo no conoce o conoce defectuosamente los casos de inculpabilidad de su conducta debido a que sien-te su obrar como resultado de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial. Frente a la posibilidad de que cualquier persona pretenda justificar con ello un supuesto error de comprensión entonces se exige que el sujeto realmente experimente como un deber de conciencia de cometer el injusto, es decir, que sus valores le exigen no obedecer la norma penal. En este caso puede haber una disminución de la culpabilidad criterio que puede ser considerado como inconstitucional porque no respeta las costumbre arraigadas en pueblos semicontactados que adolecen de la carencia del elemento cognositivo de la norma penal de la cultura hegemónica.

2.- La dogmática dentro de la teoría del error diferencia el error de comprensión culturalmente condicionado el mismo que se da cuando la conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión por la existencia de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial. Este error se debe cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura. Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. En todo caso no le es exigible dicha internalización.

La teoría de la motivación implica que el derecho penal no debe castigar a un habitante con patrones culturales distintos a los del ordenamiento jurídico penal oficial porque la exigibilidad de comprensión no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y los que han desarrollado con patrones

y valores culturales distintos. En este caso la consecuencia es similar al error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad.

Existen dos cuestiones dignas de un estudio complementario al presente ensayo:

En primero lugar, el dictamen fiscal abstentivo en el caso de los Waorani por las razones de falta de motivación de la norma penal a pueblos con un deficiente nivel de integración a la comunidad nacional deja abierta la posibilidad de igual tratamiento a los miembros de la misma comunidad que decidan realizar una matanza similar a la realizada con los pueblos no contactados como los Taraomenane.

En segundo lugar, existe una disposición de parte de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, anterior la matanza de los Taraomenane en la que conminaba a que

el Estado ecuatoriano debía tomar todas las medidas de protección en contra de estos pueblos contactados y no contactados, y aparentemente no lo hizo de manera eficiente por lo que al decir de varios juristas y dirigentes indígenas, podría existir un posible delito de etnocidio por parte del Estado porque quienes teniendo la obligación jurídica de tomar las debidas cautelares a favor de estos pueblos no lo hicieron o no lo ejecutaron eficazmente, aun conociendo con anticipación estas matanzas. Estos serán temas de análisis futuro.



Imagen tomada de <http://www.justicia.gob.ec/>

**Bibliografía:**

- Avila, R. (2013). LA (IN)JUSTICIA PENAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS. Una mirada desde el garantismo penal. Quito: Ediciones Legakles EDLE S.A.
- Ayala Mora, E. (2002). ECUADOR: PARTIA DE TODOS, la nación ecuatoriana, unidad en la diversidad. Quito: UASB.
- Ayala Mora, E. (2011). La interculturalidad, camino para el Ecuador. Quito: UASB-E/FENOCIN.
- Duque, A. (20 de Noviembre de 2008). Desde Abajo. Obtenido de <http://www.desdeabajo.info/ediciones/item/3359-tagaeris-y-taromenanes-pueblos-ind%C3%ADgenas-en-resistencia.html?tmpl=component&print=1>
- Durkheim, E. (1912). Formas elementales de la vida religiosa. Paris.
- Función Ejecutiva. (12 de junio del 2009). Decreto Ejecutivo 1780. Quito: Registro Oficial.
- Francia, S. L. (2007). Sistema penal y pluralismo jurídico: lineamientos para nterpretar la legislación peruana. Lima: CEAS.
- Huaorani. (s.f.). Obtenido de [juancara-huaoraniblogspotcom.blogspot.com](http://juancara-huaoraniblogspotcom.blogspot.com)
- Mir Puig, S. (1996). Derecho Penal. Parte General. . Barcelona: Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Muñoz Conde, F. (2007). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo blanch libros.
- Revista Vistazo. (s.f.). Obtenido de <http://www.vistazo.com/impres/pais/?id=6388>.
- Stavenhagen, R. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos, en Pueblos indígenas y derechos humanos. . Lima: Deusto Ediciones.
- Viajandox. (s.f.). Obtenido de <http://www.viajandox.com/orellana/tagaerl-etnia-comunidad-orellana.htm>



# LA MUJER EN EL DERECHO

Dra. María Patlova Guerra Guerra

*Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República. Especialista en Gestión de Procesos Educativos.*

*Diplomatura de Especialización y Extensión Universitaria en "Criminalística", de la Universidad Nacional de Trujillo, 21*

*Septiembre 2007. Corte Provincial Pichincha. Miembra del Equipo Jurídico de la Comisión 30 S, desde 1 junio 2013 hasta 1*

*abril 2014. Asesora de Despacho del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, desde 1 abril 2014 hasta el 21 de*

*abril de 2015. Miembra de la Comisión de Evaluación de los Concursos de Méritos y Oposición, para ingresos a la Carrera*

*Docente de la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad*

*Central del Ecuador, nombrada por el Consejo Directivo de la antes mencionada Facultad, el 18 de septiembre de 2014 a 30*

*enero 2015. DOCENCIA UNIVERSITARIA. Universidad Central del Ecuador Profesora, Facultad de Jurisprudencia Escuela*

*Derecho, 24 años. 1991- presente. Nombramiento accidental 1 noviembre 1994 a 31 marzo 1995, Docente auxiliar tiempo*

*parcial 12 abril 2002, Docente agregada tiempo parcial 1 mayo 2007, Docente agregada tiempo parcial-escalafón- 1 noviembre*

*2013 PUBLICACIONES / LIBRO "LA CASUÍSTICA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL." Manual sobre Derecho Procesal Penal*

*(Etapa de Juicio), impreso en Quito - Ecuador, junio de 2007, Ediciones Abya-Yala, ISBN 978-9942-01-033-9. REVISTA*

*FONDO DE JUSTICIA Y SOCIEDADESQUEL-USAID, 9 AÑOS DE APOYOALA JUSTICIA, febrero de 2008, fs. 56, 57.*

## RESUMEN

El paso a la nueva condición reordena su quehacer; abre horizontes nuevos y crea responsabilidades que no existían. La incidencia en el nuevo estado en la situación y en la actividad jurídica de la mujer es consecuencia del matrimonio, de la necesidad imperiosa de que una vez nacido, hay un orden normativo que resuelva las dificultades y que se oriente a conseguir del mejor modo, no los intereses particulares y privativos del varón y de la mujer, sino los comunes y sociales del marido y de la esposa.

En las diferentes ramas del Derecho vemos reflejada a la mujer con sus derechos y obligaciones, por ser sujeto de derecho, como en el DERECHO MERCANTIL, EN EL DERECHO PENAL, EN EL DERECHO LABORAL, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICO.

**PALABRAS CLAVE:** *Mujer, derecho, ley, historia*

## ABSTRACT

The move to the new condition rearranges his work ; opens new horizons and creates responsibilities not exist . The incidence in the new state in the situation and the legal activity of the women is a result of marriage, the imperative that once born , there is a normative order to resolve the difficulties and aimed to achieve better way, private and not exclusive to the male and female interests, but common and social husband and wife .

In the various branches of law we see reflected the woman with their rights and obligations , being a subject of law , and commercial law , oenal law, labor law, administrative law and political

**KEYWORDS:** *woman, right, law, history*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 05  
APROBADO: 2015 - 05 - 17

## INTRODUCCIÓN

Basta solamente citar a Shakespeare en su obra "La fierecilla domada" (2003) para apreciar la condición de la mujer en todos los tiempos:

*Por qué miráis así de enfurecida?*

*Por qué ese gesto de amenaza?*

*Por qué miráis a vuestro esposo*

*Con esos ojos que supuran odio y desprecio?*

*Habéis olvidado que es vuestro señor,*

*Vuestro rey y vuestro dueño?*

A través de la historia podemos observar que la mujer viene a ser un ser dependiente y obediente en las sociedades: Leyes, costumbres, religión y aún filosofía están al servicio del hombre que ejerce un liderazgo omnimodo como factotum familiar y comunitario.

La posesión de la mujer ha constituido la unidad para medir la civilización de un país o de una edad, y aún cuando es todo cierto en muchos aspectos; resulta de aplicación extraordinariamente difícil por ser casi imposible manifestar: ¿qué es lo que constituye realmente la posición de la mujer? En la teoría, y ante el derecho, es una cosa; en la práctica de la vida corriente es otra distinta: ambas reaccionan una sobre la otra, pero nunca coinciden enteramente, y en determinado momento la realidad es una mezcla inseparable de ambas.

Que la mujer es un sujeto de derecho al igual que el varón, que una y otra tienen personalidad jurídica y que en los mismos se anudan derechos y obligaciones, es algo hoy tan evidente y papable, que excusa toda explicación. El yo psicológico que la conciencia pone de relieve en el hombre se manifiesta, sin distinción de sexo en el varón y en la mujer, y ese yo psicológico tiene plena trascendencia en el ámbito jurídico.

Ahora bien, la distinción de la criatura humana en varón y en mujer, no fue caprichosa ni arbitraria. El papel diferenciado que incluye al varón y a la mujer, impone que sus derechos y obligaciones en el orden fisiológico, moral

social y en el jurídico que refleja aquellos no sean iguales. Nadie podrá minimizar o reducir la importancia de ninguno de ellos; todos son necesarios y de jerarquía semejante. La quiebra o ausencia de uno solo dificultaría y anularía el esfuerzo individual o común.

No estamos en presencia de una lucha de sexos que implique la evolución jurídica, ni de una reivindicación de derechos femeninos desconocidos e inculcados por un sistema que, atribuyéndolos en absolutos al varón, desprecia y olvida a la mujer.

La cuestión hay que plantearla de otro modo, en el derecho constituido, porque la asamblea aun mantiene preceptos residuales de un ordenamiento en el cual aquellos principios no tuvieron vigencia, o lo tuvieron de un modo parcial; y, en el orden teórico porque aun corregidas tales deficiencias, la doctrina debe de enmarcarse un modo más aceptado atribuciones, facultades y derechos de la mujer cuando esta permanece soltera o enviuda, y de la mujer y del varón cuando se asocian por el vínculo del matrimonio y crean con la filiación, una nueva familia, en nuestro derecho civil vigente, es claro que el sexo no es circunstancia que determine incapacidad o modificación de la capacidad, el nacimiento determina la personalidad con independencia del sexo por lo tanto, la criatura humana, mujer o varón, tienen capacidad de derecho, examinada la situación de la mujer, como tal, en el sistema de nuestro Código Civil, vemos como repercute en el matrimonio y en la actividad jurídica. Para precisar las ideas no olvidemos que al contraer nupcias cambia de estado la mujer. La palabra estado quiere decir que se encuentra y no de una manera ocasional en una postura distinta. Lo mismo le sucede al varón. No se trata de una unión pasajera, esporádica y eventual, que no deja huella ni afecta a la sociedad. Si el matrimonio es el germen de la familia y la familia base de la sociedad, es claro que el matrimonio influye sobre el varón y la mujer transformándolos en marido y esposa. El paso a la nueva condición reordena su quehacer; abre horizontes nuevos y crea responsabilidades que no existían. La incidencia en el nuevo estado en la situación y en la actividad jurídica de la mujer es consecuencia del matrimonio, de la necesidad imperiosa de que una vez nacido, hay un orden normativo que resuelva las dificultades y que se oriente a conseguir del mejor modo, no los intereses particulares y privativos del varón y de la mujer, sino los comunes y sociales del marido y de la esposa.

## **La mujer en el derecho mercantil**

El sexo es totalmente irrelevante en orden a la capacidad para ejercer el comercio, ya que las limitaciones que se establece para la mujer tiene su fundamento, no en su condición de mujer sino en su posible condición de casada y son consecuencias del principio de la autoridad marital y de la unidad de dirección de la mujer.

Vemos a la única limitación que para ella existe de su posible condición de casada, ya que las otras circunstancias se exigen no solo a la mujer sino también al varón. Si la mujer fuere menor de edad o estuviera incapacitada, no podrá ejercer por sí el comercio teniendo que hacerlo por medio de sus representantes. En este supuesto, pues, la limitación procede no de su condición de mujer, sino de su minoría o incapacidad.

## **La mujer en el derecho penal**

En términos generales puede mantenerse el criterio de que la posición de la mujer ante la ley penal es idéntica a la del hombre; no obstante hay que tener presente que en cierto supuesto el sexo puede tener y tiene repercusión en el orden penal.

Así cuando la víctima del delito, es una mujer, es doblemente violentada cuando debe realizarse el examen médico legal, que no todas conocen que es potestativo de la ofendida exigir que quien le examine sea una medica mujer y no un medico varón.

Además cuando se encuentra embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen no se le puede privar de la libertad así se le encuentre en delito flagrante, y debe el Juez de Garantías Penales disponer una medida cautelar personal que consiste en el arresto domiciliario y no la prisión preventiva.

Con relación a la pena, puede decirse que no existe diferencia alguna por razón del sexo y si solo en orden al régimen penitenciario, ya que cuando una mujer fuere condenada no se le notificará con la sentencia en la etapa del puerperio.

## **La mujer en el derecho laboral**

Tiene la mujer los mismos beneficios sociales, en orden a la percepción de puntos, seguros de accidente, de enfermedad, vejes, viudez, etc., siendo además objeto de una especial protección, como por ejemplo distanciándole de la asistencia al trabajo en el supuesto de embarazo, así como también, durante el período de lactancia, garantizándole durante la jornada laboral determinado periodo de tiempo para asistir a los hijos lactantes. Pero ojo recuerden los requisitos para emplearse en una empresa privada, una mujer; la pregunta de cajón: ¿Es casada? Y si ha tenido o va tener hijos, qué tiempo

después de ingresar al banco puede tenerlos, etc.

En el aspecto social, por lo que respecta al amparo de la mujer, con la creación del montepío del seguro a quien presta el servicio doméstico, en el que, con carácter obligatorio, se les concede los beneficios derivados del seguro de enfermedad así como también pensiones de jubilación, y auxilios económicos para los gastos en caso de fallecimiento.

## **La mujer en el derecho administrativo y político**

En términos generales es sin duda en esta rama del derecho en donde quizás se manifiesta con mas frecuencia la distinción entre la mujer y el varón pudiendo decirse que ha sido norma, para el desempeño de los cargos públicos, el pertenecer al sexo masculino, no obstante, en lo que va del siglo se ha considerado, que las mujeres pueden ocupar, como ocupan, muchos de dichos cargos.

A la mujer se le solicita en una escala mínima en los cuerpos militares y de determinadas actividades civiles como la notarial, diplomática, judicial, secretarios judiciales, abogados del Estado, Procuradores, Contralores, Superintendentes Generales de Compañías o de Bancos.

La mujer siempre influyo en el desarrollo y la vida misma del planeta de una manera directa ya sea pasiva o activamente. Citaré las palabras de Montalvo: "piensa que si la influencia de las mujeres sobre el varón fuera de todo punto nula, este sería un animal feroz indómito que no conocería las dulzuras de la vida y anduviera tropezando con todas las penalidades de la misma" (2002 (Shakespeare, 2003)).

Marcela Lagarde llama la atención en uno de sus estudios antropológico-psicológicos de las mujeres y reflexiona diciendo: "¡Oh mujeres de nuestra generación! ya no podréis ser débiles esperando todo del hombre. Vuestras profesiones de médicas, abogadas, militares, policías, odontólogas, maestras, en muchas ramas del saber humano, os darán los medios de vida desahogada.

Para estudiar y nivelarnos con el hombre en sus condiciones e ilustración, sed valientes, hoy las ciencias, las artes, las industrias, el comercio, los ejercicios y los empleos en muchas oficinas públicas y privadas son los nuevos horizontes que despejamos brindan a la mujer medios seguros para la vida y armas poderosas para combatir. Por las que aun en este tiempo viven cumpliendo tan solo con los menesteres domésticos sin nada de técnica. Como autónoma, con la rigidez de una madre ignorante y de un padre severo, sin voz ni voto y solamente a dar hijos que por casualidad crezcan sanos y robustos ya que los hijos de nuestro pueblo en su gran mayoría se debaten en la impotencia de poder salir de la sumisión hacia el hombre por la ignorancia y la miseria que por siglos siguen dormidas."

Alda Facio (2000) cuando habla del derecho con respecto a las mujeres indica que: elaboremos leyes en que la mujer sea sujeto activo de ellas y no pasivo, que la ley llega solo a quienes se enteran por casualidad que estas existen ya que ellas también son sujeto de derecho.

ilustración Freepik.com



### **Simon beauvoir pregunta**

“¿Es suficiente cambiar las leyes, las instituciones y las costumbres, la opinión pública y todo el contexto social para que los hombres y mujeres se conviertan realmente en iguales?” (Beauvoir, *s/f*, p. 511).

No les parece que el nuevo milenio puede ser edificado sobre una nueva ética que ubique la igualdad y la libertad en el ámbito de un compromiso, en el que la integridad y la riqueza sean derecho de cada quien, sólo si subordinamos la política a la ética, lograremos el buen vivir y la paz para cada persona, para cada comunidad, para nuestro amado país para todas y para todos.

Nuestra condición de humanas, no solo en el derecho, sino en todos los ámbitos de la cotidianidad, no está en el tiempo de este milenio, en la edad media comenzó a desarrollarse, pero solo en las clases humildes otro sistema familiar en la cual se encuentran los primeros gérmenes de la moderna. Entre aquellos que sufren igualmente y trabajan hubo de producirse una comunidad de sentimientos, efectos, y por lo mismo una comunidad de adquisiciones y de derechos, el surco se abría y en el se iban echando las primeras semillas de la mujer moderna, porque no existía ninguna Ley constitutiva que determinase los deberes y derechos de los esposos y casi siempre la arbitrariedad del señor feudal era Ley para sus súbditos.

En todo lo que se relaciona con el sexo, la mujer y el varón tienen los mismos órganos, las mismas necesidades, las mismas facultades, la máquina esta constituida del mismo

modo, las piezas son idénticas, la fisonomía es la misma, y consideramos desde ciertos puntos de vista varían muy poco, la misma dignidad por esa sustancia espiritual y libre que ánima la máquina orgánica (inteligencia).

Los que piensan que las Leyes deben determinar la condición de la mujer y la fingen, sin duda una inspiración, pero no comprenden bien la cuestión, porque la acción de las leyes sobre las mujeres es un concepto que carece de sentido; lo que es positivo es la acción de las mujeres sobre las leyes, de suerte que infinitamente más racional es pedir a las mujeres las reformas de las Leyes, que pedir a las Leyes las reformas de ellas. En lugar de ser un principio, no es más que una simple deducción de las costumbres, de las cuales solo las mujeres tienen el secreto y la llave.

La mujer con carácter, ordena sus negocios, su valor para empresas sus relaciones sociales, todo esta alimentado por el fuego del hogar; madres, hija y esposa, aun amiga, con sus consejos, ruegos y simpatías, intervienen en todos los actos de la vida del hombre, si ella tiene inteligencias bien dirigida y robustecida por la educación y la moral, va trazando la verdadera misión que debe cumplir sobre la tierra contribuyendo de esta manera a reformar las generaciones presentes, preparándolas para la consecución de grandes ideales, de progreso y felicidad que ansian los pueblos. La mujer no ha nacido para vivir en perpetua infancia, ni para ser falaz, ni menos el juguete de los hombres, de aquí fluye la necesidad absoluta de educarnos y superarnos permanentemente.

#### **Bibliografía:**

- Montalvo, J. (2002). Al pie del Monte Blanco. Retrieved enero 22, 2015, from Biblioteca Virtual "Miguel de Cervantes": [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/juan-montalvo--0/html/00096d8c-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_11.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/juan-montalvo--0/html/00096d8c-82b2-11df-acc7-002185ce6064_11.html)
- Shakespeare, W. (2003). La fierrecilla domada. RBA.
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del derecho. In G. Herrera, Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho (pp. 15-43). Quito: FLACSO-CONAMU.
- Beauvoir, S. (s/f). El segundo sexo (Vol. II). Buenos Aires: Siglo Veinte.



# EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD TRIBUTARIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Dra. Katty Muñoz Vaca

*Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales por la Universidad Internacional del Ecuador. Magister en Derecho, mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria (Madrid-España). Especialista Superior en Tributación y en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Diplomada Superior en Mediación por la Universidad Central del Ecuador. Cursando el doctorado (PHd) en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Se desempeña como jueza del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1 (sede en Quito) y profesora en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.*

## RESUMEN

Es obvio que las desigualdades entre hombres y mujeres no se producen solo en el ámbito jurídico, sino que, al contrario, son una realidad en todos los órdenes de la vida. Por ello, lo que se busca como objetivo general de este trabajo es que se vislumbre un enfoque de género en el que, en primer lugar, se reconozca la desigualdad entre hombre y mujer, luego se determinen las razones que la producen, para que, finalmente, se planteen soluciones definitivas para erradicarla, partiendo del análisis del principio de igualdad tributaria desde el punto de vista constitucional, tributario y erogatorio

**PALABRAS CLAVE:** *Igualdad tributaria, Constitución económica, sexo, genero, feminismo, género y derecho, feminismo, Código tributario, arquitectura financiera, principio de igualdad.*

## ABSTRACT

It is obvious that inequalities between men and women do not occur only in the legal field, but on the contrary, are a reality in all spheres of life. Therefore, what is sought as the general objective of this work is that a gender approach in which, first, inequality between men and women is recognized in sight, then there are reasons that produce it are determined so that, finally, definitive solutions to eradicate it, based on the analysis of the principle of tax equity from the point of constitutional, tax and erogatorio view arise.

**KEYWORDS:** *Tax equality, economic constitution, sex, gender, feminism, gender and the law, feminism, Tax Code, financial architecture, principle of equality.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 02  
APROBADO: 2015 - 05 - 24

## 1. Algunas consideraciones preliminares

No existe rama del Derecho que no pueda ser vislumbrada desde una perspectiva de género. No obstante, ha primado un análisis vinculado fundamentalmente con el Derecho Penal y el Derecho de Familia, en el que se manifiesta –de una forma más evidente– la preeminencia de ciertos roles históricos de la mujer en la sociedad. Es por ello que, con el afán de incursionar en nuevos ámbitos jurídicos, en el presente trabajo se abordará el análisis de un principio constitucional del Derecho Financiero que prácticamente no ha sido revisado con una perspectiva de género<sup>1</sup>: el de igualdad tributaria.

La importancia de este enfoque radica en que, en razón de que el Derecho Financiero regula “la actividad financiera del Estado, en sus tres momentos, a saber: en el establecimiento de tributos y obtención de diversas clases de recursos, en la gestión de o manejo de sus bienes patrimoniales y en la erogación de los recursos para los gastos públicos” (Méndez, 2003:12), la inclusión de una perspectiva de género de forma transversal dentro de las diferentes ramas del Derecho Financiero<sup>2</sup> - en este trabajo se enfatiza en el Derecho Tributario<sup>3</sup>-, es un primer paso con el que se pretende incentivar a que se propugne una efectiva actividad financiera pública como un medio que permita conseguir la igualdad práctica entre hombres y mujeres, pues existe una conexión imprescindible entre los institutos del

Derecho Financiero (entre ellos los tributos, el gasto público y el presupuesto) y los derechos constitucionales que los entrelaza y los vuelve inseparables, ya que unos se remiten a otros.

En el Ecuador, la Constitución de la República y el ordenamiento normativo en general, contienen disposiciones que propenden a la igualdad de las mujeres<sup>4</sup>, incluyendo la jurídica<sup>5</sup>. No obstante, todavía se mantienen normas con un sesgo discriminatorio, en ocasiones evidente y en otras velado, en contra de las mujeres<sup>6</sup>, los que serán expuestos a la luz del principio de igualdad tributaria en líneas posteriores. En Argentina, también existen disposiciones que garantizan la igualdad real de las mujeres, así la Constitución determina como atribución del Congreso: “23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

La Constitución de un país, como norma suprema, tiene un valor superlativo, no sujeto a discusión. De igual forma, es conocido que en ella se establecen principios y disposiciones que prevalecen sobre otras normas<sup>7</sup> y de toda controversia de carácter teórico. En este sentido, la Constitución se estructura sobre dos bases fundamentales: por un lado la declaración de derechos; y, por otro, la estructura de la organización estatal, con una función transformadora en la sociedad. En efecto, los fines constitucionales, para que no permanezcan como simple enunciado retórico, requieren que el Estado les dé efectividad realizando la actividad financiera -a través del ingreso y gasto público- y los lleve a su concreción.

1 De hecho, la dogmática jurídica financiera ha estudiado este principio sólo desde el punto de vista de la tributación y ni siquiera lo ha analizado desde las finanzas públicas. Se busca entonces abandonar la visión única masculina, que ha sido preeminente en la doctrina tributaria respecto del principio de igualdad, y más bien reformularla desde una visión femenina.

2 En efecto, el desarrollo de la actividad financiera del Estado permite distinguir –con una visión jurídica– tres ramificaciones del Derecho Financiero: Derecho Fiscal, Derecho Patrimonial del Estado y Derecho Presupuestario. En este orden de cosas, “el Derecho Fiscal es un conjunto de normas jurídicas que regulan las fuentes de ingresos para el Estado, así como los procedimientos y captación de los mismos, mientras que el Derecho Tributario son normas jurídicas que se refieren al establecimiento de contribuciones o tributos (...), a las relaciones jurídicas establecidas entre la Administración Pública y los particulares con motivo del nacimiento de los mismos, su cumplimiento o incumplimiento, así como los procedimientos oficiosos o contenciosos que puedan surgir, así como las sanciones específicas por su violación” (Méndez, 2003, p.13). Queda expuesto entonces que el Derecho Tributario es una rama muy relevante del Derecho Financiero, pero no la única.

3 Dino Jarach, citado por Corti (2003, p. 563) afirmaba que el Derecho Tributario “es una materia de las más complejas y, posiblemente, donde el aspecto jurídico llega a la culminación de su expresión, por cuanto entrelazan en el derecho tributario aspectos jurídicos que hacen a todas las ramas del derecho”.

4 Por ejemplo, el artículo 70 de la norma suprema señala que “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y

brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

5 “Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad de ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica” (Bobbio, 1993, p. 53).

6 Verbigracia se puede citar la disposición que todavía se encuentra en el artículo 254 del Código Civil: “Sin perjuicio a lo dispuesto en el Art. 131 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, el juez podrá rechazar la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo”.

7 El artículo 424 de la norma suprema ecuatoriana determina que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. En el caso argentino, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio esencial en el sistema jerárquico normativo. En palabras de Pizzolo se trató de un “achatación” del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que la figura resultante parece más un trapecio: “En la cúspide de todo el ordenamiento, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales [de derechos humanos] que pasaban a tener su misma jerarquía”. (Pizzolo, 2002, p. 514).



Los principios jurídicos establecidos en la Constitución con especial referencia a la Argentina son: el de legalidad, igualdad ante el impuesto y las cargas públicas del cual deriva un tercero denominado el de generalidad y un último que constituye el respeto a la propiedad llamado de no confiscación. (Casás, p. 27). No debe olvidarse que los principios jurídicos actúan como limitaciones al poder del Estado, en palabras de Carlos M. Giuliani Fonrouge (...): "existen dos órdenes de limitación; uno general, que corresponde a los principios jurídicos de la tributación incorporados a la generalidad de las constituciones de los países, y otro derivado de la organización política de los Estados, también con carácter constitucional, sobre el tema de las competencias tributarias el cual vincula al fenómeno de la doble tributación."

En el caso del principio de igualdad tributaria, parte de la finalidad de la actividad financiera pública del Estado que se subordina al mismo y que teleológicamente busca cristalizar los derechos fundamentales garantizados en la norma suprema. Así las cosas, el Estado requiere también de la organización de procedimientos democráticos que le brinde una estructura para cumplir con su finalidad. Así surge el concepto de Constitución económica<sup>8</sup>, definida por Julio César Trujillo como:

Los principios y normas de jerarquía constitucional que se ocupan de determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que se fijan a la intervención del Estado en la economía, organización social y cultura (sic) y de los medios de que debe valerse para lograr la garantía y goce efectivo de los derechos de la persona, especialmente de los derechos sociales, económicos y culturales (2007: 112).

En el contexto de la Constitución económica, para abordar el tema central, se evidencia que los enunciados de las finanzas públicas —principal instrumento para la realización de los derechos, entre ellos, el de la igualdad de

la mujer—, constan en la norma suprema. En palabras de José Vicente Troya (2009:323) "existe un hilo conductor entre el sistema económico, las finanzas públicas y el derecho tributario que demuestra las relaciones entre estos ámbitos, dispuesto de tal modo que va de lo general a lo particular".

Para Bidart Campos (2002: 4) definiciones al margen, la Constitución económica vendría a ser el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son —como dijimos renglones más arriba— aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras. (...) Diríamos que casi no hay espacio o sector de

la Constitución sobre el cual no incida alguna proyección de la economía y en el cual no se sienta su influencia —a veces para bien, y otras paramal—. Y ello porque en las políticas públicas del Estado, sean las que estrictamente pueden llamarse políticas económicas, o íntegramente, las políticas sociales o generales, se toman en cuenta y se filtran decisiones condicionadas por lo económico o vinculadas con lo económico. Ni qué decir cuando hay que referirse al presupuesto de gastos y recursos.

Así las cosas, la actividad financiera del Estado toma un papel preponderante para eliminar la desigualdad entre hombres y mujeres y la discriminación en razón de género, pues tiene como afán "la obtención de ingresos y realización de gastos a los efectos de hacer efectivos los procedimientos (democráticos) y los derechos (fundamentales) constitucionalmente establecidos" (Corti, 1997: 126). Esta actividad financiera, deberá ser realizada en el marco de una política que tienda a la aplicación del derecho a la igualdad constitucionalmente consagrado, como garantía de gobernabilidad democrática y respeto a los derechos de las mujeres.

Es obvio que las desigualdades entre hombres y mujeres no se producen solo en el ámbito jurídico, sino que, al contrario, son una realidad en todos los órdenes de la vida. Por ello, lo que se busca como objetivo general de este trabajo es que se vislumbre un enfoque de género en el que, en primer lugar, se reconozca la desigualdad entre hombre y mujer, luego se determinen las razones que la producen, para que, finalmente, se planteen soluciones definitivas para erradicarla, partiendo del análisis del principio de igualdad tributaria desde el punto de vista constitucional, tributario y erogatorio.

8 Algunos tratadistas como el argentino Horacio Corti (2007) se refieren más bien a la Constitución financiera como aquella que "regula la actividad financiera pública de conformidad con sus aspectos estructurales (p. 693)".

## 2. Bases conceptuales

Se estima necesario exponer, de manera sucinta, ciertas ideas que servirán para dar una visión general del tema, que si bien resultan harto conocidas, es conveniente abordarlas previo al estudio del principio de igualdad, desde una perspectiva de género, pues hay que comprender la histórica cosmovisión masculina asumida como única, y plantear alternativas a la jerarquía de género imperante en la sociedad, que tiene como consecuencia desigualdad entre hombres y mujeres y dentro de ellos otras desigualdades basadas en aspectos económicos, sociales y culturales<sup>9</sup>.

### 2.1. Sexo y género

En primera instancia, previo a profundizar en el tema central, es necesario conocer algunas definiciones de ciertos términos que son de uso frecuente cuando se busca englobar una perspectiva de género de manera transversal en las distintas actividades humanas. La más elemental, y que ha sido universalmente aceptada, es la diferenciación entre sexo y género.

Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres o, en otras palabras, entre machos y hembras de la especie humana. Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos. Entre otros, se consideran atributos femeninos la delicadeza en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros (el altruismo), la inclinación por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, la belleza. Como masculino, por oposición, se considera la brusquedad en las actuaciones, la violencia, el egoísmo, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, la fealdad" (Jaramillo, 2004: 29).

A través del término sexo, entendido como la diferencia biológica entre hombre y mujer, se trató de explicar la subordinación "natural" de la mujer, cuando en realidad la misma no es más que el resultado de una construcción social y cultural<sup>10</sup>. Por ello, cuando se quiere analizar al Derecho con un enfoque de género, es necesario dejar de lado concepciones y cosmovisiones que afianzan una sociedad patriarcal, pues –como se señaló anteriormente– no es suficiente encontrar las normas que estigmatizan a la mujer en función del sexo, ya que lo fundamental proviene de la aplicación de ellas, a fin de evitar roles predeterminados que invisibilizan a la mujer y le limitan a espacios en los cuales

se le ha encasillado, so pretexto de que es la identidad que se ha asignado a su género, privándosele el acceso a los denominados "roles masculinos", tales como cargos de dirección y representación pública y privada, redacción de leyes, ejercicio de la judicatura, entre otros.

La identidad de género es de particular importancia para entender las dificultades que tienen las mujeres para hacer denuncias, reclamar por sus derechos, cambiar actitudes y comportamientos. Del lado del varón su identidad de género, marcada por el modelo hegemónico, nos permite entender la oposición que los esposos, los hijos y las organizaciones masculinas de la comunidad manifiestan ante la participación de las mujeres (Ruiz, 1999: 141).

Por otro lado, el género no se limita únicamente a la construcción sociocultural e histórica aludida, sino también a las relaciones derivadas de dicha construcción, bien sea entre varones y mujeres, es decir, inter-género, como entre varones y entre mujeres, o sea, intra-género (Ídem: 143). Es en estas relaciones en que se solidifican las diferencias entre hombres y mujeres, forjándose para lo posterior una sociedad en la que lo que se asocia a lo femenino con lo prescindible y se ensalza al rol masculino como el único a ser valorado, pues es el que sí aporta a la sociedad, lo que provoca marginación de la mujer y devaluación de su rol social. Al respecto, en el ámbito específico de la materia financiera, no se debe olvidar que "la segregación de cualquier grupo social crea problemas de eficiencia, sencillamente porque no permite que la persona ocupe el lugar que le corresponde según sus capacidades individuales (...)" (Vásconez y Gutiérrez, 2010: 1).

### 2.2. Feminismo

El término feminismo –utilizado de forma peyorativa o excluyente– genera confusiones y discusiones incluso entre quienes se encuentran inmersos en esta lucha. Se entiende como "feminista" al grupo de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que en la sociedad contemporánea se vive en una sociedad patriarcal con una supremacía de lo masculino (Jaramillo, 2004: 33). No obstante, existen diferencias dentro del mismo grupo feminista por establecer cuál es el elemento que lo engloba, lo que inclusive se presta a discrimen entre unas y otras mujeres. Por ejemplo, "se critica (...) el que en la academia las mujeres blancas de clase media pretendan ser representantes del feminismo cuando de hecho ellas son las únicas que tienen acceso realmente al debate académico" (Ídem: 34).

Esta división dentro del propio grupo feminista genera incertidumbre entre quienes participan de él o desean hacerlo. Si se etiqueta a las personas ya no sólo por su género, sino que –dentro de éste– se lo hace en función de su raza, edad, medio social, se está llegando a otra marginación, que no hace sino diluir el verdadero enfoque de género que se busca dar a las diversas materias, con el propósito de que

9 Cfr. Terán (2013 p. 137).

10 Lamas (1986), citada por Ruiz Bravo (1999, p. 135) señala que mientras el sexo alude a los aspectos físicos, biológicos y anatómicos que distinguen lo que es un macho y una hembra, el concepto de género nos remite a las características que social y culturalmente se adscriben a hombres y mujeres a partir de las diferencias biológicas, constituyendo lo que se conoce como género masculino y género femenino.



se eliminen prácticas que reduzcan a la mujer y la sitúen en situación de desigualdad.

Por otro lado, si ya es difícil brindar una definición de feminismo, también lo es si se hace referencia a las distintas visiones que existen dentro de este movimiento, según la rama en la que se desempeñe. En efecto, se escuchan voces que se refieren al feminismo jurídico, psicológico o científico. Pero las diferencias se presentan no sólo en cuanto a la materia, también lo hacen con relación a la visión general de la relación hombre y mujer. Así:

Teniendo como criterio el de las diferencias de los modos de entender la opresión, la primera distinción que cabe hacer dentro de las teorías feministas son las de aquellas que consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres, y las que consideran que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su diferencia respecto de los hombres. (Jaramillo, 2004: 40)

Aún más, la definición de feminismo se complica porque dentro de las concepciones antes aludidas, se encuentran otras<sup>11</sup> con diferencias más minuciosas que acrecientan la dificultad de aunar el debate en el tema que nos ocupa. En este caso puntual, el feminismo busca en el principio de igualdad tributaria uno en base al cual valerse en su lucha, tomando en consideración los fines extrafiscales de los tributos<sup>12</sup> como la redistribución de la riqueza, estimulación de empleo femenino, incentivo a mujeres en situaciones de especial protección, entre otros.

### 2.3. Género y Derecho

Una vez que se cuenta con una noción de lo que es género, es pertinente vincularlo con el Derecho en general. Se decía anteriormente que el Derecho ha sido construido enteramente por hombres, en razón de la histórica exclusión de las mujeres de todos los órdenes, incluido el ámbito jurídico. Por ello:

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y "masculinos" de los dualismos. Aunque la "justicia" sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se

supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres". (Olsen, 2000, p.27)

No obstante lo señalado, criterios que caracterizan al Derecho como masculino no son aceptados por el feminismo de forma absoluta, sino que, por el contrario, se establece que el mismo "no tiene una esencia o naturaleza inmutable, [pues] es una forma de actividad humana, una práctica llevada a cabo por gente" (Ídem, p. 38). Al contrario, sí existe coincidencia con la calificación de Derecho como "patriarcal", en el sentido de que subyuga a las mujeres.

Hecho este planteamiento, surge una pregunta lógica ¿cómo corregir un Derecho sino masculino, al menos patriarcal? La respuesta a esta interrogante no es de fácil solución. En efecto, los propios movimientos feministas han utilizado diferentes estrategias<sup>13</sup> para conseguir un Derecho más inclusivo hacia las mujeres. Es evidente que la sola reforma de la Constitución y las leyes inferiores no soluciona esta visión del Derecho, peor si las reformas se limitan a "maquillar" leyes con idioma inclusivo que –en varias ocasiones– lo son parcialmente y que de alguna manera producen un efecto contrario: generar más diferencias. Entonces, no basta con reformas normativas –sin negar que muchas de ellas son necesarias– sino que en éstas realmente se conjugue la teoría del Derecho con la teoría feminista, sin limitar la discusión a una mera reforma legal, sino que consiga un cambio sistemático y transversal palpable en la sociedad.

La calidad de "mujer" está jurídicamente construida, tanto en sus derechos como en las discriminaciones que la signan. No depende únicamente del derecho, es cierto, pero es innegable la fuerza prescriptiva y legitimante de este discurso social que en la modernidad desplazó a otros discursos sociales (o se apropió de ellos) y se autonomizó de la moral y la religión (Ruiz, 2000, p. 22).

En el caso de los instrumentos internacionales que el Derecho ha dotado en procura de la igualdad entre hombres y mujeres<sup>14</sup>, se resalta la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW), que fue suscrita y ratificada por el Ecuador en 1981 y por Argentina<sup>15</sup>, en 1985. En esta norma internacional se establece como obligación de los Estados parte: "a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el

11 "Para algunas feministas la igualdad debe ser igualdad en cuanto a las oportunidades (feminismos liberales clásicos –igualdad en las oportunidades formales– y feminismos liberales sociales –igualdad en las oportunidades y reales–) y para otras, la igualdad debe ser igualdad en cuanto al acceso a los recursos (feminismos socialistas). A estos dos grupos se agrega el de las llamadas feministas radicales, que sostienen que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder" (Jaramillo, 2004, p. 40).

12 Se hace referencia a aquellos tributos "que siendo parte del régimen tributario general, tienen una naturaleza práctica "parafiscal", es decir, que a través del régimen tributario se procura alcanzar determinadas metas, que no tienen intención primariamente recaudatoria, aunque por el mecanismo aporten finalmente recursos tributarios al erario nacional" (De la Guerra, 2013, p. 104). Al respecto es pertinente indicar que si bien algunos tratadistas como el citado asmitan los términos "parafiscal" y

"extrafiscal" como sinónimos, doctrinariamente existe una diferenciación, pues la extrafiscalidad implica una finalidad alternativa a la puramente recaudatoria de los tributos (Cfr. Rojo, 2003, p. 160).

13 Cfr. Olsen, 2000, p. 38.

14 Resulta interesante también revisar el texto de la "Convención de Belém do Pará" para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer que en este ámbito específico determina medidas de protección para mujeres.

15 La Constitución argentina, en el capítulo cuarto, artículo 75, inciso 22, establece que los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional. Entre ellos se encuentra la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por Ley N° 23.179 del año 1985 (Disponible en: <http://www.cnm.gov.ar/legInternacional/LegislacionInternacional.html>, consultada el 14 de marzo de 2015.)

principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio..." (Art. 2, literal a).

El derecho de igualdad se encuentra consagrado en las Constituciones ecuatoriana<sup>16</sup> y argentina<sup>17</sup>, en la que se establece la obligatoriedad de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, en el caso de Ecuador, como deber del Estado y en el caso de Argentina como atribución del Congreso.

En el Ecuador, como un mecanismo de búsqueda de igualdad, al menos formal, se ha propugnado el idioma inclusivo; sin que, hasta la fecha, pueda decirse que a este respecto se haya depurado completamente la normativa nacional.

Para citar un ejemplo, el Código Tributario ecuatoriano, que si bien fue expedido antes de la Constitución de la República vigente, pudo haber sido armonizado con la tendencia actual de individualizar a la mujer dentro del texto de la norma, en reformas posteriores al mismo, con una visión integral. Es así que se pueden enumerar una serie de disposiciones que constituyen una manifestación

lingüística que privilegian lo masculino como algo superior, en la que existe una discriminación implícita y oculta contra la mujer (Terán, 2013, p. 148). Así, el artículo 3 del aludido cuerpo legal, al referirse a la potestad tributaria del Estado determina que "El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana"; si se compara esta disposición con la Constitución de la República que ya se refiere a "la Presidenta o el Presidente de la República", se puede colegir que no existe armonización entre estas dos normas. En el caso de las normas de menor jerarquía en Argentina, se puede apreciar que en las mismas no se individualiza a la mujer

En palabras de Alda Facio (1999, p. 82), "para decidir si una ley es discriminatoria hay que analizar sus efectos, no solo su redacción", por ello es menester vislumbrar cómo el Código Tributario ecuatoriano es aplicado por los operadores de justicia quienes, aunque tendieran a la igualdad entre hombres y mujeres, se encontrarán frente a una norma concebida "desde un espacio social esencialmente machista y que busca a través de los medios de consolidación de poder mantener este status quo, es decir, reproduciendo los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada" (Idem, p. 143).



16 El art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República establece: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad".

17 El artículo 16 de la Constitución de la Nación Argentina dispone: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

### 3. Género y arquitectura financiera constitucional

La arquitectura financiera está constituida por el sistema de los principios financieros, que se complementa con las demás normas de menor jerarquía que tienen un carácter financiero (Corti, 1997, p. 126). Doctrinariamente se divide a los principios financieros constitucionales en primarios y secundarios. Es dentro de este último grupo que se encuentra la igualdad tributaria como un principio dogmático, toda vez que regulan el ámbito del mismo nombre de la Constitución. Sin embargo, los tratadistas no han unificado sus criterios respecto de la clasificación de estos principios; ni siquiera hay consenso en la naturaleza de los mismos, pues unos consideran a los principios como una unidad en sí, y otros como un rasgo de un solo principio, como el de igualdad, al que se lo vincula con la capacidad contributiva, la igualdad, la equidad y la proporcionalidad específicamente en el ámbito tributario.

Por otro lado, más allá de los principios, no se debe olvidar que la arquitectura financiera constitucional engloba también aspectos relativos a la política fiscal, respecto de la adopción de medidas por parte del Estado para evitar la discriminación por razones de sexo, etnia, etc. Parece insuficiente --entonces-- enmarcar una visión de género sólo desde una perspectiva legislativa<sup>18</sup>, pues lo que se requiere es de una política pública, con una visión más integral, a fin de que se consiga:

Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres... (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, 1981)

En efecto, decíamos en líneas anteriores que es a través de su actividad financiera<sup>19</sup> que el Estado administra sus ingresos y gastos para hacer reales sus fines y los derechos que se encuentran constitucionalmente consagrados. Los principios determinados en la norma suprema --particularmente los financieros-- son los que deben propender a que se coloque a la mujer en circunstancias iguales a la de los hombres en la sociedad, con un fin jurídico, a saber, cumplir con la normativa que busca terminar con la discriminación, pero también con finalidad económica: satisfacer las necesidades públicas de las mujeres como uno de los grupos menos favorecidos en la sociedad.

### 4. El principio constitucional de igualdad tributaria visto desde una perspectiva de género

A manera de introducción se puede mencionar que en el Ecuador el artículo 300 de la Constitución de la República señala los principios que rigen al régimen tributario ecuatoriano: "generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria". No se refiere a la igualdad, ni desde el punto de vista de la tributación --como la mayoría de doctrina ha desarrollado a este principio--, ni desde el del poder tributario; sin embargo, se lo puede entender como presente en la norma constitucional citada, pues de su lectura se colige que solo con fundamento en la manifestación de riqueza es legítimo proceder a la fijación de tributos, sin que se puedan asumir consideraciones de índole subjetivo para tal fin, por ejemplo, de género.

Otro aspecto en el que cabe una reflexión de la norma aludida hace relación a que la misma sólo se refiere a principios frente a los ingresos públicos y no desde el punto de vista de la erogación. Spisso, citado por Corti (1997:249), concibe al tributo como "el precio que hay que pagar para vivir en la sociedad, lo que exige sufragar los gastos del gobierno encargado cumplir y hacer cumplir la Constitución". En esta misma línea, el profesor Ferreyra relaciona la existencia de derechos fundamentales con la existencia de obligaciones que nacen por el establecimiento de una Constitución (Ferreyra, 2013:234).

Se podría colegir entonces que si desde esta visión de los tributos es la persona quien paga un "precio" para que se consagren sus derechos, no será viable que ese aporte se lo haga para vivir en una sociedad en la que prima la desigualdad de género y en la que la inequidad entre hombres y mujeres forme parte del día a día. Ferreyra (2013:236) señala: "(...) hay que contribuir al sostenimiento y desarrollo de un Estado: se trata de obligación de primer orden, porque sin tributos no hay Estado (...)."

Se dijo ya que la actividad financiera pública es la herramienta para hacer efectivos los derechos fundamentales de los hombres --claro está también de las mujeres-- finalidad esta que somete y regula a esa actividad financiera. Dentro de tal criterio, la igualdad puede ser vista desde su lado tributario, como también, desde el del gasto público.

<sup>18</sup> En efecto, el artículo 3 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer señala que los Estados: "tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre".

<sup>19</sup> Para Julio César Trujillo (2009) la actividad financiera "tiene tres capítulos, cada uno de suma importancia: uno es de los tributos de los que se ocupa el Derecho tributario, otro es el Presupuesto que trata de los ingresos y gastos públicos y, por fin, el tercero trata de la administración del patrimonio estatal (p. 12)



En el Ecuador el artículo 300 de la Constitución de la República señala los principios que rigen al régimen tributario ecuatoriano: "generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria"

#### 4.1. Del principio de igualdad

A pesar de que la Constitución de la República del Ecuador no brinda una definición cierta de lo que es la igualdad, de la lectura de su texto se puede determinar la concepción que el asambleísta constituyente perseguía sobre ella. El artículo 11, numeral 7 dispone que "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades..."; en él también se prohíbe la discriminación "por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género..."; y se prescribe además una manifestación expresa de sanción por discriminación<sup>20</sup>. Es esta base constitucional la que impulsa a quienes propenden un trato igualitario entre hombres y mujeres a exigir que se dicten normas y políticas<sup>21</sup> que modifiquen la sociedad y que permitan lograr esa igualdad de género que a la fecha es una utopía. Son estos capítulos de la Constitución económica los que más incentivan para continuar con una lucha denodada que permita un total cambio de paradigma. En palabras de Julio César Trujillo:

Sostengo que si no en todas las materias de las que se ocupan estos capítulos, en algunas de ellas, por lo menos, hay espacio para innovaciones, con seguridad no revolucionarias pero sí transformadoras, como ninguna otra, mas para ello es menester mucho estudio, mucha más creatividad y todavía más valor y aun audacia para apartarse de las doctrinas y de las teorías que por repetidas por los especialistas (sic) son tenidas por verdades inconcusas. (2009, p. 128)

Al tratar de brindar una definición de igualdad, en primer lugar, surgirán varias y distintas voces, pues la igualdad es un valor complejo que representa diferentes significados y connotaciones. Así, se puede definir a la igualdad jurídica como "ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social (...) un sujeto jurídico, es decir, un sujeto

dotado de capacidad jurídica (Bobbio, 1993:53)". La mujer en esta acepción de igualdad, dispone de la misma capacidad jurídica que el hombre para ser sujeto de Derecho.

Luego, una segunda acepción de igualdad, hace referencia a la igualdad frente a la ley, y en ella se manifiesta la prohibición de discriminación en razón de sexo (y otras adicionales). La interrogante surge cuando es la propia ley la que realiza la distinción. En tal evento, la doctrina (Nino, 1992: 419) conviene en que si tal distinción no es un acto arbitrario, no se habla de discriminación. La subjetividad de este planteamiento exime de cualquier comentario adicional, pues estará relacionada inclusive con el espacio y el tiempo en el cual se analice a la norma. La lucha histórica llevada a cabo por las mujeres permite señalar de forma fehaciente discriminaciones basadas en jerarquías fundadas en circunstancias de sexo que devienen en la consideración del hombre como superior de la mujer. De esta superioridad nacia en la ley una especie de autorización para diferenciar y tratar desigualmente a mujeres frente a hombres. De ahí que la igualdad lo que debe propender es a reconocer de forma positiva la diferencia pero con un trato igual frente a la ley, respetando justamente esas diferencias.

Entonces surge una tercera visión de igualdad, la que se refiere a los derechos. La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) señala: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en los derechos" que difiere de la igualdad frente a la ley, pues:

Mientras que la igualdad frente a la ley es solo una forma específica e históricamente determinada de igualdad de derecho o de los derechos (por ejemplo, en el derecho de todos a acceder a la jurisdicción común, o a los principales cargos civiles y militares independientemente del nacimiento), la igualdad en los derechos comprende, más allá del derecho a ser considerados iguales frente a la ley, todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución (sic), como son los derechos civiles y políticos, generalmente proclamados (lo que no quiere decir reconocidos de hecho) en todas las constituciones modernas. (Bobbio, 1999)

En definitiva, revisadas las tres dimensiones del principio de igualdad, desde una perspectiva de género, se puede concluir señalando que todas las mujeres deben ser consideradas personas por el Estado (igualdad jurídica), no deben ser discriminadas mediante diferencias arbitrarias (igualdad frente a la ley) y deben gozar de todos los derechos fundamentales contemplados en la Constitución (igualdad de derechos).

<sup>20</sup> El artículo 1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW) define a la "discriminación contra la mujer" como: "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

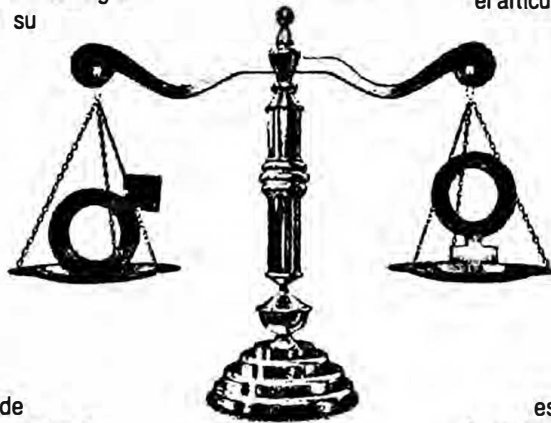
<sup>21</sup> No se debe olvidar lo que al respecto manifiesta el profesor Ferreyra: "La concepción de las garantías de la constitución remita a una idea nuclear: que la 'política debería ser constitucionalmente adecuada'." (Ferreyra, 2014: 83).



#### 4.2. El principio de igualdad desde el ámbito tributario

En materia tributaria, la doctrina determina que "no respetan el criterio de igualdad las diferencias fundadas en el color, [el sexo], la raza, la nacionalidad, la religión, la opinión pública y otras circunstancias que no tengan relación posible con los derechos de los ciudadanos como contribuyentes" (Corti, 1997:138). En otras palabras, cualquier tipificación que realice el legislador basado en criterios arbitrarios, como si se estipulare que las mujeres paguen más que los hombres por su calidad de tales, sería inconstitucional, pues la misma no tendría ninguna vinculación con la relación jurídica tributaria real entre el contribuyente y la administración. De ahí que "un tributo acorde al principio de igualdad fuese [es] aquel que respecto al campo subjetivo de aplicación no efectuara [a] ningún tipo de distinción" (Idem).

Surge entonces la pregunta de cuál sería el tributo que más se ajusta a la concepción de igualdad y que permitirá a las mujeres alcanzar un sitial –al menos económico- de no discriminación frente al hombre. La doctrina es unánime al señalar a la riqueza como el valor determinante para distinguir un tributo que se ajuste a condiciones de igualdad de uno que no. Es decir, que a la diferencia en razón del sexo (que sería arbitraria), se debe contraponer aquella en razón de la manifestación de riqueza, pues "no distinguir a las personas de acuerdo a su riqueza conduce directamente a que la tributación trate a las personas de manera desigual. (Corti, 1997:138)" Para José Vicente Troya "...un tributo que no toma como base una manifestación de riqueza es inconstitucional. No cabría que razones de género, raza, nacionalidad, condición familiar u otros sirvan de fundamenta para crear y aplicar tributos" (2013:98).



En el Ecuador el hecho de que las mujeres tengan menos acceso al mercado laboral que los hombres<sup>22</sup>, debe ser tomado en el sistema tributario nacional en lo referente a impuesto a la renta, pues podría resultar contraproducente en tanto "puede desincentivar el ingreso de las mujeres al mercado y su entrada a empleos mejor pagados si su cónyuge gana más que ellas y está en capacidad de deducir sus gastos y los de ella" (Vásconez y Gutiérrez, 2010: 76).

De ahí que si el principio de igualdad no prohíbe la diferenciación, si esta no es arbitraria, cabe que constitucionalmente se confieran privilegios a grupos que históricamente no han vivido en circunstancias de igualdad, como las mujeres, para equipararlas con el grupo correspondiente, los hombres<sup>25</sup>.

La igualdad no significa igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales. No es justo imponer la misma cuota de un impuesto a quienes tienen diferente capacidad contributiva, ya que hacer pagar mil pesos a quien tiene diez mil de ingresos dista mucho de hacer pagar igual suma a quien tiene un millón. La igualdad es, entonces, relativa y no absoluta. (Bidart Campos, 1984: 214)

Esta cita permite tomar el elemento de la capacidad contributiva como único diferenciador de las personas en la tributación. Es decir, cada persona –hombre o mujer- pagará los tributos en razón de su capacidad económica por actos que los reflejen directa o indirectamente y sólo este rasgo de distinción es el que legitimará al principio de igualdad tributaria. Al respecto, Ferreyra (2013: 236) –sobre la Constitución argentina- manifiesta: "Ciertamente, el artículo 16 constitucional declara que la igualdad es la base del impuesto, aunque en ningún fragmento de la Constitución federal existan referencias a la progresividad o a la regresividad, claves de la política tributaria."

La realidad ecuatoriana refleja que aunque la capacidad económica –como elemento esencial de igualdad y principio de la tributación- se cumple en la teoría, en la práctica, el sesgo machista de la legislación nacional determina que las mujeres se vean perjudicadas en el sistema de desgravaciones de impuesto a la renta y también en cuanto al IVA por su carácter regresivo (Terán, 2013:133). En este sentido, cabe hacer relación a los diferentes ejes de la igualdad. Así:

La especificación del eje horizontal de la igualdad en términos de generalidad, entendida como criterio que impone tratar de manera idéntica a las

22 Si bien la participación laboral femenina se ha incrementado en el Ecuador en los últimos años hasta bordear un 38,9%, ésta no se compara con la participación masculina del 62,0% en el mismo período, lo que evidencia que la brecha de participación laboral en el país entre hombres y mujeres aún es demasiado amplia. (Cfr., García y Cortez, 2012: 23-24).

personas con semejante capacidad contributiva (...). La especificación del eje vertical de la igualdad en términos de proporcionalidad y progresividad, como criterios debidos a los efectos de tratar de manera igual a las personas con diferente capacidad contributiva. (Corti, 1997:143)

En definitiva, la noción de igualdad tributaria se nutre del principio de la no discriminación en razón de género, que lo conecta conceptualmente con otros valores que lo configuran como la capacidad contributiva ya analizada, la que lastimosamente impacta directamente en las mujeres ecuatorianas que se encuentran en mayores niveles de pobreza y tienen menor acceso a trabajos debidamente remunerados o, al menos, al mercado formal de trabajo (Pazos y Rodríguez, 2010: 63).

#### 4.3. El principio de igualdad erogatoria con una perspectiva de género

Se ha hecho énfasis en que la actividad financiera del Estado busca garantizar el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos, en especial, de aquellos grupos que no han podido hacerlo de una forma igualitaria, como las mujeres. Es evidente que el gasto público es una herramienta efectiva para la redistribución de la riqueza ( Véase De la Guerra, 2013: 105) y la consecución de una igualdad real de las mujeres en el goce pleno de sus derechos.

La Constitución ecuatoriana del 2008 puede calificarse como "transformadora" de los paradigmas sociales de hombre-mujer, pues establece en su artículo 70 que "El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público".

Si bien puede criticarse que la norma constitucional no enlaza el gasto público directamente con su obligación de potenciar la igualdad de género, dejándola como una mera declaración, una interpretación integral de la norma suprema permite inferir que el recurso público estará, entre otros fines, al servicio de la lucha por alcanzar esta igualdad entre hombres y mujeres.

El mandato constitucional pone de relieve y reconoce un hecho que diariamente viven las mujeres, y es la desigualdad frente a los hombres:

Se aprecia aquí el crudo realismo de la Constitución al reconocer ésta la existencia de un mundo empírico que contrasta noblemente con lo que ella declara y afirma. Y este contraste es muy visible al enfocarse desde el punto de vista de la igualdad, pues mientras la Constitución declara el derecho igual a ejercer los derechos fundamentales, el mundo empírico muestra una acentuada desigualdad en el ejercicio de los mismos. Como es obvio, el recto sentido constitucional es el de remover y eliminar dichas desigualdades, logrando una igualdad real en el pleno goce y ejercicio de los derechos. (Corti, 1997: 145)

Entonces, si como se señaló en el acápite precedente, la capacidad contributiva debe ser el único elemento diferenciador en el ejercicio del poder tributario, la desigualdad entre hombre y mujer –reconocida por la propia Constitución– debe ser tenida en cuenta como esencial para el poder erogatorio, encaminando los recursos públicos, programas y proyectos del Estado a eliminarla, reafirmando el derecho a la igualdad; pero una igualdad real de oportunidades, que permita a las mujeres el pleno goce y ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades.

Si lo recaudado por el Estado se destina a propender la igualdad de hombres y mujeres, a satisfacer las necesidades de mujeres en situación de especial atención y a gasto público en planes y programas de protección a ellas, se puede afirmar que el Estado podrá contar con el contribuyente como su principal "aliado", pues muy seguramente éste cumplirá sus obligaciones tributarias sin que la administración lo requiera y con el convencimiento de que estará aportando en la construcción de una sociedad más justa.

La distinción que debe efectuar el Estado en el ejercicio de su actividad financiera, la de los tributos y los gastos, será en función de ese lugar inferior que ha ocupado la mujer en la sociedad, pues no será una distinción arbitraria sino una discriminación inversa --positiva-- justificada por la verdad material de la realidad ecuatoriana. Este será el efectivo ejercicio del principio de igualdad tributaria erogatoria con una real perspectiva de género, buscando siempre la efectividad jurídica. Falta mucho por hacer.



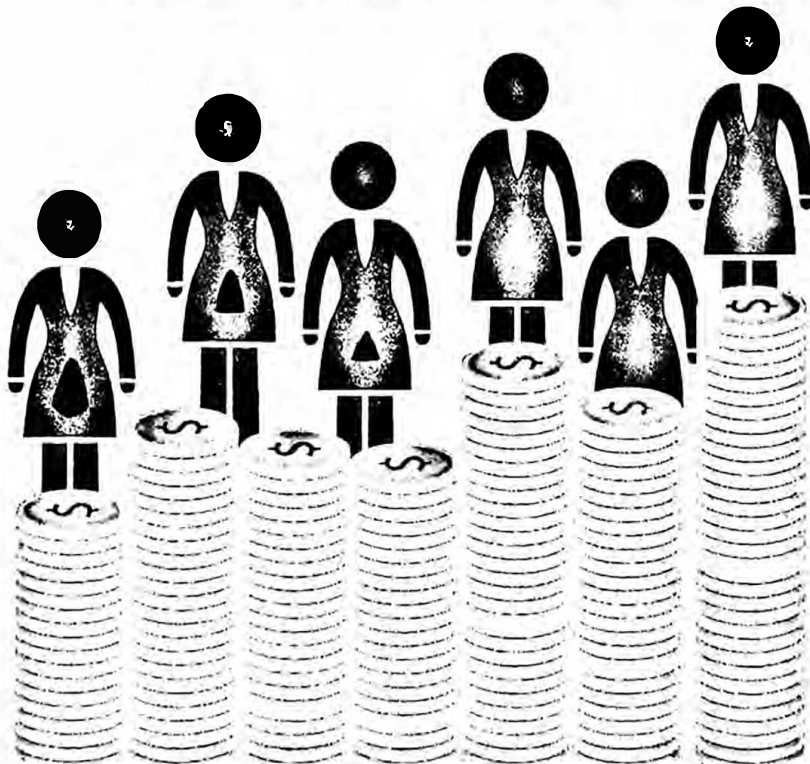
## 5. Conclusión

La aplicación del principio de igualdad tributaria, o al menos su reinterpretación con una visión que incluya la perspectiva de género, es un necesario rector que encamine una legítima recaudación y erogación como elementos esenciales de la actividad financiera del Estado. Es obvio, en este caso, que ésta actividad debe destinarse a efectivizar los derechos consagrados en la Constitución de la República para todos los ciudadanos, pero en particular para las mujeres y, de esta forma, poder lograr que ellos sean de una perceptible realidad.

La actividad financiera pública en general y la recaudación de tributos, en particular, deben ser medios eficaces para cumplir con la finalidad del Estado y permitir a las mujeres conseguir una igualdad empírica en todos sus ámbitos de desempeño.

Es harto conocido que las Constituciones consagran los derechos de las mujeres; lo que hace falta entonces es brindarles una solución pragmática para que con estos derechos declarados se pueda seguir avanzando en la creación de órganos que los hagan viables, se ejerza la actividad financiera estatal con esta visión y, finalmente, se brinde una tutela judicial efectiva en caso de así requerirse.

En definitiva, uno de los principales fines del Estado debe ser efectivizar los derechos fundamentales de las mujeres para que logren la igualdad aún no conseguida, a través de uno de los medios primordiales que tiene a su alcance: la actividad financiera pública, contando siempre con el auxilio de los jueces y tribunales quienes serán los que los garanticen.



### Bibliografía:

- Bidart Campos, G. (1984). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bobbio, N. (1993). Igualdad y Libertad. En *Enciclopedia del Novecento, 1977/79* (pp. 53 y ss). Barcelona España: Paidós.
- Corti, H. (2007). *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires, Argentina: Lexis-Nexis.
- (1997). *Derecho Financiero*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- De la Guerra, E. (2013). *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Facio, A. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En Facio A. y Fries E. (eds.), *Género y Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.
- Ferreira, R. (2013). *Fundamentos Constitucionales*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- (2014) *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- García J. y Cortez G. (2012). Análisis de la participación laboral de la mujer en el mercado ecuatoriano. En *Análitika Revista de Análisis Estadístico*, 4 (1). [En línea]. Disponible en: <http://www.analitika.ec/pdf/vol4/participacionLaboral.pdf>
- Jaramillo, I. (2000). La crítica feminista al Derecho. En West R., *Género y Teoría del Derecho* (pp. 27-66). Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Méndez, J. (2003). *Introducción al Derecho Financiero*. México D.F., México: Editorial Trillas.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Olsen, F. (2000). El sexo del Derecho. En Ruiz A. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.
- Ruiz Bravo, P. (1999). Una aproximación al concepto de género. En Sandoval J.C. (ed.), *Sobre Género, Derecho y Discriminación* (pp. 131-149). Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- Terán, J.L. (2013). La perspectiva de género en el Derecho Tributario. En Albán M. y Montaña C. (coord.), *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario: Homenaje al Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario en sus 50 años*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Troya J.V. (2013). *Manual de Derecho Tributario*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- (2009). El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución de 2008. En Andrade S. y Grijalva A. (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (pp. 315-327). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Trujillo, J.C. (1997). La Constitución económica, más allá del neoliberalismo. *Revista de Derecho Foro*, 7 (II), 111-134.
- Vásconez A. y Gutiérrez P. (2010). Rupturas y continuidades del sistema tributario y de transferencias en Ecuador. En Pazos M. y Rodríguez M., *Fiscalidad y equidad de género* [En línea]. Disponible en: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/publicaciones/documentostrabajo/Documents/DT43.pdf>
- Villanueva, R. (1999). Análisis del Derecho y Perspectiva de Género. En Sandoval J.C. (ed.), *Sobre Género, Derecho y Discriminación* (pp. 11-48). Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- Pizzolo, Calogero. Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino. En: Méndez Silva (Coord.) *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, No. 98. 2002, p. 514. [http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque\\_Constitucionalidad\\_Argentina\\_impunidad.pdf](http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf)



# LA HISTORIA DE LA VICTIMOLOGÍA

Dra. María Patlova Guerra Guerra

*Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República. Especialista en Gestión de Procesos Educativos. Diplomatura de Especialización y Extensión Universitaria en "Criminalística", de la Universidad Nacional de Trujillo, 21 Septiembre 2007. Corte Provincial Pichincha. Miembra del Equipo Jurídico de la Comisión 30 S, desde 1 junio 2013 hasta 1 abril 2014. Asesora de Despacho del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, desde 1 abril 2014 hasta el 21 de abril de 2015. Miembra de la Comisión de Evaluación de los Concursos de Méritos y Oposición, para ingresos a la Carrera Docente de la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, nombrada por el Consejo Directivo de la antes mencionada Facultad, el 18 de septiembre de 2014 a 30 enero 2015. DOCENCIA UNIVERSITARIA. Universidad Central del Ecuador Profesora, Facultad de Jurisprudencia Escuela Derecho, 24 años. 1991- presente. Nombramiento accidental 1 noviembre 1994 a 31 marzo 1995, Docente auxiliar tiempo parcial 12 abril 2002, Docente agregada tiempo parcial 1 mayo 2007, Docente agregada tiempo parcial-escalafón- 1 noviembre 2013 PUBLICACIONES / LIBRO "LA CASUÍSTICA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL" Manual sobre Derecho Procesal Penal (Etapa de Juicio), impreso en Quito - Ecuador, junio de 2007, Ediciones Abya-Yala, ISBN 978-9942-01-033-9. REVISTA FONDO DE JUSTICIA Y SOCIEDADESQUEL-USAID, 9 AÑOS DE APOYO A LA JUSTICIA.*

## RESUMEN

Se puede afirmar que la Victimología ha realizado avances significativos en la segunda mitad del siglo veinte. El grueso de estos avances ha ocurrido principalmente en los países industrializados y por esa razón, es razonable pensar que en los años venideros más países en vías de desarrollo posiblemente estarán incluidos, en la medida en que estos experimentan un mayor desarrollo industrial y social. Es probable que algunos historiadores llamen a los siguientes cien años: el "Siglo para la víctima".

Es claro que en los últimos treinta y cinco años, la Victimología y la asistencia a víctimas han evolucionado en muchos países del mundo, se puede decir que buena parte de estos desarrollos se han dado por los esfuerzos de las Naciones Unidas, la Sociedad Mundial de Victimología, programas nacionales líderes, como los desarrollados en los Estados Unidos, Gran Bretaña y Holanda. Si la historia nos ha enseñado algo es que la situación de víctimas en el mundo finalmente está siendo reconocida y se está respondiendo con una variedad de programas de apoyo y acompañamiento.

**Palabras clave:** *víctima, agresor, delito, victimología, vulnerabilidad, asesoramiento legal, defensa, servicios legales*

## ABSTRACT

Arguably, victimology has made significant progress in the second half of the twentieth century. Most of this progress has occurred mainly in industrialized countries and for that reason, it is reasonable to think that in the coming years most developing countries may be included, to the extent that they experience greater industrial and social development. It is likely that some historians will call the next hundred years: as the "Century for the victim".

It is clear that in the last thirty-five years, victimology and victim assistance have evolved in many countries of the world, we can say that many of these developments have been for the efforts of the United Nations, the World Society victimology, leading national programs, such as those developed in the United States, Britain and the Netherlands. As history has taught us anything it is that the situation of victims in the world is finally being recognized and is responding with a variety of support and assistance programs.

**Keywords:** *victim, aggressor, offense, victimology, vulnerability, legal advice, defense, legal services*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 04  
APROBADO: 2015 - 05 - 19

En el cuarto capítulo del Génesis del Antiguo Testamento se encuentra la historia de cómo Caín asesinó a su hermano menor, Abel; se consideró a Caín como el primer asesino y así, el nombre Caín se ha convertido en un símbolo del asesinato, de la inmoralidad, la inhumanidad y otros comportamientos negativos. La expresión "la marca de Caín" se refiere a alguien estigmatizado como una persona malvada.

Sin embargo, Abel, como la primera víctima, no fue inmortalizado. No hay historias sobre "la marca de Abel". En su papel como víctima, irónicamente, Abel fue desconocido, invisible y olvidado. A través de la historia, las víctimas que siguieron a Abel son también desconocidas, invisibles y olvidadas. Esta historia bíblica sugiere que desde el principio del tiempo, se haya dado una mayor atención a Caín que a Abel. Es una metáfora que de alguna forma, muestra cómo las sociedades han encontrado la imagen de delincuentes más atractiva que la de víctimas. La metáfora destaca la contradicción de sentimientos hacia las víctimas. Deseamos rechazar a los asesinos por su violencia e inmoralidad y ayudar a las víctimas por su inocencia y necesidad; pero, hacemos todo lo contrario.

En 1924, en los Estados Unidos, el criminólogo Edwin Sutherland fue el primero en introducir a las víctimas del crimen en un libro sobre criminología, en donde dedicó un capítulo a las víctimas. Sin embargo, en las ediciones posteriores este capítulo fue eliminado. En 1948, un psiquiatra clínico americano muy conocido, Frederick Wertham, comentó en uno de sus libros cómo la sociedad convierte al asesino en una imagen extraordinaria y deja en el olvido a la víctima. Él concluyó que para entender a fondo el delito, debemos entender, no solo al asesino, sino también a la víctima, y así, reclamó que una ciencia de la Victimología era necesaria". Fue una de las primeras personas en los Estados Unidos que utilizó la palabra "Victimología".

Sin embargo, en este artículo se identifica el inicio de la disciplina de la Victimología en Europa, a partir de los escritos de Benjamin Mendelsohn, abogado Rumano quien estudió la resistencia de las víctimas en casos de violación en 1937. Su trabajo nació del ejercicio de sus funciones como abogado, y en 1940 en uno de sus artículos acuñó el término de "Victimología". En 1945, Henri Ellenberger publicó su texto La pareja penal, en donde habla de la relación que existe entre el criminal y la víctima. Posteriormente en 1948, el criminólogo alemán Hans Von Hentig publicó su libro titulado El criminal y su víctima: estudios de la sociología del crimen. Él describe a la víctima como quien "le da forma y modela al criminal", y se enfoca en la vulnerabilidad de ciertos tipos de personas, como los muy jóvenes o los muy viejos, inmigrantes, grupos

minoritarios y diferentes mentales. En 1956, Mendelsohn publicó su más importante artículo en el cual propuso una nueva rama de las ciencias "Bio-psico-sociales: Victimología". En 1957, Margery Fry propuso un programa de compensación amplio para las víctimas de crímenes en Inglaterra.

En relación con el contexto internacional, podemos decir que desde 1957 hasta la fecha, se han realizado avances importantes, especialmente en Europa y Estados Unidos. En 1958, Marvin Wolfgang hizo un estudio acerca de las víctimas de homicidio, en Filadelfia, en donde él identificó la precipitación de la victimización y dio importancia al rol de la víctima en la interacción desde la víctima y el victimario. Uno de sus estudiantes, Menachem Amir, de Israel, tomó el concepto de la precipitación de víctimas para estudiar la violación sexual de mujeres y lo publicó en 1971. Este estudio fue criticado por las feministas, pues entendieron que él mostraba que la mujer tiene un rol como la culpable en su propia violación. Pero esta opinión es un error porque Amir, como es sociólogo, tenía como único interés entender la dinámica del comportamiento entre la víctima y el victimario, y no la culpabilidad, de lo cual se ocupa la ley.

En 1961, Henry Kempe acuñó el síndrome del niño maltratado y de ahí resultó la creación de una hot-line - asistencia telefónica- nacional para identificar y tratar a los niños maltratados en todos los Estados Unidos, además de la creación de varios programas con esta misma intención

En 1963, Nueva Zelanda inició e primer programa de compensación para las víctimas del delito.

En el siguiente año, comenzó en California, Estados Unidos, el primer programa de compensación a la víctima, seguido eventualmente, por los otros estados. Durante el año 1966, se realizó en los Estados Unidos el primer estudio victimológico a nivel nacional. Por otro lado, en 1968, Stephen Schafar, el famoso victimólogo Húngaro-y quien fue profesor del primer autor (JPJD)-publico su libro La víctima y su criminal, título opuesto al del libro de von Hentig. En el mismo año, LeRoy Lamborn presentó su innovador y polémico artículo Hacia una orientación victimológica en la teoría criminológica, donde él reconoce el rol y la importancia de la víctima en la teoría de la criminología. En 1972, el estado de Minnesota en los Estados Unidos, creó uno de los programas pioneros de restitución y eventualmente, muchos de los estados cambiaron sus leyes para que los jueces consideraran la restitución como parte de la sentencia de los menores. Eventualmente, la restitución fue también usada para adultos.

También, durante 1972, empezaron a funcionar en las ciudades de Berkeley y Washington, D.C los primeros centros de ayuda a víctimas de violación sexual. Al mismo tiempo, John P. J. Dussich tuvo la oportunidad de trabajar en un nuevo tema del campo de la asistencia para la víctima, en el cual introdujo el modelo del "Ombudsman" de la víctima. Este fue presentado en el primer Simposio Internacional de Victimología, que se llevo a cabo en Israel, en 1973. En 1974 el modelo fue puesto en marcha en Fort Lauderdale, Florida, con el nuevo nombre de victim advocate- vocero de la víctima.

En 1974, con el inicio de este nuevo modelo, se organizó la primera conferencia sobre la asistencia a la víctima. Estos



Fotografía grace121, 123rf.com

procesos de organización y unión continuaron hasta 1976, cuando la Organización Nacional de Asistencia a la Víctima (NOVA) – fundada por Dussich- inicio su plataforma de actividades para apoyar a las víctimas en Fresno, California. Además, estos desarrollos fueron acompañados por contactos y encuentros internacionales. En 1973 y desde entonces se han llevado a cabo los Simposios Internacionales de Victimología cada tres años. El primero tuvo lugar en Jerusalén, Israel y fue auspiciado por Israel Drapkin. Siguiendo con los avances en el tema, en 1976 fue publicado por Emilio Viano, la primera revista internacional denominada Victimología en Washington, D.C. Ese año se realiza también, el Segundo Simposio Internacional de Victimología, en Boston. De igual forma en 1979, se fundó la sociedad Mundial de Victimología en Munster, Alemania, durante la celebración del Tercer Simposio Internacional, organizado por Hans Schneider. Desde ese momento se han celebrado , cada tres años, los simposios internacionales de victimología , en diferentes lugares del mundo: en 1982, Tokio y Kyoto, Japón- organizado por Koichi Miyazawa- en 1985, Zagreb, Yugoslavia- organizado por Zvonimir Separovic - en 1988 otra vez en Jerusalem ,Israel; en 1991, en Rio de Janeiro, Brasil; en 1994, en Adelaide, Australia; en 1997, en Ámsterdam, Holanda; en 2000, en Montreal, Canadá, en 2003, en Stellenbosch, Sur África. El último se celebró en agosto del año 2006 en Orlando, Florida, Estados Unidos. El próximo se celebrara en el 2009 en Mito, Japón.

Desde los inicios del movimiento a favor de víctimas, que se dio durante los primeros años de la década de los setenta, fue claro que no existía un trabajo amplio en el ámbito internacional para investigar los hechos de víctimas, victimización, asistencia a víctimas y derechos de las víctimas. Sin embargo, en 1979, fue creada en Alemania la Sociedad Mundial de Victimología y ha servido como un recurso valioso para quienes se comprometan con la campaña de aliviar la situación de la víctima en todos los países del mundo.

Se puede afirmar que la Victimología ha realizado avances significativos en la segunda mitad del siglo veinte. El grueso de estos avances ha ocurrido principalmente en los países industrializados y por esa razón, es razonable pensar que en los años venideros mas países en vías de desarrollo posiblemente estarán incluidos, en la medida en que estos países experimentan un mayor desarrollo industrial y social. Es probable que algunos historiadores llamen a los siguientes cien años: el "Siglo para la víctima".

## EL CAMPO DE LA ASISTENCIA A VÍCTIMAS

Otro campo complementario de conocimiento y actividad que estaba en pleno desarrollo de manera simultánea, fue el de la asistencia a víctimas. El concepto de asistencia a las víctimas y sinónimos relacionados- apoyo, defensa, asistencia, ayuda y servicios- tienen generalmente, el significado de aplicación de una acción directa y personal dirigida a reducir el sufrimiento y a incrementar la recuperación de las víctimas de un delito. En un sentido más amplio, esto incluye actividades como: restitución a las víctimas , derecho de las víctimas , compensación a las víctimas , información sobre el estado de los casos, grupos de apoyo , mediación y reconciliación entre víctima y agresor, asistencia telefónica- hot lines-, intervención en crisis, asesoramiento y terapia de las víctimas, servicios de emergencia médicos, servicios sociales, acompañamiento, protección de victimización secundaria, por mencionar los citados más frecuentes (Dussich, 1976: 472; Webster, 1989). Con la evolución de una mayor especialización , el concepto de la asistencia a las víctimas fue enfocado más estrechamente, y eventualmente, se utilizo principalmente para referirse al contacto individual de persona a persona entre la víctima de un delito y el defensor – alguien que haya recibido una instrucción especializada en el trabajo con víctimas en crisis y que haya estado involucrado activamente en ayudar y representar a la víctima del delito en escenarios de asistencia social, administrativos y legales. Estos servicios abarcan la ayuda a todo tipo de víctimas.

## LOS INICIOS DE OTROS PROGRAMAS

Los tres países que desarrollaron los primeros y más comprensivos programas fueron los Estados Unidos, Gran Bretaña y los Países Bajos. Gran Bretaña y los Estados Unidos comenzaron proveyendo servicios casi al mismo tiempo, en 1973 y 1974. En Inglaterra, el primer plan de apoyo independiente se inició en Bristol y se dedicaba principalmente a víctimas de robos de casas (Mawby y Walklate, 1994).

Los primeros programas en los Estados Unidos fueron subvencionados por la Administración Federal de Asistencia y Ejecución Legal (Federal Law Enforcement Assistance Administration-LEAA) y eran una mezcla de programas basados en la policía y en las fiscalías( Balus,1975; Callaban, 1975; Roberts,1991).

En los Países Bajos, los primeros servicios de apoyo fueron desarrollados como proyectos experimentados en las ciudades de Hoom y en la provincia de Limburgo del Sur, en 1975. Estos dos programas estaban estrechamente relacionados con la libertad condicional-probation- y la mediación de victimario (Van Dijk, 1989).

En 1978, en Alemania una iniciativa conservadora fue lanzada con éxito por una personalidad televisiva que pidió donaciones para ayudar a las víctimas del delito. Este programa se llamaba Der Weisse Ring-El anillo blanco. Hoy, financia programas de asistencia a las víctimas por toda



Alemania y Austria; sin embargo, su apoyo financiero es extensivo, incluso lo han llamado "derrochador". En algunos casos, las víctimas reciben unas vacaciones terapéuticas llamadas Kur-cura. Pueden durar bastantes semanas e incluir una amplia gama de servicios, desde balnearios, masajes, asesoramientos, compensación financiera, remplazo de propiedad pérdida y apoyo médico.

## CRECIMIENTO DEL MOVIMIENTO

En 1976, en los Estados Unidos, fue establecida la Organización Nacional para la Asistencia a las víctimas (National Organization for Victim Assistance), con la idea de que sirviera como un foro nacional para aquellos que trabajan con las víctimas. Durante sus años de formación, gracias a las conferencias anuales, reunió a personas involucradas en todo tipo de programas y sirvió como una voz nacional para quienes trabajaban como defensores; tenía un centro de información nacional- nacional clearinghouse-, y proveía asesoramiento en lo referente al establecimiento de nuevos programas. Esta organización ayudó a coordinar información y a establecer redes de contacto por medio de su circular, su semana nacional de la víctima, y sus servicios de consulta. También tuvo un papel activo en hacer presión para conseguir una legislación más fuerte a favor de los derechos de las víctimas y subvenciones de programas a nivel federal (Roberts, 1991). Mientras que los programas estadounidenses utilizaron voluntarios de forma extensiva, la mayoría de la plantilla profesional recibía un sueldo (Mawby y Walklate, 1994). Para el año 1991 ya existían unos 600 programas de asistencia a las víctimas por todo el país (Roberts, 1991).

De igual manera en 1979, en Inglaterra, la Asociación Nacional de Planes de Apoyo a las Víctimas (The National Association of Victim Support Schemes-NAVSS) fue establecida con una subvención del Ministerio del Interior- Home Office. Estaba organizada independientemente e implementaba directrices nacionales, validaba programas y utilizaba una estructura regional bajo una coordinación central (Mawby y Walklate, 1994). Para 1980, se habían establecido ya 256 planes (Mawby y Gill, 1987), y, para el año 1991, el número había crecido hasta 350 (Mawby and Walklate, 1994). Existían proyectos individuales, pero estos tenían que estar conformes con el Código de Práctica- Code of Practice-, controlado por la organización nacional responsable de asignar los fondos para estos planes y, por lo tanto, podía mantener los estándares por medio de este control (Mawby y Walklate, 1994).

En los países Bajos, los servicios de apoyo a las víctimas crecieron al mismo tiempo que los de sus vecinos el otro lado del canal. Utilizaron un modelo desarrollado por Humanitas en 1979- similar al modelo inglés-, además, el Ministerio de Justicia subvencionó tres proyectos- Rotterdam, Groeningen y Alkmaar-; sin embargo, fueron desarrollados con gran diversidad, otros proyectos independientes y diferentes, especialmente en las principales ciudades. Algunos incluían víctimas de accidentes viales y otros sólo servían a víctimas de crímenes violentos. Muchos de estos programas se



Fotografía Katarzyna BlaA, astewicz, 123rf.com

centraban en necesidades materiales y emocionales y estaban localizados mayoritariamente en las estaciones de policía (Mawby y Walklate, 1994). Con la apertura de una oficina nacional, para promover iniciativas locales, en 1985, se dejó claro que no había intención de imponer a los programas locales ningún modelo uniforme. Aunque, algunos estándares fueron impuestos uniformemente, como por ejemplo, el uso de voluntarios y el servicio a todas las categorías de víctimas del delito. Para entonces ya existían 23 proyectos en los países Bajos, así en 1989, el número de planes se había incrementado hasta 75, de los cuales eran un tercio independientes y el resto estaban ubicados bien en la asistencia social -welfare- o en las comisarías de policía. Casi todos los programas utilizaban voluntarios, lo que consistía en un requisito para la subvención federal y era un desarrollo inusual, si se tiene en cuenta que los Países Bajos, un país predominantemente de bienestar social, no tenía una fuerte tradición de trabajos voluntarios (Groenhuijsen, 1190; Mawby y Walklate, 1994).

A finales de los años setenta y a principios de los ochenta, otros países se involucraron en proveer asistencia a las víctimas influenciados principalmente por los Estados Unidos, Inglaterra y los Países Bajos. Estos países eran Canadá (McClenahan, 1987), Australia del Sur (Paterson, 1991), Nueva Zelanda (Taylor, 1994), Gales, Escocia, España -Oficina Ayuda Víctimas de Valencia- (Vidosa, 1989), Francia -Instituto Nacional para Asistencia a Víctimas-INAVEM, en París-, (Piffaut, 1989), Méjico -Fundación para Atención a Víctimas del Delito-IAP, en ciudad de Méjico-, Argentina, Bélgica, Croacia, Israel (Young, 1994), y Alemania (Mawby y Walklate, 1994).

Se puede concluir que una de las diferencias singulares de los programas europeos, ha sido el enfoque sobre el asesoramiento legal y la asistencia financiera. Esto debe ser comparado con Norteamérica, en donde existe una mayor preocupación por el asesoramiento en crisis -crisis counseling- por terapeutas profesionales y consejos profesionales y consejos sobre el sistema de justicia criminal (Young Stein, 1993), y con Gran Bretaña, en donde el enfoque es sobre un apoyo compasivo y consejos de tipo general (Mawby y Walklate, 1994).



## EL PRESENTE

Hoy se siguen proliferando todo tipo de programas a través del globo, especialmente en los países en desarrollo. Japón en 1993, estableció su primer servicio de asesoramiento a las víctimas por medio de cita concertada, para ayudar a miembros de familias que habían sobrevivido crímenes violentos; ofrecía asesoramiento telefónico e individual y tiene un centro de atención de crisis para víctimas de violación desde hace casi 15 años. En la actualidad, una serie de organizaciones de mujeres ofrecen asesoramiento limitado a víctimas de asaltos sexuales, como parte de otro tipo de servicios para las mujeres (Konishi, 1994), existen unos 15 programas de asistencia a las víctimas.

La Asociación nacional de Programas de Apoyo a Víctimas en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte tiene casi 400 programas con grupos de voluntarios que ofrecen "apoyo emocional, información y ayuda práctica para gente que ha sufrido algún delito, abarcando desde el robo hasta el asesinato de un familiar" (Victim Support, 1993).

Los Estados Unidos tiene más de veinticinco años de experiencia en el campo de la asistencia a las víctimas, lo cual representa un grado de madurez considerable, en este campo. El número de programas se estima cercano a los 2.000 (Young, 1994). Hoy, los Estados Unidos cuenta con una rica diversidad de tipos de programas y servicios, lo cual ofrece a otros países muchos modelos a seguir. Nuevos conceptos ligados a la asistencia a víctimas están siendo constantemente propuestos: el reciente enfoque sobre el desorden de estrés post-traumático (PTSD); el uso del PNL –programación neurolingüística- como terapia breve, nueva y efectiva, especialmente efectiva para el trauma de la víctima (Dussich, 1991); la justicia comunal restaurativa –Restorative Community Justice-, que reclama la responsabilidad de todas las partes afectadas dentro de la comunidad, incluyendo a la víctima –a ser responsable de su propia recuperación- y a los proveedores de servicios –a adoptar un código ético- (Young, 1994), por mencionar sólo unos pocos.

## EL DESARROLLO DE LA VICTIMOLOGÍA EN AMÉRICA LATINA

En América latina no existe un fundador único de la Victimología, sino un grupo de profesionales, tan dispersos como sus colegas europeos o norte americanos de mediados del siglo veinte. Dispersos en un subcontinente donde no se reúnen ni se comunica fácilmente sobre los desarrollos en este campo. De hecho, más que iniciativas propias de los países latinoamericanos, han sido los simposios internacionales, realizados desde 1973, y a partir de 1982 organizados por la Sociedad mundial de Victimología, los que han convocado a los victimólogos de la región. Por ende, muchos de los avances que se puede mencionar se presentan aislados, sin efecto ejemplarizante, ni discusión o análisis mayor.

Sin embargo, es importante mencionar los avances más significativos llevados a cabo en esta región, entre los que se cuentan: la Ley sobre el Auxilio a Víctimas del Delito,

del Estado de Zulia en 1969, de un texto básico titulado Victimología, de la criminóloga Lolita Aniyar de Castro. La publicación de textos sobre victimología en la revista del Instituto de Criminología de la Policía, en Chile, donde el doctor Israel Drapkin lideró interesantes estudios. En 1979, el doctor Luis Rodríguez manzanera, de México, llevó a cabo el primer estudio de victimización en la Ciudad de Jalapa. La constitución de la Sociedad Brasileña de Victimología, en 1984. La creación, en 1985 de programas de enseñanza de la victimología en pregrado y posgrado, en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Y por último, el establecimiento del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, dependiente del Ministerio de Gobierno en la Provincia de Córdoba en Argentina, en 1986. En este centro ha sido importante la labor desarrollada por la doctora Hilda Marchiori en la traducción y publicación de documentos de victimología en español.

Si bien la victimología, denominada como tal, no ha tenido mayor eco o consolidación en el ámbito regional, existen algunas líneas de actividad con investigaciones, reformas legislativas, luchas sociales, y programas de atención muy estructurados y sostenidos que, de manera simultánea con los desarrollos victimológicos en otras latitudes, han sido determinantes en América Latina. Esta lectura de la situación sugiere que desarrollos como las entidades de defensores de los derechos humanos, de la equidad y los derechos de la mujer, de los derechos de los presos comunes y políticos, de los derechos de la niñez, y las organizaciones de víctimas, etc. comparten propuestas y acciones parecidas a las identificadas con la victimología y los servicios de asistencia a víctimas, sin que se afilian con esta nueva disciplina.

A pesar de los desarrollos sobre el tema, aún hoy no existe un texto que recoja los inicios y la evolución de los estudios e investigaciones propios de la victimología, ni un directorio que enumere las entidades y los profesionales que han impulsado estos trabajos y prestan los servicios de asistencia a víctimas. Así como tampoco hay una sistematización de las prácticas y experiencias en este campo. Por esta razón, este inventario y compilación permitirá una lectura preliminar regional del avance de la victimología y la asistencia a víctimas, es un proyecto que apenas comienza su marcha.

## ÁREAS A RESALTAR

### La defensa de los derechos humanos

Las organizaciones de defensa de los derechos humanos surgen en América Latina como una respuesta frente a la represión que se hacía de la protesta popular y debido al descontento social de los años sesentas; a la usurpación del poder por parte de regímenes militares - se recuerda que el poder militar se entronó en 1954, en Paraguay; en 1964, en Brasil y Bolivia, y poco después en 1968, en el Perú; en 1972, en Uruguay y el año siguiente en Chile, y en 1976, en Argentina. Situaciones parecidas se presentaron en Centroamérica en los conflictos internos del El Salvador, Guatemala y Nicaragua y en el Caribe, en la República Dominicana y Haití.

Frente a dicha realidad, agravada por la debilidad, y, en

algunos países, por la complicidad de los sistemas de administración de justicia, los trabajos se desarrollaban dentro del marco de la declaración universal de los derechos humanos, los tratados y convenciones propios de las situaciones de guerra y del conflicto interno.

Al no abordar su quehacer exclusivamente desde la óptica de la víctima ni desde los procesos de atención individual, sus labores han sido enfocadas hacia debates de la política pública, informes de una situación general, propuestas legislativas, reflexiones académicas y campañas amplias de denuncia y prevención. En este sentido, se observan muchas experiencias que han privilegiado intereses colectivos, el discurso y la investigación por encima de la intervención en crisis, las terapias individuales y la restitución o la recuperación.

"Pero el clamor de justicia de los familiares de las víctimas, así como la lucha de algunos abogados, periodistas, religiosos, magistrados, políticos y activistas internacionales de solidaridad, han conducido a la creación de comisiones investigadoras de la verdad" (Cuva, E., 1996).

### Los servicios legales alternativos

A fines de los setenta, aparecieron los programas de acceso a la justicia, con una oferta innovadora de programas de asesoría legal gratuita para poblaciones pobres. La estrategia inicialmente, centró su impulso en los procesos autorizados por los ministerios de justicia de cada país de América Latina y de las universidades, especialmente por parte de las facultades de derecho.

A partir de los años ochenta, se adoptaron modelos que han sido empleados por los grupos de promoción de los derechos y libertades civiles en los Estados Unidos. De igual forma, las organizaciones sociales y no gubernamentales adelantaron proyectos de investigación sociojurídica, asesoría y defensa legal y presionaron para el establecimiento de reformas legales a favor de sectores marginales y excluidos como campesinos, mujeres, poblaciones de favelas, comunas y barrios subnormales, empleadas domésticas, grupos étnicos, niñez y jóvenes.

### El movimiento social de mujeres

A partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, realizada en México en 1975, se abrió el camino para una serie de desarrollos que visibilizaron a la población femenina, como sujeto de derechos violados sistemáticamente por las sociedades. Sin embargo, su victimización era abordada desde la perspectiva de género, desde el punto de vista del desarrollo y como tema de salud pública. De esta forma, la violencia contra la mujer, dentro y fuera de la familia, llegó a ser un tema situado en la agenda regional. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en la Asamblea General

de la OEA, celebrada en Brasil, en 1994, reconoció esta posición.

En este contexto uno puede explorar cuatro líneas de desarrollo del movimiento de mujeres en América Latina:

- El feminismo: sobresalen, para nuestros propósitos, los cinco encuentros feministas llevados a cabo en América latina entre 1981 y 1990; Bogotá, 1981; Lima, 1983; Brasil, 1985; México, 1987, y Argentina, 1990.
- El problema de la exclusión de la mujer del desarrollo, tenencia de la educación, trabajo, de la propiedad y del crédito, discriminación legal.
- El reto del cambio del lugar de la mujer en la sociedad y en sus múltiples espacios, vgr. La familia, la política, las instituciones públicas y privadas – una preocupación liderada por mujeres de las clases medias, de manera formal, con alguna incidencia en lo popular.
- El movimiento popular de mujeres. El papel de víctima de discriminación y violencia es rechazado con fuertes campañas de sensibilización pública, procesos de educación y desarrollo personal que preparan a la mujer para un rol contundente como actor social. Las organizaciones de mujeres en todos los niveles socioeconómicos mantienen una dinámica de ampliación de la cobertura del movimiento y un creciente fortalecimiento de su interlocución política para lograr sus reivindicaciones.



## REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En los últimos veinte años, los países del subcontinente han introducido muchos cambios legislativos e institucionales en la justicia formal y comunitaria. Especialmente, en el campo de la justicia penal estas reformas incluyen un mayor reconocimiento de los derechos de la víctima.

Se identifican procesos de reforma en América Latina que responden a la debilidad de los sistemas de administración de justicia en cuatro campos:

- Incapacidad de ejercer un control social efectivo sobre el crimen, particularmente, el crimen organizado, que genera altos niveles de victimización e impunidad.
- Incapacidad de ofrecer seguridad jurídica para los procesos de desarrollo económico.
- Incapacidad de dar acceso a los conflictos sociales fundamentales, para el desarrollo social equitativo.
- Incapacidad de castigar las violaciones de los derechos humanos.

Sin tener una perspectiva victimológica como consideración principal, las reformas necesitaban dirigir mayor atención a la población vulnerable. No obstante, mientras las reformas conceden un reconocimiento formal a la víctima del delito, la capacidad institucional aún es insuficiente para atender la demanda generada. Además, las entidades encargadas tampoco cuentan con el conocimiento general de los desarrollos regionales o internacionales, en relación con el trabajo con víctimas. Esto limita seriamente la posibilidad de alcanzar niveles profesionales adecuados para el trabajo con las víctimas por parte de los funcionarios, los voluntarios y las organizaciones comunitarias.

En resumen, se puede decir que estos desarrollos regionales se preocuparon por asuntos cercanos a los quehaceres de la victimología, lo que explicaría la poca dedicación específica a este nuevo campo de conocimiento en América Latina. No obstante, la fortaleza de dichos desarrollos, implica que es importante identificar y conocer los acontecimientos pioneros, mencionados anteriormente, que son muy propios de la victimología en la región.

A principios de la década de los noventa el impulso de la victimología logró una dinámica mayor y aunque existieron dificultades, actualmente se trabaja en diversos frentes. Con el propósito de continuar con el reconocimiento de los logros que nutren la victimología en América Latina, a partir del 2006, el simposio Internacional de la Sociedad Internacional de Victimología ha unificado algunos criterios para seguir con la identificación de los avances y de los vacíos que se manifiestan en los diferentes países.

Por otro lado, las universidades vinculadas a estos desarrollos de la victimología y asistencia a víctimas en América Latina son limitadas.

Finalmente, es claro que en los últimos treinta y cinco años, la victimología y la asistencia a víctimas han evolucionado en muchos países del mundo, se puede decir que buena parte de estos desarrollos se han dado por los esfuerzos de las Naciones Unidas, la Sociedad Mundial de Victimología, programas nacionales líderes, como los desarrollados en los Estados Unidos, Gran Bretaña y Holanda. Si la historia nos ha enseñado algo es que la situación de víctimas en el mundo finalmente está siendo reconocida y se está respondiendo con una variedad de programas de apoyo y acompañamiento.



**WORLD SOCIETY OF  
VICTIMOLOGY**



**Advancing research, services and  
awareness for victims**



# CRIMINOLOGIA Y GÉNERO EN EL SISTEMA ECONÓMICO DEL ECUADOR

Dr. Brenda Cielaiika Vanegas León

*Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Doctora en Jurisprudencia, (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador). Magister en Gerencia Educativa*

*y Docencia Universitaria (Universidad Metropolitana, Ecuador). Especialista en Derecho Procesal Penal*

*(UMET, Ecuador). Especialista en Mediación (Universidad Internacional SEK, Ecuador). Especialista en*

*Entornos Virtuales (OEA - Virtual Educa). Diplomado Internacional, El Defensor de los Derechos Humanos*

*(UNESCO – Universidad Bolivariana de Venezuela). Profesora Regular de la UISEK, de Derecho Procesal*

*Penal, Criminología, Técnicas de Negociación, Teoría del Delito y de la Pena; y, Delitos en Particular. Profesora invitada de algunas universidades del país.*

*brenda.vanegas@uisek.edu.ec brendavl@hotmail.com*

## RESUMEN

Motivar la incorporación de la perspectiva de género dentro de la investigación criminológica que se hace en Ecuador es el objetivo de este trabajo que se realiza a partir de la definición de Antonio García-Pablos de Molina sobre Criminología y la concreción de Tania Patricia Ibáñez Gómez. Gracias a la concepción de género que aporta el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer - CEDAW y el marco jurídico constitucional ecuatoriano se hace una aproximación de análisis de las estadísticas de la población por sexos y de las personas privadas de la libertad.

Al transitar por argumentos científicos de algunas escuelas criminológicas para abordar el régimen penitenciario, la mujer víctima, género y política criminal, control social y el delito como objeto de la Criminología se demuestra la feminización de la pobreza basada en el salario que percibe y sus horas laborables como resultado de la condición socioeconómica lo que posibilita un perfil criminológico de las mujeres privadas de la libertad con contenido socio biológico.

En el camino de esta investigación y desde un enfoque estadístico se encontró los indicadores de: la casi igualdad cuantitativa de la población por sexos. La desigualdad de horas de trabajo y salarios entre varones y mujeres y la escasa participación de las mujeres en la delincuencia, dando como resultado el poco interés de la Criminología con visión de género en el contexto económico y no veraz que la ceguera de la Criminología a la perspectiva de género deviene de los datos empíricos.

**Palabras clave:** Criminología, género, sistema económico.

## ABSTRACT

The objective of this paper to encourage the incorporation of the gender perspective into criminological research made in Ecuador. This research was created from Antonio García- Pablos de Molina and Tania Patricia Ibáñez Gómez's documents. In this paper I analyzed the statistics of the prison population with definitions Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) and Ecuadorian Constitution.

In this article demonstrates women's poverty and socioeconomic conditions are the causes for women become criminal.

This research describes the number of women, inequality in payment and work between men and women, the small number of female offenders by lack of interest in gender Criminology on the Economy.

**Keywords:** Women, criminology, gender, economic System.

*"No, no basta para que el Derecho y la Justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esta víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad".*

Rudolf Von Inhering.

## Introducción

El grave problema de la criminalidad que enfrenta la gobernabilidad democrática del mundo y en el contexto latinoamericano el Ecuador es un fenómeno que afecta a toda la sociedad pero especialmente a los más vulnerables, pobres y excluidos. El costo económico, político y cultural que involucran los altos niveles de inseguridad de todo orden aplaza los efectos positivos de las políticas de inclusión, entre ellas las de género y protección social.

Ecuador al igual que todos los países de Latinoamérica tiene en su legislación sendos documentos que garantizan, protegen y ordenan la igualdad de género en el contexto de un sistema económico social y solidario, cuyo fin es el ser humano y garantiza la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. Sin embargo, se conoce que en la práctica en todos los países la desigualdad persiste; tanto en el vía de los proyectos de desarrollo social, económico y político como en el acceso a la justicia.

La Constitución Política del Ecuador vigente, desde su Preámbulo con poder vinculante dice: "NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos...", en su artículo 3 señala: "Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...", en su Art. 11, numeral 2, garantiza:

Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género,... diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos... (Montecristi, 2008)

Ratifica en su Art. 70.- "El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres,... e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público".

El Plan Nacional del Buen Vivir 2009 - 2013, razón única para enrumbar hacia un nuevo horizonte a los y las

ecuatorianas, plantea la necesidad de implementar un sistema que nos impulse a descubrir un nuevo modo de vida basado en la inclusión, la sustentabilidad y la democracia.

La Cuarta Conferencia Mundial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Mujer adoptada en 1995 fue la plataforma para integrar las cuestiones de género en la totalidad de los programas sociales y quedó claramente establecida como estrategia global promover la igualdad entre los géneros.

Para transversalizar la perspectiva de género, se debe superar el vacío metodológico que aún persiste entre la doctrina, la estrategia y la ejecución de los programas de desarrollo socioeconómico.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo promueve la supresión de las desigualdades que producen dominación, opresión o subordinación entre personas y en la creación de escenarios que fomenten una paridad que viabilice la emancipación y la autorrealización de las personas y donde los principios de solidaridad y fraternidad puedan prosperar y con ello la posibilidad de un mutuo reconocimiento. (SEMPLADES, 2007).

Se entiende que varones y mujeres somos seres complementarios, iguales y corresponsables de los destinos de la humanidad. Por lo que, apoyar la promoción de la igualdad es contribuir a institucionalizar el género en todo trabajo que se realice y más en el académico para coadyuvar en la formulación de políticas, la gestión de programas y la elaboración e implementación de proyectos para que se erradiquen las formas de discriminación hacia la mujer en concordancia con los tratados y convenciones internacionales de cuales el Ecuador es ratificante.

De conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea de jure o de

factoanular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías (OEA, 2012).

En concordancia con el pensamiento de casi todos los criminólogos actuales, (F., 2004). Nos hace ver que: "Las teorías criminológicas que no analizan el fenómeno de la desviación en el contexto de la estructura socioeconómica en que se produce deben ser rechazadas porque no han comprendido la esencia misma del fenómeno estudiado, inserto como eje transversal para el análisis la política económica del país a través de la Constitución en su artículo 283 que define:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir (Montecristi, 2008).

Desde un enfoque biopsicosocial el desconocimiento sobre las causas de las diferencias cuantitativas y cualitativas entre la criminalidad masculina y femenina no facilitan el estudio sobre las causas de la criminalidad en general y tampoco existen teorías confirmadas o desvirtuadas sobre los fenómenos de la criminalidad femenina. La feminización de la pobreza produce el estado de vulnerabilidad de la mujer, lo que le hace presa fácil para ingresar en la delincuencia. Además no existen respuestas idóneas para superar la victimización de la

mujer. Se utilizan los métodos inductivo, deductivo, estadístico y las combinaciones necesarias de éstos, con los que se tratan los procedimientos lógicos de la investigación como el análisis y la síntesis; efectuando procesos de abstracción científica sobre la base de lo esencial, estos procesos de inferencia con diferente punto de partida, indispensables y complementarios en esta investigación. El tema en estudio, incluye una gran diversidad de disciplinas; resultando de esto un amplio número de herramientas de consulta especializada en versiones impresas y digitales, la investigación documental y bibliográfica en este trabajo se caracteriza con la definición y utilización de documentos; recolección, selección y análisis para presentar una investigación coherente.

La compilación ordenada de referencias bibliográficas posibilita redescubrir hechos, cuya finalidad es motivar la incorporación de la perspectiva de género dentro de la investigación criminológica que se hace en Ecuador en el contexto socio económico.

Con estos antecedentes se comparte una reflexión personal sobre el tema, Criminología y Género en el Sistema Económico del Ecuador, a través de la interpretación de las cifras oficiales de la población privada de la libertad que ofrecen los principales centros de rehabilitación social, así como de la revisión de algunos de los más reconocidos trabajos relacionados con la Criminología. Se espera que las conclusiones y convicciones desde un punto de vista práctico sean visibilizadas como un pequeño aporte a la comunidad educativa. Y como bien apunta Ramiro Ávila (2009) "El género ayuda, abre los ojos, abre puertas mentales, es necesario, es útil" (Ávila, 2009).

## La criminología

García define la Criminología como:

Una ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen —contemplado éste como problema individual y como problema social— así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito (García, 1999).

Tania Patricia Ibáñez Gómez, concreta: "La Criminología es una ciencia interdisciplinaria que tiene por objeto conocer las conductas antisociales y sus factores contribuyentes con el fin de evitarlos y combatirlos, siendo su fin primordial la prevención" Ibáñez (2010).



## El género

El Comité de Naciones Unidas a través de la CEDAW define: "género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (OEA, 2012).

Uno de los temas que más interesa a la Criminología actual es lo referente a la prevención del delito para lograr la paz social y los resultados de investigación que se obtienen a partir de la construcción social llamada género. Sobre el asunto, diversos estudios han demostrado que el control social que se ejerce sobre las mujeres no es el mismo que se ejerce sobre los varones, lo que explica las deficiencias de la actuación del sistema penal y los estereotipos femeninos que se han elaborado para exculpar a los hombres y justificar su superioridad.

La construcción social basada en las diferencias biológicas deviene fatalmente en desigualdades que implica que el modelo de lo humano es el varón. Es parcial, porque excluye a la otra, a quien, por siglos se le ha dado y hoy, en el siglo XXI se le sigue dando un trato desigual, donde los condicionamientos diseñados para el rol femenino emergen como naturales.

Los estudios de género deben contribuir a la Criminología con innovaciones teóricas sobre control social y política criminal para demostrar que los factores económicos, políticos y culturales afectan de manera diferente a hombres y mujeres.

La propuesta con una visión de género sería entonces, reconstruir lo aprendido, visibilizando a la mujer y empoderándola de su condición de persona con derechos y obligaciones con igualdad ante la ley; pero con necesidades y carencias diferentes a las de los varones. Como explica:

... "Aunque no abrigo la menor intención de pintar a la mujer como una víctima, no puedo dejar de constatar su sometimiento a formas concretas de dominación y violencia. En tales circunstancias, mientras no desaparezcan las diferencias que las discriminan --...--, las mujeres tendrán que seguir hablando como mujeres y proclamando la idea de un futuro mejor" (Linda, 2009).

Como afirma Nancy Fraser: «Las feministas necesitan tanto la deconstrucción como la reconstrucción; desestabilización de la ideología y proyección de una esperanza utópica» (Nancy, 1992)

Concordando con la propuesta de Maureen Cain de ver a la criminología Feminista como una ciencia Transgresora, creando espacios "sólo de las mujeres",... a partir de tres estrategias:

la reflexividad, la de-construcción y la re-construcción del discurso y de las prácticas.<sup>75</sup>



Nancy Fraser, imagen tomada de <http://blogs.cccb.org/>  
Fotografía: Miquel Taverna

Hasta la afirmación de los criminólogos en la actualidad, de que "la mujer delinque menos" está cargada de exclusión. Sin embargo, para los sistemas punitivos de la actualidad prácticamente la mujer no existe, todos los resultados son antropocéntricos. La mujer está subsumida en el modelo del varón. Corroboro esta afirmación Badinter (2009) al citar a Annelise Mauge.

Aunque pretende negarlo, el hombre sigue siendo el criterio a partir del cual se mide a la mujer. Él es el uno, legible, transparente, familiar. La mujer es la otra, extranjera e incomprensible. Mejor dicho, sea cual fuere el modelo elegido para hablar de los sexos – semejanza o diferencia –, el hombre siempre se presenta como el ejemplar más logrado de la humanidad, el absoluto a partir del cual se juzga a la mujer.

Dentro de este contexto Zaffaroni (2009) explica: "..., después del Malleus, los sucesivos discursos criminológicos casi no volvieron a mencionar a las mujeres hasta hace poco menos de veinticinco años, salvo referencias tangenciales y esporádicas. La criminología de los últimos cinco siglos sólo se ocupa de los varones, lo que es altamente significativo teniendo en cuenta que los discursos no sólo expresan lo que dicen sino también lo que ocultan y que los operadores del saber no sólo se manifiestan en lo que ven sino también en lo que dejan de ver (Elisabeth, 2009).

Las estadísticas, elementos claves para visibilizar las desigualdades no son tomadas en cuenta, para las investigaciones criminológicas, como por ejemplo, todo lo que nos dicen las siguientes cifras:

La población total mundial para el año 2011 fue estimada en 6.852 millones de personas, en números redondos. El Informe de la Organización de Naciones Unidas 2011 afirma que de esa cifra, un total de 3.450 millones corresponde a personas del sexo masculino y 3.402 millones a personas del sexo femenino. Según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo 2010, de 14.483.499 habitantes en



## ESTADÍSTICAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSO



el Ecuador, el 50,4% de habitantes son mujeres y el 49,6% son varones. Ya no persiste entonces la idea de que "para cada hombre existe más de 2 de mujeres". Hoy en día la población femenina casi es igual en cifras que la masculina. "...el promedio de mujeres presas en el mundo se mantiene por debajo de 4% con respecto a los varones" (Azaola, 2014)

En Ecuador Según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2010: del total de la población privada de la libertad el 91,7% son varones y tan solo el 8,3% son mujeres. Éstas constituyen una minoría en todos los sistemas penitenciarios del mundo. El hacinamiento que sufren es muy similar al que soportan los varones en los centros de rehabilitación social.

No obstante, su doble vulnerabilidad considerada en la Constitución, la población penal femenina tiene sus propias necesidades y un perfil delictivo que debe ser estudiado para especificarlo y mediante las políticas criminales orientarlo hacia la prevención. De los pocos estudios realizados sobre la condición de las mujeres privadas de la libertad en Ecuador, (Edwards, 2008) y Pontón de la FLACSO, coinciden en indicar que el perfil de éstas, según el delito cometido, ha cambiado, tomando mayor relevancia el uso, transporte y venta de drogas; perfil coincidente con la población carcelaria de Latinoamérica (Miralles, 1983).

El sistema económico ecuatoriano se integra por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determina en el Art 283, tales como, la economía popular y solidaria que incluye sectores de cooperativismo, asociaciones y comunitarios.

Este marco constitucional reconoce y garantiza las prácticas y experiencias solidarias de hacer economía estableciendo las condiciones necesarias para favorecer la edificación de un sistema económico social fundamentado en

el crecimiento económico y acorde a la realidad de nuestro pueblo y de sus prácticas ancestrales; concretándose en: el Código Orgánico de la Producción, la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre otras.

El sistema económico debe incluir políticas criminales con perspectiva de género e incorporar los costos de mecanismos de rehabilitación y reinserción social como políticas de control social y de prevención. Además es preciso que la distribución de los recursos, contenga otros indicadores propios y relacionados con la situación de la población penitenciaria, tales como alimentación, salud, educación y productividad.

La evolución del gasto penitenciario en el presupuesto de los centros de rehabilitación social pasó de USD 6,73 millones en 2001 a USD 27,15 millones en 2004. (Núñez, FLACSO 2006). El avance sigue, lo cual posibilita el déficit de la capacidad instalada en los centros que bajó de 116% en el año 2008 al 64% en el año 2011. La inversión pública a favor en este sector pasó de 10 millones de dólares en el 2007 a 150 millones en el 2011, quince veces más, lo que ha permitido reducir la sobrepoblación carcelaria de 170% en el año 2007, a menos del 70% en el año 2011.

Los centros disponen actualmente de departamentos psicológicos, educativos, laborales y sociales y se ha mejorado sustancialmente el servicio de alimentación. Igualmente, se han creado bibliotecas y talleres para diferentes oficios, con el fin de capacitar y de encaminar hacia actividades productivas (Presidencia de la República, 2012)

## La feminización de la pobreza

Según la ONU: en el mundo, las mujeres ganan como promedio un poco más del 50% de lo que ganan los varones. Viven en la pobreza y a menudo se ven privadas del acceso a recursos de importancia crítica, como los préstamos, la tierra y la herencia. No se recompensa ni se reconoce su trabajo. Sus necesidades en materia de salud y nutrición no son prioritarias, carecen de acceso adecuado a la educación y a los servicios de apoyo, y su participación en la adopción de decisiones en el hogar y en la comunidad es mínima. Atrapada en el ciclo de la pobreza, la mujer carece de acceso a los recursos y los servicios para cambiar su situación.

También advierte que se han acrecentado las diferencias entre varones y mujeres. Esto supone una mayor "feminización de la pobreza", a lo que se añade la "infantilización" del mismo fenómeno. La feminización de la pobreza se debe al aumento en la región de la discriminación y segregación por sexo, a los menores salarios en los empleos a los que acceden las mujeres y menos oportunidades de conseguir empleos formales y estables, explicó Alicia Bárcena ONU 2012. Según los datos del INEC y ONU-MUJERES. Mujeres y hombres del Ecuador en Cifras

III 2013:

El salario que percibió la mujer a nivel nacional hasta diciembre del año 2012 fue de un promedio mensual de \$374 y el del varón \$445.

El 42,1% de varones están asegurados, frente a las mujeres con algún tipo de seguro que hacen un 39,8%.

Las horas promedio que trabaja en la semana a nivel nacional la mujer son 77:03 y las que labora el varón 61:1; acrecentándose en la provincia de Pichincha a 80:34 horas semanales que labora la mujer.

La feminización de la pobreza produce el estado de vulnerabilidad de la mujer. La Constitución en el Art. 35 se refiere:

Las... personas privadas de libertad..., recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. ... El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Montecristi, 2008).

En concordancia con el Art. 51 y el 203 numeral 4 "En los centros de privación de libertad se tomarán medidas de acción afirmativa para proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria".

Concreta la Constitución, en su capítulo de la Inclusión y equidad, artículo 340:

El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo...

Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial...

Como corolario a las normas precedentes, Jaramillo (2009), señala: "... se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres" (Jaramillo, 2013).



### Pérfil social de la mujer privada de la libertad

El perfil más reiterado que comparten las mujeres privadas de la libertad en nuestros centros de rehabilitación social concretamente es: pertenecer a familias disfuncionales y ex-tensas; de vivencia familiar conflictiva, con separaciones, violencia intrafamiliar, promiscuidad sexual, abusos sexuales entre la familia. Familiares próximos con antecedentes penales. Abandono temprano o fracaso escolar. Nulo aprendizaje o experiencia laboral. Maternidad precoz. Frecuentes separaciones y fracasos matrimoniales Alta incidencia y temprana de consumo de drogas, alcohol y ejercicio de la prostitución, entre otras.

Perfil coincidente con los de las mujeres que habitan los barrios marginales de los cinturones de las ciudades de Quito y Guayaquil o el de la aplicación del III Paso de Focalización dado por ONU Habitat (2010).

La venta de estupefacientes en pequeña escala es para la mujer que generalmente se encuentra como responsable de la subsistencia familiar una entrada económica para hacer frente a los gastos básicos de supervivencia. Además, en un alto porcentaje de estas, tienen a su vez, a su marido o compañero sentimental en la misma circunstancia, lo que implica su

papel circunstancial y secundario de dependencia y complicidad en la actividad delictiva.

Luego del indulto a las llamadas 'mulas' del narcotráfico a solicitud del presidente Rafael Correa en julio de 2008 se advierte una leve y paulatina disminución tanto del número real como del porcentaje de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, señalan Edwards y Youngers (2010).

En la cárcel de mujeres El Inca de Quito, donde casi el 80 por ciento de las internas estaban condenadas por delitos relacionados a drogas, la combinación del indulto con la regla del dos por uno llevó a un considerable mejoramiento de las condiciones carcelarias. Durante las reformas temporales, se otorgó la libertad a tantas mujeres que cada prisionera pudo dormir en una cama, mientras que antes solían compartir una cama entre tres personas. Además, el nivel de violencia disminuyó considerablemente, y el acceso a los servicios existentes mejoró tremendamente.

#### Promedio de ingreso mensual

Hombres	Mujeres
\$445	\$374

#### Porcentaje de aseguramiento

Hombres	Mujeres
42,1%	39,8%

#### Promedio de horas de trabajo semanal

Hombres	Mujeres
61:1	77:03

Datos del INEC y ONU-MUJERES a diciembre 2012

## Perfil criminológico con explicaciones de contenido biológico

Lombroso y Ferrero. (1895), de sus estudios podría entenderse que:

“... el estadio inferior en que se encuentra la mujer podría ser consecuencia de la mayor inactividad que caracteriza a la mujer respecto al varón, al igual que la inmovilidad del óvulo respecto al zoosperma... de ahí que la mujer delincuente, por el hecho de estar menos evolucionada: presentaría una inferior tasa de delitos por su menor capacidad para delinquir - su mayor crueldad se debería a su mayor identificación con lo primitivo, de ahí su predominio en la comisión de delitos de sangre -. Su mejor capacidad de adaptación llevaría a combinar las peores características de la mujer: astucia, rencor y falsedad; con aquellas otras de la criminalidad masculina, disponiendo además de una mayor habilidad en su trato con la justicia. Concluyendo: su criminalidad resulta un comportamiento masculinizado e impropio de su verdadera naturaleza... una doble anomalía: biológica y social... y por ser una doble excepción, la mujer criminal es un monstruo”. Teorías condenadas en la actualidad por ser discriminadoras, además de perversas (Ferrero y Lombroso , 2000).

Concordando con lo aseverado por Sánchez (2004): estudios e investigaciones sobre el problema de la prostitución, por ejemplo, llevan a la conclusión de que la prostituta no es, como se piensa habitualmente, el símbolo de la desviación femenina como decía Lombroso, sino un símbolo de la victimización que consagra la estructura patriarcal.

### El regimen penitenciario

Los factores de orden normativo inciden en el comportamiento de la delincuencia femenina, el régimen penitenciario elaborado para varones se traslada automáticamente a las mujeres, sin tener en cuenta su diferente idiosincrasia, imponiendo normativas internas y de organización directamente redactadas para los reclusos.

Cuando se ha visitado el centro de rehabilitación femenino del Inca en el norte de Quito, es imposible no recordar sus pabellones con los nombres de los barrios de la ciudad: El Bosque, El Condado, Miraflores, y otros como El Batán, Dorado, Floresta, Quito Tennis, Amazonas y Altamira. No deja de sorprender la limpieza y el orden que impera en unos y el descolorido desorden de otros. Reñido el discurso que dan las y los guías, para ellos “las mujeres están ubicadas en los pabellones de acuerdo al delito y al tiempo de condena”. Según las internas “Están ubicadas en los pabellones de acuerdo al dinero que pueden dar en el sistema carcelario para sobrevivir”.

El recorrido por los escenarios de estas mujeres, los talleres, la cocina y la capilla nos acercan al ámbito femenino. ¿En realidad su estadia y actividad las prepara para los escenarios fuera de la cárcel?:



Mujeres PPL en clases de balloterapia en CRS de Guayaquil. Imagen tomada de <http://www.justicia.gob.ec/>

Sobre este particular Yagüe Olmos (2011) nos alerta:

Un enfoque diferencial, por ejemplo en labores de prevención o formativas. La mujer que llega a prisión se encuentra sometida a unos parámetros de marginación y deterioro marcadamente superiores al de la media de los hombres, y en opinión de los expertos, es su pronóstico de inserción mucho más difícil debido a los condicionantes sociales y psicológicos de procedencia (Yague, 2011).

### La mujer víctima como objeto de la criminología

A la Victimología le interesa el estudio de la víctima no sólo de los delitos en sentido estricto, sino de las conductas desviadas que provocan perjuicios a terceros aún a pesar de que estas conductas puedan estar socialmente admitidas. Le concierne, además la víctima de comportamientos y situaciones injustas aunque no tipificadas y ello, en la medida en que no siempre lo injusto es ilegal.

Tanto la Criminología como el Derecho penal se centraban en el delincuente, olvidándose de la víctima, quien precisa, de un proceso de resocialización o reinserción y en cualquier caso se encuentra habitualmente desprotegida, la Criminología actual, estudia la pareja delincuente- víctima, entendiéndose a ambos sujetos como íntimamente unidos en la explicación del delito.

### La mujer como una víctima de riesgo con caracter de estable

En Ecuador, 6 de cada 10 mujeres han vivido algún tipo de violencia, 1 de cada 4 mujeres ha vivido violencia sexual; sin embargo, la violencia psicológica es la forma más recurrente de violencia de género con el 53,9%. Del total de mujeres que han vivido violencia física, el 87,3% lo ha hecho en sus relaciones de pareja (INEC, 2012)

De acuerdo a datos del Ministerio de Salud 2011, en el Programa de Violencia de la Dirección Provincial de Salud del Azuay, el 85% de las víctimas fueron mujeres.





Las condiciones de vulnerabilidad social de la mujer en el mundo son desconcertantes y en el Ecuador es una realidad que lacera el alma, pues resulta que la mayoría de víctimas son mujeres. Las respuestas idóneas para superar la victimización de la mujer no se tiene aún.

Debemos reconocer que la igualdad formal ya existe declarada en sendos instrumentos internacionales, la Constitución y otras leyes. En la práctica las respuestas de ejercicio de derechos están plagadas de inequidades y hace que la mujer se encuentre como una víctima de riesgo con carácter de estable según los estudiosos de la sociología y la criminología. En este contexto, las mujeres pobres, las campesinas y las pertenecientes a minorías étnicas se encuentran en una situación aún más preocupante, sin acceso a la justicia y víctimas de discriminaciones en todas sus formas. Sin embargo de que se trata de una problemática evidente, la invisibilidad campea y no existe reflexión acerca de las necesidades específicas de atención del colectivo de mujeres, que día a día son víctimas de toda clase de violencias, detectadas en documentos de diagnóstico efectuados en Ecuador especialmente por el Consejo Nacional de Mujeres CONAMU. Si bien, la Constitución reconoce la doble vulnerabilidad de las mujeres privadas de la libertad, en la práctica es un crimen que se repite continuamente y las autoridades no pueden aún controlar; la Comisión Ecuamélica de Derechos Humanos en el informe 078 - CEDHU/11 en la Audiencia sobre la situación penitenciaria del Ecuador afirma: "en los centros de detención de mujeres el acoso sexual hacia ellas o sus visitas es una forma frecuente de maltrato".

Se entiende, que el crimen hoy en día, debe comprenderse como conflicto o enfrentamiento personal, interpersonal y social, repellido a través de la historia, concreto y diferente en su individualidad y tan dolorosamente humano y cotidiano. De allí, la Criminología ve en la y el delincuente una persona normal, de su tiempo. Un ser que lleva en su sangre la herencia genética, que se interrelaciona con sus congéneres y que se acomoda o adapta al medio. Como lo precisa García-Pablos de Molina, aunque sesgado en el varón:

Un ser, en definitiva, inacabado, receptivo, que mira al futuro y puede trascender sus propios condicionamientos. Porque el hombre no es solo Biología: es, también, Historia, Cultura, Experiencia. Factores espaciales, ambientales, interpersonales, culturales, etc. etc., convergen en el escenario criminal, contribuyendo decisivamente al muy selectivo diseño del «perfil» del suceso delictivo (García, 1999).

## Género y política criminal

Binder enseña que se debe tener claro qué la política criminal: "Es el conjunto de los métodos por medio de los cuáles el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal". En un Estado democrático se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana y a las garantías individuales. Este contexto, nos lleva a la reflexión sobre el tratamiento que se debe dar a cada persona, ya sea: varón o mujer y de acuerdo a sus edades, considerando además factores de orden social, cultural y económico que provocaron determinada conducta (Binder, 2010).

Si del 100% de la población mundial de personas privadas de la libertad el 96% corresponde a varones y el 4% a mujeres según la ONU, (Informe 2011). Como se vio en el Ecuador el 91,7% corresponde a varones y tan solo el 8,3% a mujeres, de acuerdo a las estadísticas del INEC (2010). La mujer criminalizada, es repetidamente "virilizada", poseída por un demonio o porta-

dora de una patología degenerativa, dado que la mujer "más o menos normal" contraviene a su propia "naturaleza" cuando comete delitos violentos, razones por las que concurre la creencia social que persiste y afirma que: "existen menos mujeres privadas de la libertad, y que esto se debe a una especie de inmunidad establecida por su naturaleza". Creencia basada en las teorías tradicionales de cortes estigmatizadoras, discriminatorias y perversas.

Esta concepción de la natural inferioridad de la mujer presente en esa especie de "inmunidad establecida por su naturaleza" ha sentado bases para la exclusión penal de la mujer como responsable de conductas típicas, antijurídicas y culpables; posibilitando el control social de la mujer privada de la libertad, a quien se le ha asignado socialmente esa "inmunidad establecida por su naturaleza" esa especie de "posesión demoníaca". Reiterándose con esto, la discriminación que por género y número se está realizando; dificultando y deteniendo una mínima clasificación o separación en atención a sus características personales, penales o penitenciarias así como el abordaje de la maternidad y acceso al trabajo penitenciario. Todo esto debido al fuerte control ejercido por las estructuras sociales y familiares con respecto a "esa especial naturaleza de la mujer". De este tipo de concepciones y visiones se desprende un doble oprobio de indignidad para la mujer: la condena legal por el delito y la condena social por la anomalía biológica o sexual. Doble connotación de vínculo maligno que todavía hoy en el siglo XXI subyace en muchas evaluaciones sobre el delito de la mujer. Estas evaluaciones sirven de base para las políticas criminales de represión del crimen. Así, "El derecho penal las excluye como sujetos activos, pero agrava la individualización de la pena que sobre ellas recae, que se basa en un conjunto de falsedades ordinarias en forma de prejuicios de género que pretenden legitimar su rol subordinado" (Santillán y Villeda, 2007).

Ante lo descrito, Ramiro Ávila (2009) nos insta: "Conviene identificar esas normas y cuestionarlas. Un Ecuador más justo y equilibrado lo demanda" (Ávila, 2009).



Desde la tesis que constituye el movimiento de liberación femenina, Rita Simon (1975) en su obra *Women and Crime* analiza la situación de las mujeres en la desviación. Sugiere que a medida que las mujeres irrumpen con mayor importancia en el ámbito laboral, se abrirán nuevas oportunidades para ellas, lo que traería, por ejemplo, una mayor participación en la delincuencia. Al parecer, si cambian las circunstancias del género femenino en la estructura socio laboral, aumentarían también sus incursiones en nuevas formas de desviación. Tal situación elevaría las tasas delictivas y variaría el tipo de delito cometido por ellas, equiparándose con mucha seguridad a la delincuencia asociada con los hombres. En esta misma línea de pensamiento, uno de los primeros aportes que se replanteó la condición de la mujer dentro de la teoría y la investigación de la delincuencia fue el de Freda Adler en *Sisters in Crime*, esta autora establece una relación entre la emancipación o liberación de la mujer, y los cambios en sus niveles y tipos de conducta delictiva. Conjetura esta criminóloga que al hacerse más autónomas las mujeres, e ir ganando espacios tradicionalmente reservados al otro género, se deberá originar una mayor participación de ellas en el delito, y especialmente en aquellas contravenciones donde el hombre ha tenido mayor prevalencia.

Teorías que para Ecuador se descartarían, puesto que las estadísticas del INEC y ONU- MUJERES nos indican que la actividad laboral de la mujer es de un promedio 77:03 horas laborables, frente al promedio de 61:1 que labora el varón ecuatoriano y del total de la población privada de la libertad el 91,7% son varones y tan solo el 8,3% son mujeres. Es decir que, aunque la mujer ha ganado espacios laborales del hombre, sigue delinquirando menos.

Las investigaciones sobre las diferencias entre varones y mujeres es una práctica relativamente nueva en Criminología y es un nuevo horizonte donde anclar para aclarar muchos de los vacíos existentes en las explicaciones del delito, del delincuente, el control social, la política criminal y la prevención.

En palabras de Garrido:

"...en Criminología el género no puede seguir siendo considerado una variable más (del mismo nivel que la educación, la familia, la inteligencia, etc.) a la hora de estudiar la delincuencia (...) el género constituye un factor estructural, que divide la vida social en dos maneras distintas de afrontarla e interpretarla: la de las mujeres y la de los hombres" (Garrido y otros, 2006).

Cabe señalar, igualmente, que la inclusión de la mujer desviada como aspecto crucial de la Criminología se inicia con el feminismo en los años setenta. Esta Criminología contiene un testimonio muy promisorio: existe algo en el género como característica propia para que las mujeres delincan en menos proporción que el hombre, puede ser el eslabón perdido de las mujeres, el que ayude a encontrar las causas del delito. Sin embargo esta teoría no ha tenido continuidad.

## Control Social

García Pablos De Molina señala que el concepto de control social es un concepto sociológico neutro, descriptivo que hace referencia a "ciertos procesos sociales que recaban la conformidad del individuo, sometiéndolo a las pautas, modelos y requerimientos del grupo; cohesión, disciplina, integración, son, pues, términos que describen el objetivo final que persigue el grupo, la sociedad, para asegurar su continuidad frente al comportamiento individual irregular o desviado". Entre los años 70 - 75 aparece la tesis de la Liberación de la Mujer, con esta la concepción de discriminación de género. Pensamiento que siendo una construcción social que discrimina a la mujer por su diferencia biológica del sexo realiza el control social, entendido como las respuestas negativas suscitadas por determinados comportamientos que vulneran las normas sociales; es decir que, no cumplen las expectativas de conductas asociadas a un determinado rol social.

La sociedad ha elaborado el perfil para la mujer normal y para la mujer desviada a través de estereotipos; así la mujer normal es aquella que se adapta al modelo de conducta que responde a lo que se espera de ella (mujer buena, honesta, hogareña, femenina, cuidadosa, sumisa). En tanto que el perfil de la mujer desviada es sexualmente degradante, masculinizada, callejera, drogadicta y prostituta.



**La sociedad ha elaborado el perfil para la mujer normal y para la mujer desviada a través de estereotipos**

## El delito como objeto de la criminología

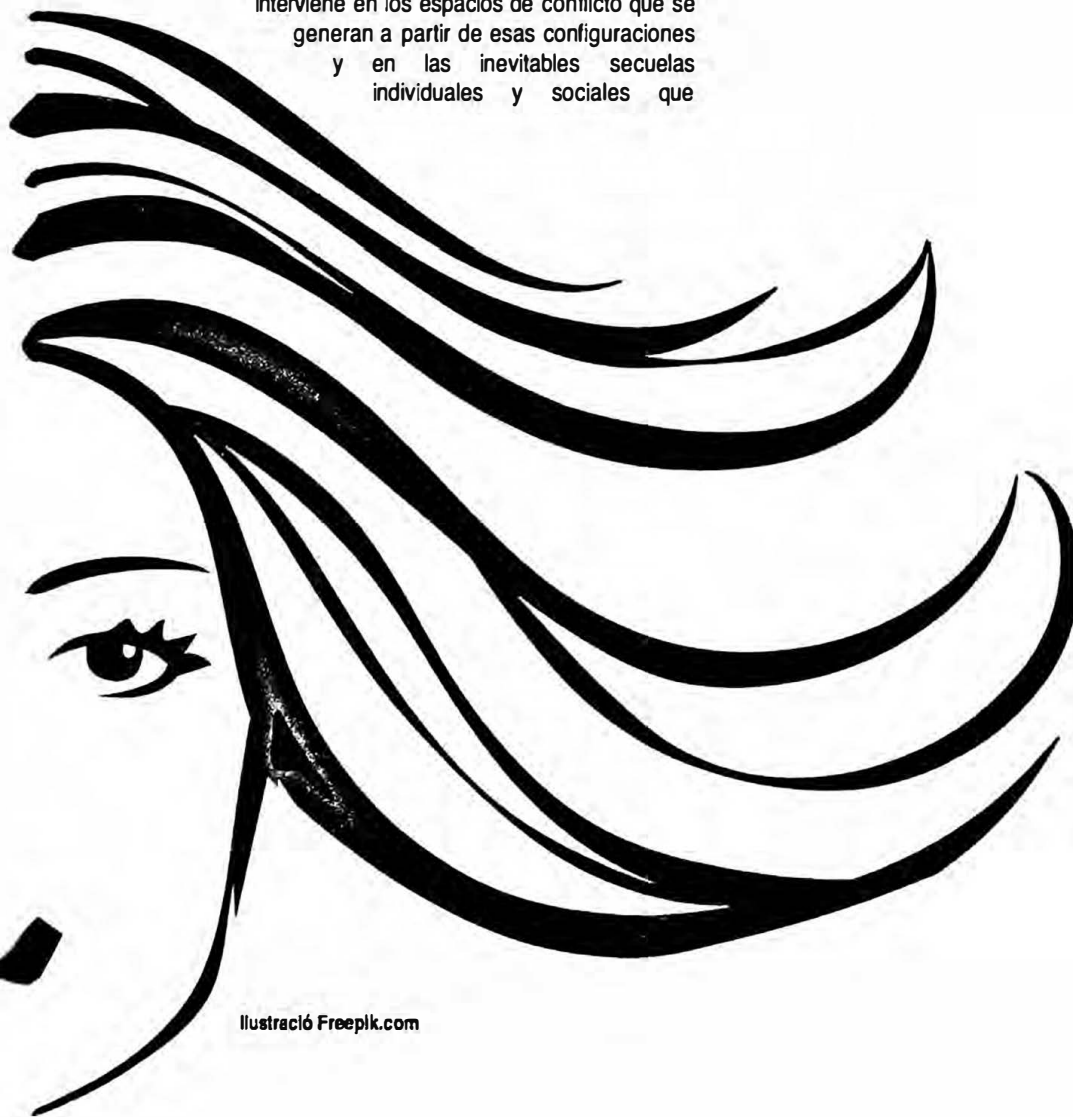
La Criminología observa al delito desde una perspectiva empírica, si bien, el Derecho Penal establece que el delito, no deja de ser un hecho físico y social al mismo tiempo, deduciéndose que este pertenece al mundo del deber ser en su entidad normativa, también pertenece al mundo del ser y se debe investigarlo en su realidad natural, es decir, como causa de las causas.

Seguir repitiendo que el delito es "acción típica, antijurídica y culpable" y en algunos casos "punible" es seguir a la zaga del pensamiento, de ese pensamiento que define al "ciudadano del mundo" del "ser planetario" que habita el universo regido por el fenómeno de la globalización y que está tratando de construir la sociedad del conocimiento; en especial para el jurista es no ocuparse de los problemas sociales, los cuales son parte de las obligaciones y ejercicio del Derecho.

Como aclara Alicia E. C. Ruiz (2009), el derecho configura la subjetividad y las identidades y por esa vía consagra o denuncia formas de discriminación, interviene en los espacios de conflicto que se generan a partir de esas configuraciones y en las inevitables secuelas individuales y sociales que

provocan. Reconocer a alguien como "sujeto de derecho", resignifica el discurso acerca de ese alguien. La operatividad de ese reconocimiento implica una intervención en el mundo simbólico, con consecuencias tremendamente reales (Ruiz, 2009).

Consciente que nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, concluyo mi reflexión afirmando que la Criminología debe transversalizar el género en el contexto económico como una combinación armónica de originalidades incesantemente multiplicadas e iniciadas en el punto exacto donde cada persona se diferencia de las demás.



Ilustració Freepik.com

## Conclusiones

Los estudios criminológicos incluyen una amplia visión de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte neutral como criterio legal hasta el tratamiento individualizado a todo ser humano sin discriminación alguna, ante esto, el Derecho debe posibilitar la visibilización de la subordinación de las mujeres y construir normas que transformen la desigualdad. Es necesario entonces, deconstruir la Criminología y el modelo androcéntrico que conocemos para reconstruirla, develando el simbolismo del género que se encuentra oculto en la lucha por la liberación femenina.

Cada uno de los argumentos analizados identifica un aspecto diferente del Derecho y denuncian su fracaso por ostentar el poder masculino. Lo que espero es que, mejorando las teorías sobre las que aplicamos nuestra práctica cotidiana, logremos vislumbrar mejor; lo que es igualdad ante la ley y las diferencias entre los seres humanos.

La criminología tradicional declara la delincuencia femenina a partir de sus características asociadas a su sexualidad. La especie de "inmunidad establecida por su naturaleza" y exhibe perversamente tanto su comportamiento normal como su conducta desviada.

Una tarea clave de la Criminología sigue siendo explicar a través de la construcción social del género la razón o razones del ¿por qué las mujeres delinquen menos que los hombres? A través de la visión de género en las investigaciones de Criminología se intenta conciliar algunos elementos que diferencian a la mujer del hombre para explicar los bajos niveles de criminalidad femenina contrastando la participación delictiva de ambos género. Es decir que, aunque la mujer ha ganado espacios laborales del varón, sigue delinquiendo menos. Por ello, la necesidad de readecuar valorativa, estratégica e institucionalmente las políticas criminales en materia de este difuso y complejo fenómeno que resulta la criminalidad femenina.

Imperiosa es la necesidad de comenzar a cultivar la perspectiva de género en la Criminología que se hace en nuestro país, fundamentado sus investigaciones y argumentaciones sobre la delincuencia en los estudios estadísticos, sociales y económicos, entendiendo que el peso del género en la conducta desviada no reside únicamente en las estadísticas; lo que significaría tratar al género como un sistema metodológico que organice y diferencie, en categorías

masculino y femenino, las observaciones empíricas y las deducciones derivadas de estas.

Al incluir la perspectiva de género en la Criminología se abre una verdadera posibilidad de reconocer las variables de riesgo y protección que son importantes para la delincuencia de mujeres y varones, con esta inclusión se podrá apreciar que las circunstancias que influyen en la delincuencia de cada género pueden ser diferentes, en algunos casos coincidentes y en otros inesperadas, es decir se debe visibilizar todo lo concerniente al género, para garantizar manifestaciones y deducciones diferenciales en base a las circunstancias propias de ambos sexos; esto direccionará un nuevo horizonte para las teorías criminológicas; falta andar este camino para poder llegar a explicaciones que den cuenta de la conducta criminal femenina, desde una perspectiva de género.

La desigualdad económica feminiza la pobreza y la utilización de la mujer como "mula" del narco tráfico hace la explicación del acrecentamiento de la delincuencia femenina en las cárceles del país. Debería reformarse la Ley 109 para despenalizar la venta de drogas en pequeña escala, en concordancia con el principio constitucional de proporcionalidad.

La escasa peligrosidad social y real de las mujeres, su exigua sofisticación delictiva, los efectos desocializadores, la ruptura y problemática familiar que provoca la privación de la libertad de la mujer, deben ser causas suficientes que posibiliten medidas alternativas a su internamiento, de tal forma que se nivelen equitativamente el daño social cometido, y el castigo atribuible.

Desde la visión de género se lucha por una mayor sensibilización judicial y penitenciaria en el marco de las políticas criminológicas. El trato normativo para varones y mujeres es igualitario, (excepto por la maternidad), sin embargo, de que es obvia la diferencia de su comportamiento y necesidades. No es justo ni saludable que la mujer privada de la libertad siga asimilada a la población masculina, es necesario potenciar una Política penitenciaria específicamente femenina basada en la especialización del personal, incremento y fortalecimiento de los programas formativos, laborales y psicológicos para a través de compatibilizar las normativas estrictamente reglamentarias con una organización centrada en valores de convivencia, responsabilidad y trabajo lograr una verdadera rehabilitación social y reinserción laboral.

### Bibliografía:

- Ávila, R. J. (2009). El género en el derecho. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- Azaola, E. (2014). Género y justicia penal en México 2014. México: [www.dplf.org/1190750270.pdf](http://www.dplf.org/1190750270.pdf).
- Binder, A. (2010). La política criminal en el marco de las políticas públicas. REJ N°12.
- Edwards, S. (2008). La legislación de drogas en el Ecuador y su impacto sobre la población penalen el país 2008. Quito: <http://ctinobar.webs.ull.es/4actividades/L/LEGISLACION.pdf>.
- Elisabeth, B. (2009). El enigma masculino. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- F., A. M. (2004). Crítica de la criminología crítica. Ediciones Universidad de Salamanca: Salamanca.
- Ferrero y Lombroso . (2000). La mujer delincuente. Universidad de Zula.
- García, P. d. (1999). Tratado de criminología. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- INEC. (2012). Estadísticas sociales. Quito: Disponible: [www.inec.gob.ec](http://www.inec.gob.ec).
- Jaramillo, I. C. (2013). El feminismo y el derecho. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- Linda, M. (2009). La definición de género. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, V&M Ediciones.
- Miralles, T. (1983). La mujer, el control formal. Barcelona.
- Montecristi. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.
- Nancy, F. (1992). Revaluando el feminismo francés. EE. UU.: Agency and Culture.
- OEA, C. (2012). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Washinton.
- Presidencia de la República. (2012). Avances Ecuador. Quito: [www.slideshare.net/PresidenciaEc/avances-ecuador](http://www.slideshare.net/PresidenciaEc/avances-ecuador).
- Ruiz, A. (2009). Cuestiones acerca de mujeres y derecho. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.
- Santillán y Villeda. (2007). Criminología crítica y perspectiva de género. México: UNAM.
- SEMPLADES. (2007). Plan Nacional del Buen Vivir. Quito.
- Yague, O. C. (2011). Mujer: delito y prisión, un enfoque diferencial sobre la delincuencia femenina. Sevilla.



# “LA CASUÍSTICA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL”

Dra. María Patlova Guerra Guerra

*Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República. Especialista en Gestión de Procesos Educativos. Diplomatura de Especialización y Extensión Universitaria en “Criminalística”, de la Universidad Nacional de Trujillo, 21 Septiembre 2007. Corte Provincial Pichincha. Miembra del Equipo Jurídico de la Comisión 30 S, desde 1 junio 2013 hasta 1 abril 2014. Asesora de Despacho del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, desde 1 abril 2014 hasta el 21 de abril de 2015. Miembra de la Comisión de Evaluación de los Concursos de Méritos y Oposición, para ingresos a la Carrera Docente de la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, nombrada por el Consejo Directivo de la antes mencionada Facultad, el 18 de septiembre de 2014 a 30 enero 2015. DOCENCIA UNIVERSITARIA. Universidad Central del Ecuador Profesora, Facultad de Jurisprudencia Escuela Derecho, 24 años. 1991- presente. Nombramiento accidental 1 noviembre 1994 a 31 marzo 1995, Docente auxiliar tiempo parcial 12 abril 2002, Docente agregada tiempo parcial 1 mayo 2007, Docente agregada tiempo parcial-escalafón- 1 noviembre 2013 PUBLICACIONES / LIBRO “LA CASUÍSTICA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL” Manual sobre Derecho Procesal Penal (Etapa de Juicio), impreso en Quito - Ecuador, junio de 2007, Ediciones Abya-Yala, ISBN 978-9942-01-033-9. REVISTA FONDO DE JUSTICIA Y SOCIEDADESQUEL-USAID, 9 AÑOS DE APOYOALA JUSTICIA.*

## RESUMEN

En el desarrollo de este trabajo se busca poner énfasis en la formulación teórica, de manera que la aproximación a los contenidos normativos pueda hacerse a partir de elementos que permitan asimilarlos desde una perspectiva crítica. Así se quiere fortalecer el dominio de las características generales del modo acusatorio y ofrecer suficientes referencias para la comparación.

De manera que cuando el cambio es profundo, como el actual, y la aplicación del nuevo sistema implica el desempeño de papeles inéditos en la memoria de los sujetos procesales, se vuelve imperativo redefinir los objetivos de la formación jurídica, de manera que los actores del proceso sean capaces de desenvolverse con suficiencia en el desempeño de sus respectivos papeles.

**PALABRAS CLAVE:** *Método Casuístico, aprendizaje jurídico, formación jurídica.*

## ABSTRACT

In developing this paper seeks to emphasize the theoretical formulation, so that the regulatory approach to content can be made from elements to assimilate from a critical perspective. So we want to strengthen the rule of the general characteristics of the adversarial mode and provide enough references for comparison.

So when the change is profound, like the present, and implementation of the new system involves the performance of unpublished papers on the subject of procedural memory, it becomes imperative to redefine the objectives of legal training, so that actors process are able to cope with proficiency in the performance of their respective roles.

**KEYWORDS:** *Casuistry, adversarial method, teaching*

## MÉTODO CASUÍSTICO

A primera vista, cuando se habla de métodos del conocimiento, podría parecer que se hiciera referencia solamente al conocimiento en los laboratorios, en las academias o en las universidades. Sin embargo, se puede ver que el que menos conoce de los hombres, necesariamente, está aplicando todos estos métodos. Lo que acontece es que muchas veces lo hace sin advertirlo.

Ahora la capacidad cognoscitiva del hombre tiene como fundamento la utilización de los conceptos generales. Es esto lo que le permite comparar y relacionar, y, en esa forma, evitar una serie de repeticiones inútiles, como manifiesta Javier Tamayo (1987). Hasta aquí no se lo ha invocado.

En este sentido, la inducción y la deducción son métodos que se implican mutuamente, pues, por medio de la experiencia empieza a formular principios generales, partir de los que puede saber cómo se manejan los hechos particulares posteriores. En consecuencia, el conocimiento humano se compone de una serie de principios generales que le enseñan al hombre como manejar los hechos concretos. Estos a su vez, permiten al sujeto ampliar la extensión de esos principios, y así sucesivamente.

Como base a lo anterior, se puede decir que todo el conocimiento práctico y teórico se adquiere gracias a los casos que le van sucediendo al hombre a través de su historia. Incluso, el aprendizaje y captación de los principios lógicos, matemáticos y geométricos se logra de ejemplos concretos.

En resumen podemos aseverar que todo conocimiento humano es factible mediante manejo de casos concretos. Por ello, todas las disciplinas han utilizado el manejo práctico de casos, con el fin de penetrar y ampliar en el conocimiento de sus leyes generales.

El alumno analiza, individualmente o en grupos, un conjunto de materiales que reconstruyen una situación pertinente de la práctica, a fin de adquirir conocimientos sobre esa práctica y desarrollar la capacidad de apreciar situaciones complejas y tomar decisiones adecuadas. Donde intervienen diversos aspectos como:

- Casos de juicio o dictamen;
- Casos de decisión;
- Casos de información;
- Método del paplero de correspondencia;
- Casos de determinación del problema;
- Casos de solución del problema;
- Casos de investigación.

La variante plan de "aplicación" implica analizar un caso que está relacionado con entrenamientos anteriores en los ámbitos respectivos. En un caso de dictamen, los alumnos reciben la información completa al comenzar. Junto a esto se presenta un problema bien formulado y la solución propuesta.

Los alumnos tienen la tarea de juzgar la calidad de esta solución. En el supuesto de decisiones también se da al principio la información completa. El problema es formulado en conjunto con soluciones alternativas supuestas. La tarea del alumno es fundamentar una buena decisión, entre las alternativas dadas.

En el caso de información, se presenta un problema, para el cual el alumno solicita otros datos, tanto de los ayudantes o facilitadores (expertos u organizadores) como de otras fuentes. En esta variante se desarrollan más de las competencias de formulación de problemas, que las competencias de solución de ellos.

En el método del paplero de correspondencia, el elaborador del caso recibe carpetas y datos de incidentes o acontecimientos de la sociedad. Él debe decidir (en un cierto tiempo dado) cuál es el problema o suceso que quiere que se aborde y elabore (cual es el caso o expediente), para luego formular decisiones, y fundamentarlas. Una versión muy simple es el método de determinación del problema. Se dan todas las informaciones al comienzo. No se enuncia el problema, sino que el alumno debe encontrarlo. La determinación, generalmente, da por resultado un complejo paquete de problemas. Después, los alumnos lo formulan, en una forma escrita (visualizada) y estructurada.

En el caso de solución del problema, el organizador elige una cuestión apropiada que depende de las condiciones del alumno y de sus capacidades. El alumno descompone el problema en una secuencia de pasos decisivos. Los alumnos deben elaborar y trabajar cada uno de los pasos adecuadamente, antes de continuar con el siguiente. Para finalizar, ¿qué? Verifican y tiene lugar una evaluación en conjunto.

En el caso de investigación el problema se da expresamente pero no se proporcionan informaciones. Éstas y los datos precisos se toman de investigaciones análisis y en el terreno de otras fuentes.

La tarea para los alumnos es proponer soluciones al problema.

Los casos describen un suceso real de interés profesional, de una complejidad limitada tomando en cuenta los elementos de la realidad (temporal, local o financiera). Algunas veces, estos casos son gratos; otras, son acontecimientos de suerte (buena o mala), aunque mayoritariamente son desagradables: accidentes, demandas judiciales u otros incidentes.

Se prepara partir de protocolos que describen los actos: declaraciones de participantes (audiencias o interrogatorios) o apuntes de los actos personales.



Ilustración: Freepik.com

Entran en el concepto de los actos, informaciones adicionales, documentos opiniones, pruebas objetivas o un plan de la situación.

La descripción pone, finalmente, al alcance de la mano, la información pertinente del caso que ha ocurrido. Quien quiera analizar un caso, debe recurrir a la documentación de éste, si se desea ofrecer una solución satisfactoria del caso.

Los juristas saben, desde hace mucho tiempo, que pueden aprender de buenos apuntes sobre un caso. Por esta razón, las primeras aplicaciones del "método del caso" están asociadas a la formación o perfeccionamiento de abogados.

Los aprendizajes producidos por este método – según (Schiefelbein & Flechsig, 2003)- son: 1) un aprendizaje a partir de descripciones de la práctica; siendo estos los

aprendizajes que se producen analizando descripciones prácticas de las realidades complejas, dispuestas de esta forma con el propósito de complejizarla para el estudio; 2) un aprendizaje referido a la solución de problemas, puesto que los problemas contienen alternativas de decisión abiertas; 3) un aprendizaje sin objetivos explícitos, que quiere decir que el ejercicio está motivado por las características del caso, pero cada alumno puede explorar aspectos de interés personal (Pigors, 1980).

El método del caso piensa en lugares indistintos para su aplicación. Siendo innecesario una adaptación especial. Se apoya el trabajo de material bibliográfico pertinente.

Con esta metodología se tiene previsto que el alumno este en capacidad de encontrar respuestas, tomar decisiones frente a situaciones reales.

"El método de solución de casos o casuística está, en primer lugar, dirigido al desarrollo de competencias de acción y decisión; sin embargo, se puede desarrollar competencias especiales; por ejemplo, métodos administrativos o decisiones judiciales." (Kart-Heinz Flechsig Ernesto Schiefelbein, 1990).

Para la ejecución del proyecto seguiremos las fases considerada por los autores (Kart-Heinz Flechsig Ernesto Schiefelbein, 1990): en la fase de preparación: se recoge documentación relacionada con el tema planteado como documentos sobre el estudio de caso. En la fase de recepción, se analiza e interpreta el caso. En la fase de interacción, relacionada con el trabajo en grupo es necesario comparar las definiciones del problema, así como se plantean posibilidades de solución y se proponen las decisiones. Como en cualquier problema, se procede a evaluar las soluciones presentadas. Teniendo en la fase de confrontación posibilidades de decisiones reales.

Es interesante este modelo, puesto que, incorpora al estudiante como un actor activo dentro del proceso. Este sujeto debe estar en condiciones de tomar decisiones. Mientras que el profesor, apoya la planificación más no concentra en sus manos toda la tarea de planificación.

Esta metodología conviene ser utilizada para pensar problemas muy simples pueden ser apropiados para las fases de introducción de los cursos; pero el estudio de casos más complejos juega un rol importante, tanto en la fase de conclusión de los cursos, como en la fase de conexión de los cursos para la transición a la práctica.

Más aún, el derecho no es ajeno a esa aprehensión de principios generales mediante el manejo de casos concretos. Sin embargo, es preciso advertir

que, mientras en las ciencias ideales y naturales, las premisas mayor y menor, según Javier Tamayo Jaramillo (1987), son exactas desde un principio, en el derecho, la situación es muy diferente por cuanto, dado su carácter cultural, según lo vimos, cada vez que se trate de subsumir el hecho social dentro de la norma general, habrá nuevos aspectos que no habían sido comprendidos anteriormente. Mientras que las ciencias naturales e ideales permiten la intelección y la explicación de sus principios, el silogismo jurídico hace posible la comprensión del objeto derecho, es decir, su interpretación.

Cabe resaltar en este punto, la necesidad de no confundir la casuística como método de aprendizaje jurídico, con el caso como fuente creadora del derecho. En efecto, el caso, en este sentido es aplicado, en el derecho anglosajón, para la creación de principios generales. En estas legislaciones gran parte de las actividades carecen de normas escritas que las regulen, y solo con motivo de casos que se presentan en la vida real se crean principios generales que serán aplicados a casos similares al que sirvió de pauta para la creación de este principio general. En cambio, el intérprete del derecho (caso de estudiantes, abogados, fiscales y jueces) conoce el objeto de su estudio, es decir, los principios jurídicos por medio de casos hipotéticos o reales. Tanto el jurista anglosajón como el que estudia derechos escritos como el nuestro, buscan conocer los principios generales que regulan su materia, mediante el estudio de casos. Un abogado ecuatoriano que se desempeñe profesionalmente, se limitara al análisis de sus casos con apoyo de las normas escritas dentro de las cuales se subsumirá ese caso.

En conclusión, la casuística, como método de conocimiento jurídico, es aplicable tanto a los derechos anglosajones como a los continentales o escritos. En cambio, en estos últimos la fuente del derecho es la ley escrita y promulgada, en tanto que en los primeros son los antecedentes judiciales los que sirven para crear el principio general.

También es importante recalcar, antes de tratar la casuística específicamente en el ámbito procesal penal, y sus praxis, que no debe confundirse la casuística como método del conocimiento jurídico, con la práctica forense. En efecto, la primera no es más que una forma de conceptualización teórica a partir de casos concretos. En cambio la práctica forense, también muy útil y necesaria, busca enseñar al estudiante cómo manejar en la vida práctica sus conocimientos profesionales. No se trata ya del aprendizaje de conceptos *priori*, sino pura y simplemente de introducirlo en un determinado contexto sociojurídico. Lo que acontece es que, el tiempo con ese conocimiento de tipo práctico judicial, se puede ir avanzando en el manejo de un caso.

La casuística, en resumen, busca la comprensión de las normas jurídicas mientras que la práctica forense sólo pretende el conocimiento técnico de la práctica

judicial.

Luego de detallar los fundamentos teóricos del método casuístico y los problemas existentes en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, establecidos los contenidos del mismo, y comprendido el significado de la didáctica, la propuesta está dirigida a la aplicación del método de casos en la enseñanza del Derecho Procesal Penal, fundamentalmente a lo que se refiere a la Etapa del Juicio, sin perjuicio de que ello sea óbice para el estudio de todas las etapas del Código de Procedimiento Penal vigente, publicado en el Registro Oficial Nro. 360, de 13 de enero de 2000, incluyendo a la indagación previa, que sin ser etapa es muy importante para que el Agente Fiscal investigue, de modo previo a iniciar el juicio penal, los Procedimientos Especiales, sus Disposiciones Finales y otras asignaturas de Derecho.

La metodología permite a los alumnos trabajar sobre un caso real o imaginario planteado por el profesor, a partir de la bibliografía o material indicado.

Al inicio del año lectivo, se informa a los estudiantes de quinto año de Derecho, cuál es la metodología a seguir por parte del profesor, qué tareas deben cumplir, como por ejemplo lectura de diferentes casos, y luego formación de grupos, para cumplir el cometido, fecha prevista en que los alumnos se involucran en el caso, a cuyo efecto han de simular, en un escenario, los hechos materia del juzgamiento como si fueran los protagonistas, y ha de asumir todos y cada uno de ellos el papel de un sujeto de la relación procesal, tanto principales como accesorios, para hallar sus posibles conclusiones prácticas del qué hacer cuando en el libre ejercicio deben enfrentar una defensa real, o investigarla o juzgarla.

La participación incentivada por el profesor, las diversas alternativas propuestas y el debate en torno a ellas, llevan a los estudiantes a pensar sobre los hechos mismos, argumentar a favor o en contra de alguna de las partes, sugerir las normas o leyes de aplicación, básicamente la Constitución Política, con sus normas relativas al debido proceso, y las que regula, la Administración de Justicia, la Fiscalía y la Policía Judicial, los Tratados, Convenios y Pactos Internacionales, y también las Leyes Orgánicas, Leyes Generales, Ordenanzas, Acuerdos, entre otros tipos de normas jurídicas.

La introducción de este método permite complementar los estudios tradicionales, y acerca al alumno al mundo real, en el que deberá desempeñarse como profesional, ya sea en la Administración de Justicia, en el Ministerio Público o como Abogado Defensor.

Llevar la realidad a las aulas ha sido una preocupación frecuente en la educación superior, sea para aprender de ella, organizando y sistematizando información para comprenderla, o para comprobar lo que la teoría señala. En respuesta a esta preocupación, desde hace casi un siglo, los profesores universitarios han logrado, con éxito, entusiasmar a sus alumnos y transmitir conocimientos y



habilidades profesionales, utilizando la metodología de estudio de casos.

Si bien la metodología de casos ha mostrado ser especialmente fructífera en las áreas de la administración, el derecho y la ciencias sociales y la medicina, muchos profesores de otras disciplinas encuentran con frecuencia que recurrir a casos, producto de su propia experiencia o investigaciones, consigue comprometer el interés y la dedicación de sus estudiantes tanto para abordar complejas teorías, como para desarrollar en ellos capacidades y actitudes relativas a su quehacer profesional.

La metodología de casos no pretende que los alumnos acierten en la solución a la situación propuesta, sino que aprendan a resolverlos haciendo uso de los procedimientos establecidos en la Ley. Se trata de que el estudiante ponga a prueba sus pensamientos, ideas y conceptos, ajustándolos, desechándolos e incorporando otros en la medida en que aprende. Los participantes, en tanto que se incorporan como protagonistas simulando un rol profesional, sea como abogados, ministerio público o jueces, deben descubrir por sí mismos la solución, ser capaces de explicarse en sus propias palabras apropiándose del conocimiento, al mismo tiempo que aprenden a trabajar en equipo, respetando las opiniones de los demás.

Esta metodología puede ser aplicada de distintas maneras: podemos organizar un curso completo a partir del análisis de casos cada vez más complejos, o bien iniciar nuestras actividades académicas con un caso que muestre la naturaleza de los problemas sobre los que se va a profundizar, y también es posible utilizar aquí el caso o la metodología precisas hacia el final, de manera que podamos comprobar el avance en el aprendizaje y el desarrollo de habilidades que han adquirido nuestros estudiantes.

Para plantear el caso, el profesor debe cubrir los siguientes pasos:

- Inquietar al estudiante con casos que han hecho opinión pública;
- Impartir conocimiento teórico del Código de Procedimiento Penal y leyes Concordantes;
- Recomendar actividades que permitan ver la organización, funcionamiento de los Tribunales de Justicia, para llegar al conocimiento de la fuente y cuáles son las habilidades o actitudes que se requieren para presentar el caso en el Juicio, tanto positivas como negativas, y llevar al curso inquietudes, fruto de la observación;
- Presentar videos alusivos al tema, charlas impartidas por profesionales que están inmersos en la Administración de Justicia, o en el Ministerio Público o en la Policía Judicial, con el objeto que despierte la imaginación, de los estudiantes a través de preguntas o alimenten una discusión rica en conceptos e inquietudes, de parte de no solo

de los educandos sino también del docente y del conferencista.

### APLICACIÓN PRÁCTICA DEL MÉTODO CASUÍSTICO

En la sección anterior traté de demostrar teóricamente como el caso es el recurso que permite la aplicación del método empírico dialéctico, indispensable para el conocimiento del derecho. A continuación, mostraré el resultado de mi experiencia docente, tanto en Código Penal como en Código de Procedimiento Penal, en las Facultades de Derecho de la Universidad Central del Ecuador, así como de la Universidad SEK Internacional del Ecuador.

1. Para plantear la tarea por casos, el profesor debe, en primer lugar, definir el escenario en el que el estudiante simulará su trabajo, transformando la clase en un taller. El caso debe estar acompañado de la información relevante que los alumnos tendrán que analizar, así como de fuentes adicionales que pueden ser consultadas. Esta información puede ser entregada al inicio, o aplicando un secuencia definida.
2. El curso deberá dirigirse a desarrollar en los estudiantes las destrezas y habilidades necesarias para que puedan desenvolverse completamente dentro del sistema acusatorio oral. Para el efecto, se formulan preguntas que ayuden a los alumnos a centrarse en el problema, examinar las ideas importantes y los conceptos de ser utilizados.
3. Los alumnos se organizan en grupos, al interior de los cuales se distribuyen responsabilidades, se presentan los resultados individuales y se procesan las opiniones a ser presentadas a la discusión general. La planificación, en consecuencia, girará en torno a las actividades que los participantes deban cumplir.
4. Se organizan talleres en los que se resuelven dudas y se dan sugerencias para que los grupos presenten de la mejor manera su audiencia simulada.
5. En una sesión final, bajo la conducción del profesor, se organiza el escenario donde se presenta el caso, cuyos resultados se pueden debatir, y buscar alternativas, haciendo énfasis en los temas, conceptos y prácticas que han sido objeto de aprendizaje.

De esta forma, se logra que el estudiante, con estos conocimientos prácticos y destrezas necesarias en el praxis diario, logre receptar positivamente habilidades para interrogar y contra interrogar, saber el momento adecuado para objetar una pregunta inapropiada, cómo introducir la prueba en la Audiencia del Juicio, diferenciar básicamente en qué consiste la prueba documental y la prueba documentada, cómo realizar un alegato, debidamente fundamentado en Derecho, e indicar al Tribunal el valor procesal de las circunstancias alegadas

por las partes, de qué forma o con qué pruebas rendidas durante la audiencia se ha justificado el hecho punible y el grado de responsabilidad penal del acusado.

La idea es que los casos cubran los aspectos esenciales del conocimiento de cada etapa del Procedimiento Penal, de manera que, en la aplicación de la norma, el alumno no solo pueda repasar y fijar mejor los grandes conceptos, sino que también aprenda a manejarla en situaciones concretas, que es como deberá trabajar cuando sea abogado; más aún, si consideramos que esta profesión ha ido adquiriendo, a través de los tiempos, gran importancia, porque ella representa el más alto exponente de la defensa, no solo de los derechos constitucionales, sino que es, además, el muro de contención contra los abusos que pudieran cometer los poderes públicos.

Con la aplicación del método de casos, el estudiante tendrá las posibilidades de: manejar el Código de Procedimiento Penal; dirimir los casos que le sean sometidos en el transcurso de su aprendizaje; aplicar los principios fundamentales que le exige la moralidad frente a la sociedad en el ejercicio de su profesión;

dominar los conocimientos habilidades y actitudes afines al ejercicio de la profesión, como apoyo a la formación eminentemente jurídica; aplicar las normas jurídicas con un profundo sentido de justicia y equidad, que le permita una correcta interpretación de la ley, cubriendo en forma adecuada cualquier situación no prevista por la misma; asociar las más importantes fuentes del Derecho a los fines de producir rápidas soluciones en las consultas y debates; determinar las normas éticas y morales que exige nuestra sociedad para el desarrollo del ejercicio profesional.

Con la aplicación de la metodología de casos, lograremos que el egresado de la carrera de Derecho posea hábitos de investigación jurídica, como elemento fundamental para un buen desarrollo profesional, científico y cultural, y para emitir opiniones sobre asuntos legales, asesoría o consultoría a personas naturales y jurídicas; tenga un dominio correcto para defender en juicio los intereses del litigante que le haya encargado su defensa; tenga felicidad para expresar de manera clara sus ideas y sentimientos en forma oral y escrita; demuestre iniciativa; habilidad para manejar los procedimientos como elementos fundamentales en el ejercicio de las acciones en Justicia; capacidad crítica en el análisis e interpretación de las obras jurídicas; muestren dominio en el conocimiento de los códigos y legislación complementaria; analice ponderadamente el caso sometido para emitir un criterio o requerir una solución en los Tribunales; aplique las normas internacionales establecidas para la convivencia con las demás naciones; determine hechos ocurridos en el pasado para relacionar con experiencias de su ejercicio profesional; tenga la conciencia necesaria para que sea capaz de opinar correctamente en situaciones difíciles, con apego a las normas jurídicas vigentes y en defensa de la justicia.

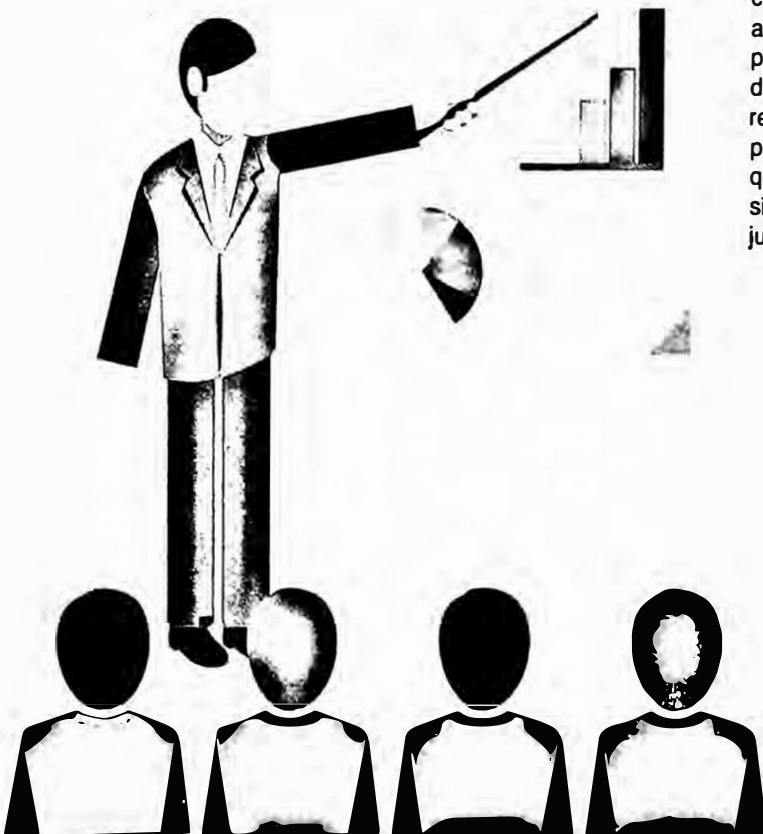


Ilustración: Freepik.com

## CONCLUSIONES

Para concluir, puede decirse que el derecho, como objeto cultural, es aprehendido por comprensión de su significado, mediante una doble relación dialéctica entre el sustrato que contiene la norma y ésta, de una parte, y entre el significado de la norma y el hecho concreto al que se ha de aplicar, por la otra. Desde luego, ese método parte del presupuesto básico de que el individuo conozca de antemano la existencia de los principios generales a los cuales se ha de aplicar el caso.

Con este presupuesto, finalmente como indica el Dr. Javier Tamayo "el sujeto podrá penetrar cada vez más en el significado o sentido de la norma porque la casuística tiene plena aplicación, y cuando decimos que una materia es más casuística que otra, lo que manifestamos es que se compone de estructuras de conceptos generales mucho más abundantes; pero metodológicamente, lo mismo es plantear un caso concreto para aplicar la categoría filosófica de la causalidad, que para explicar la responsabilidad "por un tipo de delito. En ambos casos, nos encontramos frente a principios generales que pueden ser aplicados en casos particulares" (1987, p. 180). Y acotaría que la experiencia frente a la cátedra me ha permitido obtener mejores resultados en la enseñanza aprendizaje, teniendo como base el Método Casuístico, porque lamentablemente toda la enseñanza se limita a dar soluciones y nunca crear problemas al estudiante, ni mucho menos le proporciona elementos para solucionarlos.

Es el ejercicio de la abogacía de la judicatura o de cualquier otra de las actividades relacionadas con la substanciación de los juicios en distintas jurisdicciones. Aprendizaje de los escritos y trámites y plazos usuales en la administración de la justicia. Nombre de una asignatura determinada en las universidades en las que los estudiantes de Derecho aprenden ese lado material, cierto modo, del procedimiento; pero que en realidad se han convertido en un segundo curso de Derecho Procesal, confiando que en tales conocimientos se logran haciendo de pasante o por la forzosa actividad en el ejercicio de la carrera de abogado y de alguna de sus aplicaciones, como las de juez, fiscal o secretario judicial.

En relación con la asignatura de Práctica Penal, es una de aquéllas de carácter imprescindible en la formación de cuasi – profesional; y, estudiante de derecho, pues no solo que familiariza con la teoría jurídica con respecto a la materia penal, sino que además lo hace con los procedimientos y con la experiencia o clínica jurídica. Sin lugar a dudas, es una asignatura que proporciona los lineamientos y fundamentos principales en materia penal; su incursión implica el estudio de los respectivos procedimientos procesales para la sanción de los diversos delitos, sean éstos, ejercicio de la acción penal, pública de instancia oficial; pública de instancia particular; y, privada.

Además, esta asignatura, debido a la evolución, cambios y diversas reformas que transformaron el Código de Procedimiento Penal, de 1983, hasta la vigencia de su nueva legislación, también ha trastocado los contenidos de la misma, por lo que se ha convertido en una de las materias más dinámicas y polémicas de las últimas décadas.

Por lo tanto, la importancia de la Práctica Penal, es de gran trascendencia en la formación de habilidades, capacidades, destrezas aptitudes y valores en los estudiantes de derecho; pues, su objetivo no se estanca en la impartición de contenidos, sino que considera la ejecución, la resolución de problemas, casos, que permitan la eficiencia académica de los alumnos. En la práctica se debe buscar que los alumnos adquieran las destrezas y habilidades que son propias de la profesión, como la capacidad para analizar argumentos complejos y tomar decisiones en condiciones restrictivas; la habilidad para comunicarse clara y persuasivamente debe ser desarrollada en la práctica, ahí en los tribunales de justicia, más no en las cuatro paredes del aula, como tradicionalmente lo realizado. Debe también procurarse desarrollar la capacidad del estudiante para negociar en defensa de intereses específicos; la competencia, en fin, para disputar contradictoriamente con otro en público.

**Bibliografía:**

Schiefelbein, E., & Flechsig, K.-H. (. (2003). Veinte modelos didácticos para América Latina. INTERAMER.

Pigors, P. (1980). The Pigors Incident Process of Case Study. New Jersey: Educational Technology Publications.

Jaramillo, J. T. (1987). Tratado de la responsabilidad civil. Bogotá: Legis.





# MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Dr. Galárraga Carvajal Diego Renato

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

## RESUMEN

En nuestro país la Mediación y el Arbitraje es un procedimiento nuevo, antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, todos los trámites, procesos y conflictos sustanciaban los jueces ordinarios, funcionarios de la Función Judicial quienes eran los encargados de tramitar y resolver los conflictos, debido a la falta de celeridad en despachar los casos, en el año de 1997 se expide la Ley de Arbitraje y Mediación, con lo cual surge este mecanismo alternativo de solución de controversias y conflictos que da la posibilidad de concurrir a las partes que se encuentran en conflicto acudiendo a los Centros de Mediación y Arbitraje, para resolver controversias de carácter público o privado ocasionando resultados positivos, en la medida en que se trate de evitar e iniciar litigios o acciones judiciales; para que sus problemas puedan ser resueltos de una manera ágil, rápida evitando que las partes realicen acciones legales e iniciar procesos litigiosos, que conllevan gastos y tiempo de demora debido a que las partes desean resolver lo más pronto sus controversias, dando inicio a la Mediación y al Arbitraje.

**PALABRAS CLAVE:** *mediación, alternativa jurídica, conflictos, cultura de paz*

## ABSTRACT

In our country, Mediation and Arbitration is a new procedure. Before the enactment of the Arbitration and Mediation Law, all procedures, processes and conflicts were handled by ordinary judges, or by officials of the judiciary system who were in charge of handling and resolving legal disputes. Due to the lack of speed in dispatching cases, in the year 1997 the Law on Arbitration and Mediation was issued. Through it an alternative mechanism for the parties involved to resolve their public, or private legal disputes and conflicts was initiated by going to the Centers for Mediation and Arbitration. These helped to produce many positive results as matters were resolved in an agile and quick manner. It assisted the parties involved to avoid having to take any further legal action; having to go through long litigation processes; and held to avoid paying the normal high cost of all legal procedures.

**KEYWORDS:** *mediation, legal alternative, conflicts, culture of peace*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 07  
APROBADO: 2015 - 05 - 29

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país la Mediación y el Arbitraje es un procedimiento nuevo, antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, todos los trámites, procesos y conflictos sustanciaban los jueces ordinarios, funcionarios de la Función Judicial quienes eran los encargados de tramitar y resolver los conflictos, debido a la falta de celeridad en despachar los casos, en el año de 1997 se expide la Ley de Arbitraje y Mediación, con lo cual surge este mecanismo alternativo de solución de controversias y conflictos que da la posibilidad de concurrir a las partes que se encuentran en conflicto acudiendo a los Centros de Mediación y Arbitraje, para resolver controversias de carácter público o privado ocasionando resultados positivos, en la medida en que se trate de evitar e iniciar litigios o acciones judiciales; para que sus problemas puedan ser resueltos de una manera ágil, rápida evitando que las partes realicen acciones legales e iniciar procesos litigiosos, que conlleven gastos y tiempo de demora debido a que las partes desean resolver lo más pronto sus controversias, dando inicio a la Mediación y al Arbitraje.

### Antecedentes de la mediación

"Es un procedimiento alternativo para los países beligerantes al indicar que es obligación recurrir a este procedimiento y obligar a la otra parte a no recurrir a la guerra para resolver el litigio."<sup>1</sup>

Se puede señalar como antecedente de la Mediación se da a través del Derecho Internacional Público, es decir entre los Estados que se encuentren en una controversia y antes de iniciar las conflagraciones bélicas, deben recurrir obligatoriamente las partes a resolver el conflicto mediante una negociación que es la Mediación, en el campo diplomático es reunir a los Estados beligerantes a la mesa de negociaciones antes de iniciar una guerra.

En la práctica internacional ejemplos de casos de aplicación de la Mediación tenemos a los siguientes:

En Junio de 1813 se firmó entre Australia y Francia la Convención de DRESDE, por la que el Emperador Austriaco ofrecía su mediación para una paz general y el Monarca Francés aceptaba.

1859 Chile y Colombia mediaron con éxito impidiendo un enfrentamiento entre Ecuador y Perú con motivo de cuestiones suscitadas por la venta de unos terrenos situados en la zona fronteriza (Morocho, 2004: 20).

En cuanto a la mediación entre particulares no se puede detallar específicamente cuales son los resultados de este procedimiento, dentro de los antecedentes de la Mediación debemos citar los países que en el ámbito de la mediación se encuentran adelantados y mencionaremos también a nuestro país.

E.U.A. La Mediación el procedimiento es institucional.

Argentina. La Mediación se encuentra en el Programa Nacional de Mediación desde 1995.

Colombia. Se encuentra la Mediación en la Ley para Descongestión de Despachos Judiciales.

Ecuador. Tenemos la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997. (Morocho, 2004:29-34)

<sup>1</sup> Primera Conferencia de la Paz; La Haya 1899; Acuerdo General de la Sociedad de Naciones 1928; Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz 1936; Art. 331 Carta de la ONU 1946



## Concepto de Mediación

"Viene del Latín MEDIATIO, que significa interponerse, mediar entre dos; procedimiento pacífico para la solución de conflictos internacionales" (Morocho, 2004:13). La Mediación es un procedimiento nuevo, no resulta fácil definir el concepto de mediación, surge primeramente del ámbito internacional como uno de los procedimientos que los Estados han recurrido o pueden recurrir para evitar un conflicto en el que deben tener o no la voluntad de aceptar o de solicitar dicho procedimiento.

Poco a poco ha venido incursionando este procedimiento dentro de las legislaciones civiles, comerciales, laborales internas de los países; y así de esta manera resolver entre particulares los problemas susceptibles de transacción.

Como en el caso de Estados Unidos, Argentina y Colombia, estos países a través de programas de mediación han impulsado este procedimiento haciendo de los problemas judiciales un problema de Estado, comprometiéndoles a las instituciones públicas y privadas inmersas en la Administración de Justicia a ser parte activa en utilizar este procedimiento alternativo de solución de conflictos.

Lamentablemente en nuestro país se pretende aplicar simplemente con la creación de una Ley sin visión Estatal.

En la Constitución actual en la Sección Octava, referente a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos nos señala el "Art. 190.- Se reconoce el Arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley (Constitución Política de la República del Ecuador, 2008)

Lo que se puede manifestar que en la Norma Suprema establece como mecanismos alternativos de solución de conflictos a la mediación y el arbitraje, de acuerdo con lo señalado por la ley, en las materias de acuerdo a su naturaleza

se puede transigir, en lo referente a la contratación pública se procederá al arbitraje, previo pronunciamiento del Procurador General del Estado conforme a lo que señala la ley; con esta disposición que señala la Constitución actual se debe reformar el Art. 44 el tercer inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación que señala: ...."El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder". (Ley de arbitraje y mediación, 2005)

Debido a que la Constitución prevalece sobre la Ley es decir que en lo referente a la contratación pública las instituciones públicas se deben someter al procedimiento del arbitraje y no a la mediación que señala la ley.

El Art. 43 de la Ley se refiere a la definición de Mediación señalando que:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo que ponga fin al conflicto (Ley de arbitraje y mediación, 2005: 10)

Debo señalar que la Ley de Arbitraje y Mediación, recién en el Art. 43 nos da la definición de lo que es la mediación, esta definición es importante ya que se establece primero la oportunidad que tienen las partes para llegar a un acuerdo de su conflicto originado este conflicto como manifiesta la definición debe ser transigible es decir que se puede resolver mediante este procedimiento, otro punto importante dentro de la mediación podemos señalar que debe existir la voluntad de las partes para resolver el conflicto y a su vez debe existir el mediador que es la persona imparcial que va a ser el facilitador, que va buscar los métodos adecuados para que las partes de manera directa resuelvan el y pongan fin al conflicto, es decir que el mediador no es juez sino que es la persona que da las pautas para que las partes solucionen el problema.

## Diferencias con otros medios alternativos.

Debo señalar las principales diferencias que se dan con otros medios alternativos que son los siguientes:

1.) Con el Litigio.- Las partes son contendientes se enfrentan y un tercero que es el Juez suple la voluntad de ellas, ajustándose al imperio de la Ley.

Mientras que la Mediación las partes actúan juntas cooperativamente y acuerdan su propia decisión en la que prevalece su voluntad más no el imperio de la Ley.

2.) Con la Conciliación.- Es una diligencia que el juez que conoce la causa tiene que ordenar inevitablemente dentro de la sustanciación es decir del trámite del juicio. En cambio en Colombia, Costa Rica y Uruguay, la conciliación se realiza previamente a la instauración del proceso en los Juzgados.

La Mediación es un procedimiento en el que interviene un tercero neutral es decir el Mediador.

3.) Con el Arbitraje.- Es el método que trata de resolver extrajudicialmente las diferencias entre dos o más partes, cuyo fin se acuerda con la intervención del árbitro o tribunal para que los resuelva a través del LAUDO.

En la Mediación ha sido posible llegar a un arreglo entre las partes que se llama acuerdo de mediación.

4.) Con la Negociación.- Las partes se centran sobre una mesa y conversan sobre su conflicto, cada uno expone su punto de vista, ilustra con ideas creativas para llegar a un arreglo; aquí las partes son las que tienen la obligación de generar ideas alternativas para resolver el conflicto.

En la Mediación un tercero que es el mediador es el que ayuda a generar dichas ideas de solución a las partes enfrentadas.

## Rol del Mediador

Dentro de la mediación debemos mencionar que el mediador cumple una función muy importante en el proceso de mediación cuyo rol es el siguiente:

a.) Explorar el problema de manera que los involucrados lo examinen desde varios puntos de vista, los asiste en la definición de los puntos de intereses básicos.

b.) Es el entrenador que educa a los novatos que carecen de las aptitudes necesarias o no están preparados suficientemente para negociar.

c.) Es el legitimador que ayuda a las partes a reconocer el derecho de otros a negociar.

d.) Abre canales de comunicación si las partes dialogan entre si.

f.) Facilita el proceso ofreciendo una planificación y dirigiendo la negociación.

Adicionalmente debemos señalar las cualidades del mediador es que debe primar la seriedad, la honestidad y la responsabilidad que debe tener el mediador así como sus deberes son la confiabilidad, imparcialidad, neutralidad es decir que debe ser una persona ajena a la controversia.

## Conflictos que pueden someterse a Mediación.

Las materias que se pueden someter dentro de este novedoso procedimiento son:

Civil, Inquilinato, Laboral, Tránsito (susceptible de transacción)

No se pueden someter: Divorcio a más de Juez intervienen (Fiscalía, Juzgado de la Niñez, si hay menores de edad), materias penales, cuando existe maltrato a la mujer o al niño.



## Los Centros de Mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación señala que los gobiernos locales, es decir los municipios, consejos provinciales, cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y las organizaciones comunitarias podrán organizar centros de mediación, que funcionarán de acuerdo a los requisitos señalados por el Consejo Nacional de la Judicatura, la falta de cumplimiento de uno de estos requisitos establecido en la ley y el reglamento por parte del centro de mediación dará lugar a la cancelación y la prohibición de su funcionamiento; es decir que se debe cumplir estrictamente con lo que señala la ley.

Los centros de mediación deben contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias, es decir con la infraestructura adecuada con personal administrativo e instrumentos técnicos; así como también deben desarrollar actividades de capacitación para mediadores y deben contar con el aval académico de una institución universitaria.

El Art. 54 de la Ley de Arbitraje y Mediación, este artículo se refiere a los reglamentos de los centros de mediación que manifiesta lo siguiente:

"a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;

b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;

c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;

d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,

e) Un código de ética de los mediadores." (Ley de arbitraje y mediación, 2005: 13)

De acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación este es el contenido que deben tener los Centros de Mediación y Arbitraje para su funcionamiento, debo comentar que cada al no tener la Ley de Arbitraje y Mediación un reglamento general para su aplicación, se debe someter el conflicto al reglamento que determine cada Centro de Mediación, con lo cual considero que en su aplicación la Ley es muy débil; porque si bien es cierto que tenemos una Ley de Arbitraje y Mediación me parece que el legislador al crear la Ley se olvidó de la elaboración y aprobación del Reglamento para que sea aplicado conjuntamente la Ley y el Reglamento para el cumplimiento de todos los Centros de Mediación y Arbitraje, si existiera el Reglamento a la Ley y no que cada Centro de Mediación y Arbitraje tenga actualmente su Reglamento para su aplicación.

## Fases de la Mediación

Las fases de la mediación que se da en un conflicto enumeraré a continuación para posteriormente referirme a la culminación de la mediación, cuyas fases son las siguientes:

**Identificación del problema.**

**Análisis y elección del ámbito de resolución del conflicto.**

**Elección del mediador.**

**Recopilación de la información.**

**Definición del problema.**

**Búsqueda de opciones.**

**Reedificación de posturas.**

**Negociación.**

**Redacción del Acuerdo.**

El procedimiento de mediación concluye con la firma del acta en la que constará el acuerdo total o parcial, si ha sido posible la mediación, o por lo contrario la imposibilidad de haberlo logrado.

El acuerdo contendrá por lo menos: Los antecedentes que dieron lugar al conflicto, una descripción clara de las obligaciones que cada una de las partes tienen que cumplir, las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Este acuerdo de mediación tiene efecto de una sentencia ejecutoriada (cosa juzgada) y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, salvo las que se originaren con posterioridad al acta de mediación.

Si en este procedimiento se ha resuelto sobre alimentos del menor, el Director del Centro donde se ha suscrito dicha acta, enviará al Juzgado de la Niñez y Adolescencia correspondiente, para que éste a través del Juez sin modificar en absoluto nada de lo convenido haga cumplir en su totalidad (pensiones alimenticias fijadas) con sus consecuencias en caso de incumplimiento como es el apremio por dos meses de atraso, el Juez tiene que acatar esta disposición y cumplir lo resuelto por el Centro de Mediación.

## CONCLUSIONES

1. Todas las personas, tenemos derecho ha acudir a un Centro de Mediación para que se solucione una controversia, que a su vez sea susceptible de una mediación.
2. El mediador constituye el tercero imparcial es decir el facilitador u orientador que buscará los mecanismos para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo.
3. La mediación no se resuelve en la primera sesión que acudan las partes, debido a que es un proceso este debe llevar una agenda en la cual se debe cumplir y a la tercera o cuarta sesión se puede dar un diagnóstico de solución o no del problema.
4. Los centros de mediación brindas las comodidades del caso para que las partes se sientan en un ambiente en el que se puede llegar a solucionar el conflicto.
5. Los mediadores no son los negociadores directos o jueces que van a resolver el conflicto sino que son los investigadores que darán alternativas para que las partes de manera directa puedan resolver el conflicto.
6. En caso de no llegar a un acuerdo total de la mediación se puede acudir a otro mediador del mismo Centro de Mediación para que se continúe con el proceso o a su vez se firma el acta de imposibilidad de la mediación y las partes en conflicto pueden acudir ante la justicia ordinaria para que se sustancie el proceso y resuelva el Juez el conflicto.

## Bibliografía

*CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador 2008.

*LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador 2005

Morocho Moncayo, Jorge, *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*; Primera Edición, Impresión: Edipcentro Cia. Ltda. Riobamba; 2004.

Primera Conferencia de la Paz; La Haya 1899; Acuerdo General de la Sociedad de Naciones 1928; Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz 1936; Art. 331 Carta de la ONU 1946.

# PROBLEMAS DE LA TIPICIDAD EN LA ACTIO LIBERA IN CAUSA EN SU ESTRUCTURA BÁSICA

Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Presidente de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.*

*Doctor en Jurisprudencia, con 9 años de ejercicio profesional.*

*Maestría en Derecho Procesal Penal y Penal y un Diplomado en Derecho Constitucional.*

*Ha publicados las obras sobre la Sustanciación del proceso Penal, en tres tomos y la Falsedad documental en materia penal.*

## RESUMEN

Cuando afirma que de forma excepcional hay que imputar la acción cometida en estado defectuoso y para ello hay que valerse de la estructura del alic -actio libera in causa- que por acto libera in causa se debe entender una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto a su resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de culpabilidad. El modelo de la excepción sugiere imputar o procesar la conducta realizada en estado de defecto. El modelo de excepción lesiona el principio de dolo o culpa, en cuanto que el dolo es una cuestión de hecho. El Derecho penal del estado de Social, es un sistema de protección de la sociedad, en cuanto Derecho penal de un Estado social, debe legitimarse como sistema de protección social efectiva, lo que atribuye la misión de prevención de delitos en la medida -y solo en la medida- de lo necesario para aquella protección. El estado social legitima la intervención del estado para resolver problemas sociales, de tal suerte es como el iuss ponendi o derecho subjetivo, en mi criterio viola el principio de igualdad formal y material.

Sobre el principio de legalidad, es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley y su jurisdicción. La estructura de omisio libera in agendo es la que ofrece más problemas al modelo de tipicidad. Dicho modelo, contrario al de excepción, reprocha o imputa el resultado a la conducta o comportamiento precedente este modelo trae inseguridad jurídica, la opción de sancionar la posición de garante no claramente delimitada por la ley, genera incertidumbre, para el procesado y para quienes eventualmente ajenos a toda responsabilidad penal tengan que sufrir la atribución de una pena. Todo esto es impropio del Estado de Derecho.

**Palabras clave:** *Resultado típico, culpabilidad, comisión dolosa, sanción, dolo, omisión imprudente, delito, principio de legalidad.*

## ABSTRACT

When it is exceptionally stated that a wrong action is committed it must be imputed and for this we must rely on the (alic – actio libera in causa, Expression in Latin). This indicates an action taken by an individual in total use of his mental faculties and in a complete free and accountable condition, but that, for that particular moment the individual is incapable of guilt. The model suggests exception processing attribute or conduct engaged in default state. The exception model undermines the principle of fraud or negligence, in that fraud is a matter of fact. Criminal law and social status serve as a system of protection of society. Criminal law as a social state must be legitimized as an effective social protection system, which ascribes the mission crime prevention measure, and only in the measure, what is necessary for that protection. The social status justifies the intervention of the state to solve social problems, the (iuss ponendi, Expression in Latin), or the legal right to punish. In my opinion this violates the principle of formal equality and material.

The principle of Legality is a fundamental principle that all exercise of public authority should be subject to the will of law and jurisdiction. The structure of (omisio releases in agendo, Expression in Latin ) is what causes more trouble to the criminality model. This model, unlike the exception, complains or criticizes the conduct or outcome of the previous behavior. This particular model brings legal uncertainty, the option to punish the guarantor not clearly defined by law, creates uncertainty for legal processing. Eventually individuals unrelated to any criminal liability have to suffer penalty actions. All this is inappropriate for the rule of law.

**Keywords:** *Typical result; guilt; willful default penalty; willful; reckless omission; crime; rule of law.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 08  
APROBADO: 2015 - 05 - 21

## EN EL MODELO DE LA EXCEPCIÓN.-

Tal cual ha sostenido y preservado HRUSCHKA, cuando afirma que de forma excepcional hay que imputar la acción cometida en estado defectuoso y para ello hay que valer de la estructura del alic -actio libera in causa<sup>1</sup>; el momento que se imputa es un comportamiento no culpable sin embargo hay que imputarlo.

Pues el actio libera - en estos casos llamados actio libera in causa, lo relevante penalmente es el actuar precedente <sup>2</sup> refiere a que el autor comete en estado defectuoso ya que solo ésta acción puede considerarse libre en su causa, toda vez que ausente el estado defectuoso se concebirla libre in actu. Así entendido el modelo de excepción, bien podría afirmar que la estructura de la actio libera in omittendo comporta mayores problemas al modelo de excepción.

La estructura de omisión-acción, actio libera in omittendo, que sanciona al delito en su comisión dolosa, teniéndose en cuenta que este tiene un origen en la omisión imprudente, en mi criterio resulta no del todo justa, hay algo que no advierte conformidad de justicia.

Cuando la teoría de la excepción procesa el resultado del hecho consumado en estado de inimputabilidad de su autor, si tomamos en cuenta la estructura de los tiempos, diríamos que lo que ocurrió en el tiempo 2 es lo que se va a reprochar aun suponiendo al tiempo 1.

Pues a la acción del tiempo 2 se la tiene como una acción libre en su causa, entendiéndose a dicha causa como una acción precedente a través de la cual se logra de forma imprudente el estado de defecto.

Bien vale traer al caso un ejemplo: el hombre que padece de trastornos mentales, para cuyo efecto debe tomar medicamento, medicamento que le ayuda a evitar los trastornos. Más ocurre que un día olvido tomar el medicamento y razón ésta por la cual el trastorno se produjo.

En este ejemplo de forma meridiana se observan dos momentos. En el primero, es decir en el que el enfermo olvido

<sup>1</sup> Bien vale partir de un concepto de la actio libera in causa, para Alberto Donna: "lo que debe juzgarse es si habla capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión u omisión del acto típico. Sin embargo algunos casos dieron pie a que la doctrina desarrollara la teoría del llamado actio libera in causa, el mismo autor hace referencia a criterios dados por otros tratadistas como Maurach y Zipf, que por actio libera in causa se debe entender una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto a su resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de culpabilidad. Vale para el caso el criterio de Jescheck, expresa que se entiende como tal un comportamiento que el autor pone en marcha actuando responsablemente, pero que tan solo desemboca en una acción típica cuando aquel ha perdido la capacidad de culpabilidad. Y termina diciendo el autor. Son, pues, casos en que el sujeto provoca dolosamente, en un momento anterior al ataque al bien jurídico, su inimputabilidad absoluta. Luego, en estado de inimputabilidad provocada, ataca, como habla planeado, a un determinado bien jurídico.

Fernandez Carrasquilla, entiende a la acción libre en su causa como la preordenación que hace el agente frente a ciertos estados de inimputabilidad, es una añeja modalidad del versari in re illicita. La tal preordenación se da cuando el sujeto se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad con el fin o bajo la previsión de cometer el delito y luego delinque en ese estado. En abstracto es posible pensar que el sujeto pone de ese modo voluntariamente la causa de su estado de inimputabilidad queriendo cometer el delito o previendo la posibilidad de cometerlo: cuando se procura intencionalmente tal estado con el fin de cometer tal delito indeterminado habrá dolo y cuando, al momento de colocarse en dicha condición al menos pudo prever la posibilidad de incurrir en un delito determinado, estaría incurso en culpa o imprudencia.

A mas de tener claridad conceptual de la alic, es importante también dar cuenta del alcance de la misma, por ejemplo en el capítulo de la exclusión de la acción en derecho penal en su parte general y tan solo para advertir de la complejidad de su aplicación a cada caso en concreto, razón fundamental del presente trabajo. Verigracia de ello, la actio libera in causa con la fuerza irresistible. Mir Puig, sostiene que concurrirá una modalidad de actio libera in causa cuando, pese a haberse realizado bajo fuerza irresistible, el acto era <<libre>> en su origen por haber sido provocado por el agente en un momento anterior a la presencia de la fuerza. Si la actuación forzada fue buscada o querida anteriormente por el forzado, la fuerza no excluirá la conducta voluntaria anterior, que podrá, en su caso, realizar un tipo doloso si el sujeto aceptó la lesión última. Téngase en cuenta que querer la fuerza puede no significar en el caso concreto querer la lesión que acaba ocasionándose, supuesto en que también puede existir solamente un delito imprudente. También existirá comportamiento imputable aunque la violencia no haya sido querida, si era previsible y evitable. Sin embargo, entonces sólo podrá, en su caso concurrir un tipo imprudente. Un último criterio, a mi juicio importante que también hay que tener en cuenta en el caso y tema que convoca, es el dado por Claus Roxin, el mismo afirma que casos en que el sujeto es inimputable en el momento de la realización del resultado típico suscitan la cuestión de si el que actúa no puede ser castigado sin embargo cuando, en un momento anterior en que todavía era imputable, estableció dolosa o imprudentemente una causa de resultado. El ejemplo principal lo ofrecen los hechos cometidos en estado de inimputabilidad debida al consumo de alcohol. El sujeto se embriaga v.gr. para vencer sus inhibiciones y dar una paliza a su enemigo en estado de inimputabilidad; o imprudentemente no repara en que durante la embriaguez empleara violencia sobre su amigo. En la jurisprudencia. Y la doctrina científica existe amplio acuerdo sobre que en el primer caso se debe castigar por lesiones dolosas y en el segundo por lesiones imprudentes. Se ha impuesto también para una conducta punible de esa índole la denominación "actio libera in causa" (a.l.i.c.): una acción libre en su causa. Sin embargo se discute la cuestión de cómo se puede fundamentar jurídicamente este resultado.

El problema es antiguo y se trata ya en Tomas de Aquino y Putendorf. Sobre la fundamentación de la a.l.i.c. disputan sobre todo dos opiniones: el "modelo de excepción" y el "modelo del tipo".

Donna, Edgardo. Teoría del Delito y de la Pena.- Tomo I.- 2da edición.- Editorial Astrea, pag. 250

Fernandez Carrasquilla, Juan.- Derecho Penal Parte General. Teoría del delito y de la pena.- Editorial Rozafra, Vol I, pag. 371 y 372

Mir Puig, Santiago.- Derecho Penal Parte General. 9na edición, Editorial Repertor, pag. 222

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General. Fundamentos, La estructura del delito. Editorial Civitas, 2da edición. pg. 850

<sup>2</sup> Muñoz Conde, Francisco.- Derecho Penal Parte General.- Séptima Edición. Editorial Tirran lo Blanch. pg. 217



de forma imprudente tomar el medicamento, en este momento se origina una omisión imprudente. El segundo momento, es en el cual al no haberse tomado el medicamento el trastorno ocurrió y en esas circunstancias, el enfermo acomete una acción dolosa agrediendo al sujeto pasivo causándole lesiones corporales.

En el ejemplo referido, el modelo de la excepción sugiere imputar o procesar la conducta realizada en estado de defecto. A esto es precisamente lo que me refería en las líneas que hacen parte del génesis del presente trabajo, es evidente que el modelo de la excepción imputa como delito doloso a una conducta que tiene los matices de la imprudencia. El sujeto activo en un primer momento cometió imprudencia de olvido (olvido que dicho sea de paso también es cuestionado por la doctrina minoritaria, en cuanto a considerar al olvido como conducta imprudente), luego en un segundo momento actuó con dolo, dolo ya viciado en el tiempo uno.

A mi juicio, el modelo de excepción lesiona el principio de dolo o culpa, más allá de lo que haya declarado el Tribunal Europeo, en cuanto que el dolo es una cuestión de hecho, cuando tratadistas como Silva Sánchez ha sostenido que el dolo es una cuestión de parte valorativa. En este sentido la valoración subjetiva de la conducta y del hecho mismo resultante de la conducta esta desencadenado de dos momentos, pues el acto doloso no es posible sin el acto de imprudencia, el sujeto activo resulta tener más conciencia de la imprudencia que del dolo mismo.<sup>3</sup>

El Derecho penal del estado de Social, es un sistema de protección de la sociedad, en cuanto Derecho penal de un Estado social, debe legitimarse como sistema de *protección social efectiva*, lo que atribuye la misión de prevención de delitos en la medida –y solo en la medida- de lo necesario para aquella protección.<sup>4</sup> El estado social legitima la intervención del estado para resolver problemas sociales, de tal suerte es

como el *ius ponendi* o derecho subjetivo, en mi criterio viola el principio de igualdad formal y material.

La justicia material no plasma la equidad que debe entreverse entre el autor o agente activo, el delito y la sanción. El modelo de excepción no asegura la vigencia de la prevención de la intimidación como tampoco la positiva. Resulta también casi lógico pensar que si se perturban elementales principios del estado de derecho, pues la imputación subjetiva, arriba ya aludida, como contenido del principio de culpabilidad resultan también rebasados en sus límites al enervar la naturaleza conceptual del dolo y la culpa o imprudencia.

El principio de legalidad, que en materia penal tiene una norma primaria creada para sus destinatarios<sup>5</sup> como obedientes del orden jurídico, en abstenerse a consumir supuestos de hecho con dolo o con culpa y por el cual han de sufrir una consecuencia jurídica de punibilidad, queda en ciernes.

Sobre el principio de legalidad<sup>6</sup> se asienta el de seguridad jurídica -la legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley y su jurisdicción, por ejemplo el estado esta sometido a la constitución y las leyes y precisamente esta es la razón por la que se afirma que el principio de legalidad establece seguridad jurídica, el derecho esta formado por principios y valores que permiten que el orden jurídico garantice la seguridad jurídica-<sup>7</sup> y sobre este el estado de derecho. Así el destinatario se encuentra a la deriva de incertidumbre de punibilidad frente a su conducta.

Resulta diáfano que frente a los casos de *actio libera in omittendo*, frente a los casos omisión imprudente-comisión dolosa; el modelo de excepción plantea serias dificultades.

3 Fernández Carrasquilla, sostiene que la teoría de la *a. i. c.* es impracticable frente al dolo, en los delitos comisivos, porque el dolo no se puede presumir y por definición implica un control voluntario de la causalidad por las propias acciones, control que se pierde si el sujeto logra ponerse en estado de trastorno mental transitorio. Frente a la culpa, la teoría es innecesaria, pues si el sujeto está en imprudencia frente a un resultado posible de su estado de alteración de la conciencia, no se necesita para nada la doctrina de las *a. i. c.* Y frente a los resultados fortuitos, imposible pensar que resulten objetiva o subjetivamente imputables simplemente porque el sujeto se ha puesto de modo voluntario en estado de conciencia alterada. Fernández Carrasquilla, Juan.- *Derecho Penal Parte General. Teoría del delito y de la pena.* - Editorial Ibañez, Vol I, pag. 377.

El maestro Edgardo Donna, manifiesta que la *actio libera in causa* siendo dolosa y culposa, es el caso doloso el que ofrece dudas a la doctrina. A criterio de mentado tratadista la tesis del ámbito de *a. i. c.* es amplia y abarca todos los ámbitos del delito. Donna, Edgardo.- *Teoría del Delito y de la Pena.* - Tomo I.- 2da edición.- Editorial Astrea, pag. 252

Otro criterio en igual sentido es el expresado por Reinhart Maurach, cuestiona a la *actio libera in causa*, afirmando que el problema no solo es de exclusión de capacidad de imputabilidad, aun cuando su campo de de aplicación práctica más importante reside en este problema; al contrario, objeto de referencia idóneo de la *actio libera in causa* es todo elemento constitutivo del delito, en especial la propia capacidad de acción. Para ello trae al caso un ejemplo: La enfermera que ingiere una fuerte dosis de somníferos y que, en consecuencia, duerme profundamente en el instante en que se deba suministrar la correspondiente inyección a un paciente, no solo se ha hecho incapaz de imputabilidad, sino incluso incapaz de acción. Maurach, Reinhart.- *Derecho Penal Parte General.* - Tomo I. Editorial Astrea, pag. 622

4 Mir Puig, Santiago.- *Bases Constitucionales del Derecho Penal.* - 1ra edición, 2011. Editorial Iustel, pg. 19

5 Kelsen, Hans.- *Teoría Pura del derecho.* - Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición 1934. Editorial Trotta. Pg. 25  
Mir Puig, Santiago.- *Derecho Penal Parte General.* 9na edición, Editorial Repertor, pag. 61

Silva Sánchez, Jesús.- *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* - Segunda edición. Editorial IB de I, pg 506

6 Silva Sánchez, Jesús.- *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* - Segunda edición. Editorial IB de I, pg 401

7 González Fernández, Juan José.- *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica. Artículos doctrinales*



Imagen: Alexander Raths. 123rf.com

## EN EL MODELO DE LA EXCEPCION.-

De las cuatro modalidades de la estructura de la imputación in causa (actio libera in agendo, actio libera in omittendo, omissio libera in agendo y omissio libera in omittendo) **A mi juicio la estructura de omissio libera in agendo es la que ofrece más problemas al modelo de tipicidad.** Dicho modelo, contrario al de excepción, reprocha o imputa el resultado a la conducta o comportamiento precedente, es decir si nos ubicamos en los tiempos que se hablaron, nos encontramos en el tiempo 1 y en el cual se entiende esta la acción. Así se procesa un delito de acción y no de omisión. Resultan involucrados como agentes responsables quienes intervinieron en el tiempo 1 sin perjuicio de que tengan o no posición de garante y por tal asuman el deber objetivo de cuidado en evitar el resultado lesivo. Cuando se dice que todos tendrán responsabilidad se corre el riesgo de implicar a personas que no tienen posición alguna de garante en un delito del cual se dice es omisivo.

El ejemplo que a continuación se trae al caso, pondrá de manifiesto lo explicado: Una madre es tentada por sus amigos a drogarse, en efecto acepta la droga y se droga en compañía de sus amigos, y en ese estado del efecto de la droga olvida dar el medicamento al hijo menor de edad, gravemente enfermo, en consecuencia de ello, muere el hijo.

En este caso, el modelo de la tipicidad termina procesando tanto a la madre como a sus amigos. Si se analiza quien tiene la posición de garante frente al niño, es indiscutible que los amigos no responden a ninguna posición de garante. Esta solución plantea serios problemas que ha hecho que el modelo de la tipicidad de un paso atrás para permitir el tránsito del modelo de la excepción donde se sancionaría en el tiempo 2, es decir por una omisión teniendo en cuenta la posición de garante tan solo de la madre, quien por su condición de madre asume el deber de cuidado en posición de garante de protectora y madre del menor.

En las lecturas que he realizado a varios artículos y obras que tratan el tema, doy cuenta que, la infracción de la prohibición del mandato legal, es el fundamento de la imputación del resultado al momento en que se provocó el estado de defecto, es decir tiempo 1.

**En mi opinión,** este modelo viola el principio de dolo y culpa y la misma imputación subjetiva, por cuanto el hecho mismo generado en el tiempo 1 no tiene claridad en cuanto al resultado del tiempo 2. Es claro que la conducta de drogarse genera un peligro frente al bien jurídico del hijo, sin embargo dicho riesgo no genera claridad en haber sido rebasado con dolo, se deja de lado las circunstancias fácticas ocurridas con anterioridad a la conducta de la madre respecto del menor, en tanto que no toda enfermedad es mortal, en veces requiere de un proceso. **Me pregunto** cuál sería la imputación que se haría en este modelo, si muerto la víctima mediante examen médico legal se infiere que la causa de la muerte es una que por más que el medicamento hubiera sido dado el niño moriría. En que queda la conducta de la madre, en una tentativa. Cuando se parte de que la conducta de la madre es dolosa al buscar dolosamente el pretexto de la droga para matar al hijo, el problema está en encontrar el hecho que sustente el dolo como ha dicho el Tribunal Europeo.

Sin duda este modelo trae inseguridad jurídica, la opción de sancionar la posición de garante no claramente delimitada por la ley, genera incertidumbre para el procesado y para quienes eventualmente ajenos a toda responsabilidad penal tengan que sufrir la atribución de una pena. Todo esto es impropio del Estado de Derecho. La concepción ontológica de la conducta también complicaría aún más.

**Bibliografía:**

Donna, Edgardo.- Teoría del Delito y de la Pena.- Tomo I.- 2da edición.- Editorial Astrea, pag. 250

Fernández Carrasquilla, Juan.- Derecho Penal Parte General. Teoría del delito y de la pena.- Editorial Ibañez, Vol I, pag. 371 y 372.

Mir Puig, Santiago.- Derecho Penal Parte General. 9na edición, Editorial Repertor, pag. 222

González Fernández, Juan José.- Una aproximación a los principios de seguridad jurídica. Artículos doctrinales

Mir Puig, Santiago.- Bases Constitucionales del Derecho Penal.- 1ra edición, 2011. Editorial Iustel. pg. 19

Kelsen, Hans.- Teoría Pura del derecho.- Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición 1934. Editorial Trotta. Pg. 25

Mir Puig, Santiago.- Derecho Penal Parte General. 9na edición, Editorial Repertor, pag. 61

Muñoz Conde, Francisco.- Derecho Penal Parte General.- Séptima Edición. Editorial Tirant lo Blanch. pg. 217

Silva Sánchez, Jesús.- Aproximación al derecho penal contemporáneo.- Segunda edición. Editorial IB de f, pg 506

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos, La estructura del delito. Editorial Civitas, 2da edición. pg. 850

Cerezo Mir, José. Derecho Penal Parte General. Editorial IB de f. pg.197

Mercedes Alonso Alamo.- La acción libera in causa. ADPCP, Madrid 1989, pg. 55 y ss.

Díaz Pita, María del Mar.- Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho. – Editorial Tirant Monografías, pg. 66 y ss

Mir Puig, Santiago.- Estado y Pena.- Editorial IB de f 2006. Pg.97

Jackobs, Günther.- Derecho Penal, Parte General.- Segunda Edición. Corregida.- Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997.



# LA INTERCONEXIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES

Dra. Phd. Ana Abril Olivo

*Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales. Universidad Central del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones. Universidad Andina Simón Bolívar. (UASB). Magister en Derecho Económico.(UASB). Doctora en Derecho (UASB). Actualmente además de desempeñarse como docente de la Carrera de Derecho, funge como Directora del Instituto Superior de Investigación y Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador*

## RESUMEN

El sector de las telecomunicaciones se nutre de un componente trascendental que permite que toda la información transite libre y eficazmente por la Red: es la interconexión entre todos los operadores y proveedores de servicios, gracias a ella se hace efectiva la garantía de una comunicación completa entre los usuarios y de acceso a todos los servicios; y desde lo jurídico, se obtiene una nueva dimensión del derecho a la libre expresión, comunicación e información, porque el ciudadano del mundo exige una comunicación masiva, global y a bajo costo.

Las telecomunicaciones nacieron siendo un espacio monopólico del estado, en el cual se mantenía la unidad de la red porque el objetivo era mantener su hegemonía en el ámbito de su cobertura. Pero los conceptos económicos evolucionaron en el mundo y alcanzaron también a las telecomunicaciones, para lograr la apertura de los mercados a partir del concepto de la competencia, como el elemento fundamental del libre mercado, lo que es posible alcanzar a través de la interconexión. La meta final de la interconexión es permitir la unidad funcional de las redes de telecomunicaciones para la satisfacción plena del usuario final.

**Palabras clave:** *Telecomunicaciones, Interconexión, Competencia, Información, Redes.*

## ABSTRACT

The telecommunications sector thrives on a major component that allows all the information transits freely and effectively by the Network: the interconnection between all operators and service providers, because it is the guarantee of a complete communication users and access to all services; and from the law, a new dimension of the right to free expression, communication and information is obtained, because the citizen of the world requires a massive, comprehensive and inexpensive communication.

Being born telecommunications as monopoly state space where the network drive was kept because the goal was to maintain its hegemony in the area of coverage. But economic concepts evolved in the world and also reached to telecommunications, to achieve open markets based on the concept of competition, as the fundamental element of the free market, which can be achieved through the interconnection. The ultimate goal is to enable the interconnection of the functional unit of the telecommunications networks to the full satisfaction of the end user.

**Keywords:** *Telecommunications, Networking, Competition, Information Networks.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 08  
APROBADO: 2015 - 05 - 21

## La competencia

El modelo económico dominante en la actualidad es el del libre mercado, cuyo núcleo y fundamento es la competencia, que constituye la suprema expresión de la libertad de empresa, entendida como la garantía que coadyuva al desarrollo de la economía de mercado y, consecuentemente de la productividad.

En términos generales, la competencia implica la facultad que tienen para concurrir al mercado, los productores de bienes o prestadores de servicios a poner los a disposición de los clientes, usuarios y consumidores; mientras estos concurren a adquirirlos buscando sus mejores manifestaciones, que satisfagan su necesidad a precios asequibles. Así resulta que si bien se entienden de modo simple y claro las generalidades de la competencia, las políticas que se dictan, protegen valores expresados de diferentes modos, que están de acuerdo con la orientación jurídicoeconómica de cada Estado y Gobierno, manteniendo generalmente incólume la protección de bienestar del consumidor que es en definitiva el bien jurídico protegido (Miranda, 1999:30).

Respecto de la construcción de un concepto jurídico de competencia, como lo explica el Dr. Luis Guillermo Vélez (Vélez, 1999:125-128) se debe tener en cuenta que su contenido tiene siempre un fundamento económico. La competencia en estricto sentido jurídico se la define de la siguiente manera:

Competencia es la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela, también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad de un sujeto de la actividad de otro (Frisch & Mancebo. Citado por Vélez, 1999:18).

a) de defensa de la competencia, orientado al análisis del control y regulación de las prácticas restrictivas de la competencia y que en USA se denomina "Derecho antimonopolístico".

b) Derecho contra la competencia desleal.

Derecho de La competencia requiere guardar un equilibrio entre dos aspectos que son inmanentes a su existencia: por una parte, tiene un claro efecto autodestructor cuando genera efectos de desaparición de las empresas menos eficaces, mientras que por otra parte penaliza a aquellas otras que han logrado crecer y ser eficientes bajo el fantasma denominado monopolio, holding o trust. El ideal de competencia se alcanza cuando se logra el equilibrio entre los mencionados aspectos.

Para tratar la competencia, desde el punto de vista del Derecho, es necesario remitirnos a su alcance, que se desprende del conjunto de normas que tratan sobre las actividades económicas y actos de producción de bienes y servicios ofrecidos en el mercado y destinados al consumo. Estas normas son fundamentalmente las que se refieren a derechos reales y a obligaciones y contratos, pero al mismo tiempo no son la simple concepción de las cosas involucradas o de la licitud o ilicitud de las relaciones jurídicas, como se desprendería de lo manifestado, sino que versan sobre una institución jurídica especial diferente del derecho general, de contenido propio que parte de la calidad de libre que tiene la competencia y del consentimiento y voluntad de los privados, pero concebido para proteger primero, el interés público inmerso en la actividad competitiva y segundo, la preservación de esa misma actividad, con cuyo objetivo instituye obligaciones de no hacer.

Así conceptualizado el Derecho de la competencia, como las normas que tratan sobre las actividades económicas y actos de producción de bienes y servicios para proteger y preservar el interés público inmerso en la competencia del libre mercado mediante obligaciones de no hacer a favor de consumidores o empresarios y a cargo de personas que ejecutan actos comerciales atentatorios de la existencia de la competencia y su libre desarrollo, abarca un amplio campo de diversos ámbitos jurídicos, para cuya mejor comprensión, me permito agruparlos en tres partes, aclarando que pueden haber otras clasificaciones que pueden contener diferencias según sea el fundamento para su agrupación:

c) Derecho defensa al consumidor que incluye la tutela del consumidor y la protección contra el engaño.

d) Restricciones:

- Monopolios legales.
- Derechos de autor.
- Marcas, patentes y registro.



rediseño de los sistemas regulatorios, conservando siempre los objetivos finales que son: por una parte, la garantía de la libre competencia que requiere que el marco regulatorio le otorgue la seguridad jurídica para el mantenimiento y supervivencia del mercado, que sea capaz de preservar como prioridad el servicio al usuario final; y, por otra parte para tutelar que el servicio, ahora prestado por particulares o privados, llegue a esos segmentos a los cuales no llega el mercado, pero que tienen una connotación jurídica trascendente por su contenido de necesidad social o interés general.

El servicio público ha sido tradicionalmente concebido en conjunción con el sistema monopólico, cuando el Estado ha ejecutado sus acciones para satisfacer las necesidades sociales o de interés general. A partir de la liberalización del mercado, la explotación de los servicios fueron transferidos a la iniciativa y propiedad privada, sin embargo aquellos que se consideran básicos para la sociedad siguen manteniéndose bajo la calificación de servicios públicos, tal como sucede con las telecomunicaciones, para garantizar su permanencia y continuidad, así como la sujeción a la acción regulatoria a todos los lugares en los cuales no funciona el mercado o existen distorsiones. Esta posibilidad de acceder a las diferentes formas de comunicación es vital para los ciudadanos del mundo que reclaman el derecho de incorporarse masivamente a la sociedad de la información. En el Ecuador, tenemos una curiosa realidad generada por la falta de disposición expresa en la ley de la materia, que no ha podido ser reformada en el Legislativo y se mantiene desde 1995, con algunas modificaciones; sucede que la disposición constitucional de que las telecomunicaciones son un servicio público ha sido limitada a través del Reglamento General a la ley que puntualiza de modo expreso que tiene la calidad de servicio público únicamente la telefonía fija local, nacional e internacional y retira, consecuentemente, del servicio público a la telefonía móvil y al servicio portador.

Al Derecho de telecomunicaciones le corresponde encontrar las soluciones que permitan la adecuación de esta nueva realidad económica producida en el mercado liberalizado, con las instituciones jurídicas para alcanzar la articulación con los principios y contenidos comunes del Derecho. Deberá entonces, recoger positivamente las necesidades de un mercado imperfecto para incluir los fundamentos y procedimientos en el marco normativo.

En lo específico del servicio a esos lugares a donde no llega el mercado, debo manifestar que se cumple a través de la denominada universalidad del servicio que incluye tanto al servicio universal como al acceso universal, sobre los que me permito aclarar, siguiendo el criterio de la Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones<sup>2</sup>, que el servicio universal es el mantenimiento y provisión de disponibilidad de la conexión desde cualquier hogar a las redes públicas de telecomunicaciones, mientras que el acceso universal se restringe únicamente al acceso a un teléfono público en cualquier centro comunicatorio de teleservicios. La normativa del Ecuador recoge estos conceptos en el Reglamento del Fondo para el desarrollo de

las Telecomunicaciones en áreas rurales y urbano marginales<sup>3</sup>, FODETEL.

En el entorno de mercado, donde los operadores tienen la obligación de inter-conectarse para cumplir con los postulados de la competencia, la prestación del servicio universal debe ser objeto de especial solución regulatoria, especialmente en lo referido a la definición y a su financiamiento.

La definición depende básicamente de cada país, que generalmente tiene en cuenta el aspecto económico que es el que permite una mayor o menor inclusión de servicios en la prestación del servicio universal, siendo evidente que los países industrializados tendrán la posibilidad de ofrecer a título de universalidad mejores y más completos servicios, mientras que los países en vías de desarrollo deberán circunscribirse a ofrecer el acceso universal.

Sobre el financiamiento, la competencia podrá hacerse efectiva siempre que se clarifique la posición del Estado, asumiendo el costo del servicio universal. Países industrializados han demorado la efectividad de la competencia por no establecer debidamente el costo del servicio universal que puede llegar a convertirse en una carga adicional para los operadores establecidos, como ha sucedido en España, en donde la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones ha debido intervenir para fijar el método de evaluación del costo neto de este servicio. Si bien los economistas y expertos del Sector han expresado una abierta oposición a la existencia de subsidios, criterio que es recogido repetidamente por la legislación ecuatoriana, se le considera uno de los caminos para viabilizar el financiamiento. Otros países orientan sus enfoques a soluciones diversas como son: Reformas basadas en el mercado, imposición de obligaciones de contribuir al servicio, compensaciones por déficit de acceso, conformación de un fondo de universalidad.

En el Ecuador es una realidad la necesidad de transparentar el mercado a partir de la ausencia del rebalanceo tarifario, que permite la existencia de subsidios cruzados a despecho de expresas disposiciones legales y reglamentarias que la prohíben. En este momento de entrada gradual de nuevos operadores le corresponde al Estado, a través de sus organismos de regulación asumir el reto de sincerar las cuentas por concepto de servicio universal, propiciando el desarrollo y madurez del mercado. Lo contrario significaría dejar que los operadores establecidos disminuyan apreciablemente su capacidad de competir por soportar una carga mayor que los entrantes, y lo que es más grave, que vayan mermando en el tiempo su capacidad financiera con impredecibles consecuencias para su permanencia, tal como ha sucedido con la Compañía Telecom de Colombia. Como se puede apreciar, la cobertura del subsidio al servicio universal es trascendental, habida cuenta que, abierta la competencia, ésta se producirá básicamente en la larga distancia, porque el servicio universal se da en el servicio local y se producirá en muy corto plazo el descreme del mercado<sup>3</sup>. El régimen de competencia será posible solo si se establece con claridad quién y en qué medida van a correr con estos gastos.

<sup>2</sup> Unión Internacional de Telecomunicaciones (Oficina de Desarrollo de las Tc), *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, Toronto, Hank Hintven, McCarthy Tétrault, noviembre de 2000 [hinven@mccarthy.ca], pp. 61 y ss.

<sup>3</sup> Unión Internacional de Telecomunicaciones (Oficina de Desarrollo de las Tc), *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, Toronto, Hank Hintven, McCarthy Tétrault, noviembre de 2000 [hinven@mccarthy.ca], pp. 61 y ss.



## La normativa en el Ecuador

En el Ecuador el modelo económico según la declaratoria constitucional contenido en el art. 244 es:

*un sistema social de economía de mercado, dentro del cual al Estado le corresponde promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionan conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen (art. 23, num. 16.)*

Sin embargo, el enunciado constitucional de que el Estado promoverá los mercados competitivos carece del marco legal correspondiente, pues los proyectos de *Ley de Defensa de la Competencia* presentados al Congreso Nacional para su promulgación fueron finalmente recogidos en un solo cuerpo normativo que al cumplir su procedimiento en el nivel ejecutivo recibió un veto total, lo que le imposibilita volver a discutirse hasta dentro de un año, plazo que cumplido, permitirá la habilitación de un nuevo intento para tener esta norma.

La realidad en el Ecuador es que aún no se ha desarrollado el Derecho de competencia, ni el Derecho contra la competencia desleal, dentro de los que tienen parte fundamental el tratamiento y potencial enfrentamiento a los *acuerdos y prácticas restrictivos y la competencia desleal*, ni uno ni otro aún han sido instituidos legalmente y por lo tanto no tienen una práctica jurídica. La razón, la ausencia efectiva de las normas que protejan y promuevan la libre competencia y concurrencia de los agentes económicos mediante el control, regulación y sanción a las conductas anticompetitivas y las restricciones que obstruyan o restrinjan las libertades económicas. Lo que si tenemos dentro del ordenamiento es la tutela de los derechos del consumidor a través de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*.

Así resulta que la competencia en el Ecuador está soportada legalmente solo en cuanto se refiere al consumidor, faltando lo que se refiere en términos generales, a la defensa de la competencia y contra la competencia desleal.

Con la fundamentación constitucional mencionada, y debido a la influencia de una permanente evolución que le confiere el aspecto técnico, en el Sector de las Telecomunicaciones, se dictó una norma mandatoria para que todos los servicios de telecomunicaciones se brinden en régimen de competencia, dictada después de permanecer casi cuatro años en un periodo de *exclusividad temporal y regulada*. La mencionada disposición sin embargo, no está dada por la Ley Especial de Telecomunicaciones que no ha podido ser reformada, como ya he mencionado, por falta del necesario acuerdo político en el legislativo, sino por una reforma que consta en la *Ley para la Transformación Económica del Ecuador* de 13 de marzo de 2000. Sin embargo, la declaratoria legal aún no ha sido ejecutada totalmente, porque estamos viviendo la siguiente fase a la de los concursos para la adjudicación de concesiones y consiguientes títulos habilitantes, que es precisamente la negociación previa a la implementación de los convenios de interconexión de las operadoras entrantes. Es decir, que hay una declaratoria de competencia de *jure*,

con la última prolongación del monopolio legal de facto en las operadoras telefónicas establecidas.

Esta norma legal que transforma el sistema económico de las telecomunicaciones incluyéndolo en el régimen de la libre competencia, dio lugar a la reforma de varias normas reglamentarias que contienen las disposiciones para aplicar los principios de competencia en los diferentes servicios, que prohíben ciertas conductas que restringen o falsean o pretenden falsear la competencia.

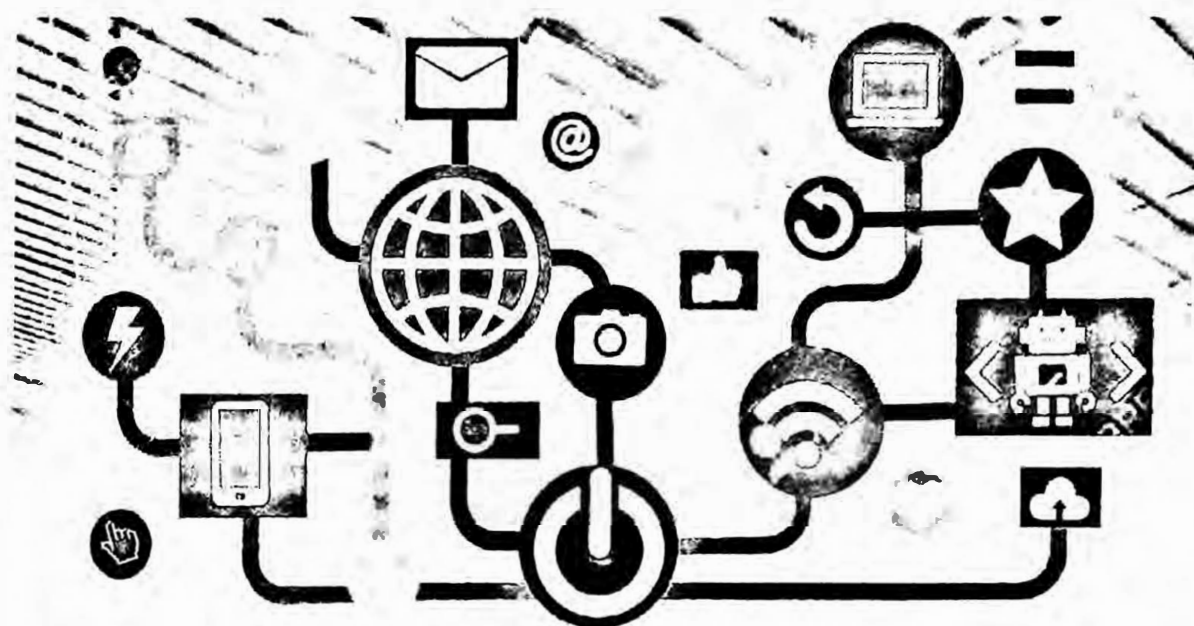
Para posibilitar la aplicación de la *Ley Reformatoria de la Ley Especial de Telecomunicaciones*, el Ejecutivo expidió el Reglamento General a la Ley, publicado en el R.O. 404 de 4 septiembre de 2001, que incluye varios capítulos referidos a los principales aspectos de la competencia como son: el *régimen de competencia*, el régimen del servicio universal, el régimen del operador dominante, el régimen de interconexión y la obligatoriedad de la conexión e interconexión. Igualmente se expidió por parte del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, el Reglamento de Interconexión, publicado en el R.O. 481 de 26 de diciembre de 2001, que contiene disposiciones que recogen los principios universales que consideran a la interconexión una obligación del operador establecido por su calidad de elemento clave en el desarrollo funcional de todo el sector.

La fundamentación para esta obligación legal de otorgar interconexión es la necesidad de asegurar que la competencia entre operadores se dará en igualdad de condiciones, sin que la propiedad de la red constituya una ventaja para el establecido ni pueda convertirse en una barrera de entrada. Esto, porque el régimen en el Ecuador permite que esta red del ex monopolio sea de propiedad privada.

Este cuerpo reglamentario establece principios de obligatoria observancia para todos los operadores. De entre estos principios, es necesario anotar el de la *Neutralidad: ningún prestador podrá abusar de su posición de mercado o de sus condiciones particulares para imponer condiciones de mayor ventaja en detrimento de sus competidores u otros prestadores*. El mandato reglamentario es claro en contra del abuso de posición dominante, cuando se orienta a favorecer a determinado operador, perjudicando a otros competidores.

Otra norma que contiene una disposición para garantizar que no habrá abuso de posición de dominio es la de que *las redes de telecomunicaciones deberán adaptarse al concepto de arquitectura de redes abiertas, entendiéndose por tal la obligación del prestador solicitado de permitir el uso eficiente de su red por parte de los prestadores solicitantes, bajo parámetros tecnológicos que posibiliten el acceso y la interoperabilidad de las redes*. En este caso, la norma prevé que el abuso puede generarse a partir de la utilización de una determinada tecnología, por lo que se dispone que la arquitectura debe tender a las redes abiertas que no se amarran a un protocolo.

Bajo idéntico análisis, también es objeto de la prohibición la imposición del dueño de la red para limitar o condicionar el diseño de la red del entrante. En estas dos últimas disposiciones, el Reglamento de Interconexión cristaliza el



Fotografía: Robert Churchill, 123rf.com

principio básico de la *red abierta* para garantizar la apertura real y efectiva.

Así mismo, el Reglamento garantiza la competencia imponiendo al operador dominante dueño de la red pública, el otorgamiento de la co-ubicación y acceso a la infraestructura civil a favor del entrante. La co-ubicación es el espacio físico y los servicios auxiliares que solicite el entrante para interconectarse. El acceso a la infraestructura incluye duetos, postes, pozos, derechos de vía, bajo la única condición de que sea técnicamente viable, que exista disponibilidad, que no interfiera en la prestación del servicio del establecido y que no altere su plan de expansión. Estas expresiones de la prohibición también contienen la prevención contra un potencial abuso de posición de dominio que nace igualmente de la propiedad de la infraestructura del dominante.

Para finalizar las prohibiciones de abuso de posición de dominio, el Reglamento establece la obligación al operador interconectante de otorgar el acceso a su red, por lo menos con la misma calidad que tiene para sí mismo o a las empresas relacionadas o a terceros.

En definitiva, el Reglamento sigue el camino de los principios generales de la interconexión que deben ser aplicados a los contratos:

- A acceso igual, cargo igual (principio de igualdad).
- No discriminación.
- Neutralidad.
- Transparencia.
- Unidad funcional de las redes.
- Proporcionalidad.
- Consensual.
- Oneroso.
- Bilateral.
- Sinalagmático.

## La obligación de contratar y la dirimencia vinculante del regulador

A partir de estos antecedentes y en el entendido de que la interconexión es la clave para el desarrollo del mercado y para la innovación de la tecnología, la regulación debe asegurar el funcionamiento integral del sistema, mediante el establecimiento de una serie de obligaciones, revistiendo el carácter de principal la que se refiere a la suscripción de los convenios o acuerdos. Si esta institución es tratada en forma inadecuada por la regulación, implicará un alto costo financiero y de retroceso técnico, además de que tiene suficiente implicación como para detener al proceso de la apertura y para generar costos adicionales para los operadores, proveedores, inversionistas, consumidores y en definitiva para la economía nacional.

De este panorama trasciende la importancia de contar con un regulador independiente, imparcial, preparado y con reconocida competencia, para que a la hora de tomar decisiones, se garantice el equilibrio del sector, cuando se atiende en debida forma el interés general, de los operadores y del Estado. Mención aparte merece la cualidad de la honestidad que debe estar presente en todo funcionario y más en los representantes del organismo de regulación, cuando están investidos de la autoridad para dictar y ejecutar las políticas del Estado en relación a las telecomunicaciones.

Los estudios realizados por la *ur<sup>4</sup>* en la mayoría de los países indican que la interconexión constituye el tema de mayor importancia a partir del cual se puede desarrollar o no un mercado abierto en telecomunicaciones. Así aparece del tratamiento que ha tenido, en la mayoría de los países europeos en los que ha constituido un problema profundamente controversial; igualmente los países de Asia-África coinciden en señalar que el tema es de alta trascendencia para la regulación; mientras que en los países de bajo desarrollo competitivo, como son los países árabes y de América, el criterio en un 20 y 30%, respectivamente, es que la interconexión es una prioridad para el regulador.

Como ha quedado anotado, la primera manifestación de la libertad de mercado es la libertad de contratar, que tiene como técnica jurídica el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pero, en telecomunicaciones se ha impuesto regulatoriamente la obligación de contratar, es decir, que hay una disminución de la autonomía de la voluntad. Este aspecto se explica porque con esta limitación de la voluntad contractual se da paso a la garantía de la igualdad para competir. Lo contrario significa que se contrate únicamente con operadores o privados escogidos mediante decisiones voluntarias, o no se ejecute por el poco interés de los establecidos de compartir el mercado y consecuentemente, de no hacer fácil el ingreso a sus competidores. La limitación de la voluntad contractual aparece también en los aspectos que reglamentariamente son objeto de disposiciones concretas que deben ser cumplidas por las partes; aquí se debe anotar que siempre serán mejores las normas que se

dan ex ante, que cualquier pauta que se pretenda imponer *ex post*. La segunda modalidad más bien puede tener cabida a través de mecanismos de solución de controversias o de instancias previstas por las normas de competencia si no ha existido acuerdo en la negociación directa.

En lo relativo a la intervención del regulador, los propios organismos y los expertos convergen en el criterio de que siempre será positiva si se da *ex post*, bajo la convicción de que el contenido de los acuerdos es muy complejo, de que son los propios operadores los que mejor conocen sus aspectos financieros, técnicos y operativos y de que si la participación del organismo regulatorio es inadecuada acarrearía costos muy altos para el sector.

La limitación de la voluntad contractual se da entonces, en la selección de la contraparte y en la imposición de disposiciones para garantizar la competencia a través de normas dictadas. Los potenciales acuerdos son el resultado de la acción regulatoria cristalizada en un texto, en el que poco influirá la autonomía de la voluntad, tanto más que si en la negociación no han podido concertar los participantes en un plazo determinado, que en la normativa del Ecuador es de sesenta días, los dos o uno de ellos puede acudir al regulador a solicitar su intervención para dirimir sobre los aspectos que aún no hayan concluido.

En estos casos, el organismo regulador intervendrá, de acuerdo al ordenamiento de telecomunicaciones, mediante una potestad administrativa de poder máximo que sustituye el acuerdo que debió existir entre los operadores, para expedir dentro de los lineamientos establecidos por la ley, la resolución con un contenido que será vinculante para las partes y que producirá el objetivo proseguido de asegurar la interconexión como principio sustentador del sistema de competencia. Se hace evidente que el efecto que se persigue es el cumplimiento de la obligación de interconectar, a partir de la imposición legal que pretende no librar a la voluntad de los contratantes la ejecución del elemento clave para el establecimiento del mercado, concretado en la interconexión<sup>5</sup>.

Este principio de vinculación es reconocido positivamente en los ordenamientos de telecomunicaciones; tal sucede también en nuestra normativa, como he dejado anotado en los Reglamentos General a la Ley y de Interconexión.

La intervención del regulador además tiene las características de ser subsidiaria y dirimente. Subsidiaria porque tiene lugar en ausencia del acuerdo de las partes, en los plazos determinados por la norma, o en caso de que determinadas cláusulas se consideren violatorias de las disposiciones regulatorias vigentes. Es dirimente porque su resolución obliga a las partes a resolver sus diferencias, aceptándolo, lo que le otorga la calidad de la dirimencia. Aquí bien cabe una segunda reflexión para establecer que las normas regulatorias en telecomunicaciones parece que se alejan de los principios generales de la administración pública, que debe estar orientada al cumplimiento de la ley y a velar por el interés general, pero no a resolver los

4 Hank Intven, McCarthy Tétrault, *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones, Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones (BOT) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ur)* y el InfoDev (Fondo del Banco Mundial), Washington D.C., 2001, pp. 3

5 José María Chilón, "Contenido de la acción regulatoria, el acceso y operatividad en el mercado, Régimen de acceso e Interconexión", documento preparado para el Organismo de Regulación de la República Dominicana, mayo de 2003.

intereses de los operadores, que devienen en particulares, pugnando por la mejor solución a sus intereses privados. Cabe entonces, centrar la intervención del regulador dentro de la estricta esfera de la dirimencia para salvaguardar el interés general que es su razón de ser.

## Comentarios sobre el estado de la interconexión en el Ecuador

Como he manifestado, el estado actual del sector es de una declaración de *jure* de apertura a la libre competencia, con un estado posterior de entrada de operadores al mercado de la telefonía fija, mediante el otorgamiento de los respectivos *títulos habilitantes* por parte del regulador. Y como corresponde a la fase establecida por la teoría de los expertos en el sector, se están ejecutando las negociaciones directas entre las partes, para suscribir los acuerdos de interconexión que aseguren a los entrantes el acceso a la red pública.

Pero en este entorno es donde se visibilizan las defectuosas consecuencias que nos ha dejado la falta de decisiones estrictamente regulatorias, en el naciente mercado. Ahí están temas trascendentes como son la falta de *rebalanceo* tarifario y la ausencia de medidas para enfrentar el coste del servicio universal. Una y otra se constituyen en verdaderas amenazas para el desarrollo del mercado. Rebalancear implica que los precios de cada uno de los servicios reflejan de la manera más cercana posible, sus costos (pero la realidad es que existe un desequilibrio, porque hay servicios como la telefonía local con precios por debajo de los costos y la telefonía internacional con precios muy superiores).

Las experiencias de los países que nos han precedido en la apertura, demuestran que los subsidios son

prácticamente insostenibles en un régimen de competencia, porque los operadores entrantes orientarán su explotación a los segmentos más rentables, provocando consecuencias negativas por partida doble, pues descremarán el mercado y no atenderán a los sectores pobres.

Resulta entonces que la regulación debe encarar con frontalidad los problemas anotados que amenazan no solo a los operadores establecidos sino al mercado que en tales condiciones no podrá cumplir con los principios que animan la competencia. La acción regulatoria deberá imponer obligaciones de expansión de la red y de servicio universal, a través de los respectivos títulos habilitantes, por lo menos en la misma proporción de aquellas que se han impuesto a los operadores establecidos.

Así mismo deberá enfocar su acción a encontrar medidas compensatorias para el coste del servicio popular, que le permita al establecido superar las deficiencias generadas en contra de su capacidad competitiva por el exceso de cargas que debe cumplir.

En todo caso, la apertura a la competencia nos anima a confiar en que llegará el fortalecimiento del mercado, para lo cual la declaratoria legal es un estado previo, en el que todos debemos poner el mejor empeño. Datos proporcionados por las investigaciones de la urr dicen que la entrada de nuevos operadores siempre genera la incorporación de nuevas modalidades de atención a la universalidad de usuarios para compartir la obligación social inherente a la prestación de todo servicio, por cuyo antecedente, y a pesar de mi continua crítica a las acciones regulatorias, cuando carecen de fundamento jurídico o económico o técnico, debo abrigar la aspiración de cambio para este sector que, por su expansión e influencia en el desarrollo del país, merece mejores oportunidades.

## Bibliografía

Chillón, José María (mayo de 2003) "Contenido de la acción regulatoria, el acceso y operatividad en el mercado, Régimen de acceso e interconexión", documento preparado para el Organismo de Regulación de la República Dominicana.

Miranda Londoño, Alfonso (1999) *El régimen general de la libre competencia*. Bogotá: Centro de Estudios de la Competencia, CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana/Artes Gráficas.

Vélez, Luis (1999) *Los objetivos de las normas antimonopolísticas. Planteamientos para un debate*. Bogotá: Centro de Estudios de la Competencia, CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana/Artes Gráficas.



# EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MARCA

Dra. Ph. D Ana Abril Olivo

*Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales. Universidad Central del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones. Universidad Andina Simón Bolívar. (UASB). Magíster en Derecho Económico.(UASB). Doctora en Derecho (UASB). Actualmente además de desempeñarse como docente de la Carrera de Derecho, funge como Directora del Instituto Superior de Investigación y Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador*

## RESUMEN

La marca se ha convertido en un concepto, de cuyo manejo quedan consecuencias que deben ser jurídicamente encuadradas. Un aspecto esencial es la distinción entre la marca y la empresa, para lo que se ha de tomar en cuenta que una y otra pueden desvincularse para efectos de su enajenación.

Es necesario analizar previamente ¿qué es la marca?. El análisis se ha de fijar en i) La relación jurídica entre una persona y su creación que es un producto visible, ii) El derecho sobre un bien inmaterial que no debe confundirse con el producto, pero que sí abarca el trabajo del autor para presentarlo de manera agradable, iii) Los signos que sirven como elemento distintivo y constituyen una marca.

Para concluir, la referencia es a la evolución, que ha tocado también a la marca, la que en tiempos pasados fue minimizada, pero que en la actualidad ha alcanzado el mismo respeto y decisión de proteger que cualesquier otra clase de propiedad intelectual.

**Palabras clave:** *Marca, Signo, Autor, Bien Inmaterial, Territorialidad.*

## ABSTRACT

The brand has become a concept of management which are consequences that must be legally framed. An essential aspect is the distinction between the brand and the company, which has to take into account that over and over can be separated for purposes of disposal.

It is necessary to analyze, what is the brand? The Analysis was to set in i) The legal relationship between a person and his creation is a visible product, ii) The right of an intangible asset not to be confused with the product but does include the author's work to be presented in a pleasant manner, iii) Signs that serve as a distinctive feature and are a brand.

Finally, the reference is to the evolution that has also touched the mark, which in the past was minimized, but now has reached the same respect and that any decision to protect other kinds of intellectual property.

**Keywords:** *Brand, Star, Author, intangible asset, territoriality.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 12  
APROBADO: 2015 - 05 - 27

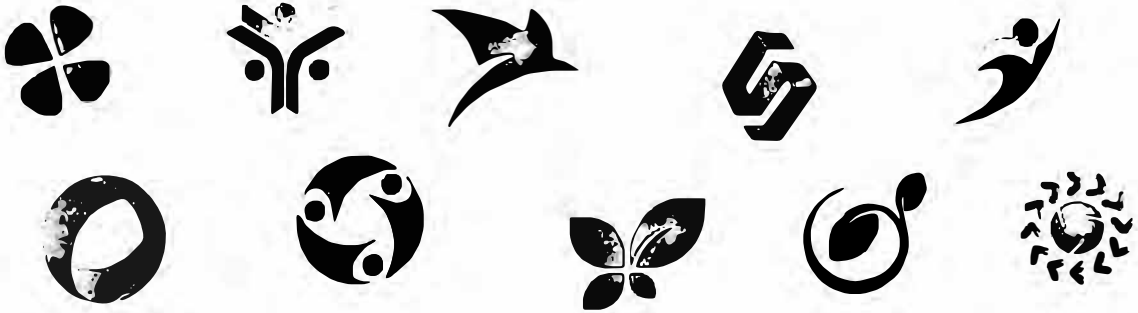
## Antecedentes

Para iniciar el estudio, debo referirme a las dos posiciones que se han manejado respecto de la Marca: el derecho de la personalidad y el derecho sobre un bien inmaterial. El autor Carlos Fernández Novoa incluye el criterio de Josef Kohler que asevera que la relación de una persona con un producto visible mediante la marca es una relación jurídico-personal, porque se trata de una creación del productor (Fernández, 2001: 29 y sgtes). Continuando en el mismo criterio, manifiesta que la marca no es independiente como la creación técnica o artística, que únicamente es el vínculo que une a los productos con la empresa o fábrica de donde proceden, poniendo énfasis en que la marca llega a ser un nombre arbitrario que se le pone a un producto frente a los nombres naturales que encierran el nombre comercial o el nombre individual de una compañía. El comentario abarca también la incapacidad de transmisión que tienen los derechos de la personalidad justamente por ser inherentes a la persona, dentro de lo que Kohler se ve obligado a admitir que en lo específico de la marca si llega a transferirse cuando se enajena una empresa, pero insistiendo en que solo en este caso sí se transmite porque la personalidad del titular inicial permanece en la empresa. Así mismo se sostiene el fundamento del derecho de la personalidad en la marca dentro del Derecho Internacional, poniendo de manifiesto que no está sometida a la territorialidad, confundiéndola con la doctrina de la universalidad de la marca. Estos planteamientos fueron abiertamente aceptados por la jurisprudencia alemana desde fines del siglo 19.

El segundo principio doctrinario que defiende la calidad de la marca como derecho sobre un bien inmaterial se inicia con Alexander Katz en 1901, que sostiene que si bien la marca no puede asemejarse a las creaciones inmateriales, no se puede desconocer que constituye una expresión de la actividad y del esfuerzo industrial de su autor, que se puede apreciar en la diferenciación entre lo que inicialmente puede aportar la marca y lo que es capaz de producir la dedicación

y el trabajo del titular para convertir el producto en atractivo para el público, deviniendo la marca en un bien inmaterial que debe ser protegido. Posteriormente, autores alemanes como Magnus y Hagens defienden la posición de que la marca es un derecho sobre un bien inmaterial y logran un mejor posicionamiento de esta teoría jurídica en el Tribunal Supremo Alemán en la década de los años 30.

Hagens logra la aceptación de su criterio de que "el derecho de marca no es un derecho de la personalidad porque la marca es un bien objetivado: un bien que se desliga de la persona del titular, y además es transmisible." (Fernández, 2001: 34) Se logra de este modo una apreciable aceptación sobre la independencia de las marcas protegidas en diferentes países así como su desvinculación de la personalidad del titular. La tesis de la territorialidad de la marca se soporta en la necesidad de respetar la soberanía de cada país que no puede admitir la imposición que implicaría que un Estado extienda la autorización otorgada a una marca más allá de sus fronteras.



Imágenes: freepik.com

## La definición de la marca aporta para su concepción jurídica

En los cuerpos normativos generalmente se define a la marca, aspecto que contribuye no solamente a encontrar su concepción jurídica sino que facilita el acercamiento a otros aspectos como son:

### ¿Qué signos se aceptan como marca? ¿Para qué sirven los signos?

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador establece en el Artículo 194: "Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica. También podrán registrarse como marcas los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas."

La Directiva de la Comunidad Europea de 21 de diciembre de 1988, dispone: "Artículo 2.- Podrán constituir marcas todos los signos que pueden ser objeto de una representación gráfica especialmente las palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas."

La Ley Española de 1988 incluye el concepto de marca y la enumeración ejemplificativa de los signos que pueden constituirse en marca: "artículo 1.- Se entiende por marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona. -

Artículo 2.- Podrán especialmente constituirse en marca los siguientes signos o medios: a) Las palabras o combinaciones de palabras. Incluidas las que sirven para identificar a las personas, b) Las imágenes, figuras, símbolos y gráficos, c) Las letras, las cifras y sus combinaciones, d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen

los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación, e) Cualquier combinación de los signos o medios que, con carácter enunciativo se mencionan en los apartados anteriores."

De las transcripciones efectuadas se puede colegir varios aspectos importantes:

**Alcance de la concepción para la marca:** Las definiciones de la Ley ecuatoriana y de la Ley de España tienen un concepto ampliado cuando dicen que pueden ser marca: "cualquier signo que sirva para distinguir" y "todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir", respectivamente, mientras que la Directiva Comunitaria ha centrado la definición hacia la percepción de signos únicamente por medio de la vista al decir "signos que puedan ser objeto de una representación gráfica". La diferenciación planteada impide que en los dos primeros casos se deja abierta la posibilidad para que la percepción pueda ser olfativa, gustativa, auditiva o táctil.

El signo implica un uso futuro o admite un uso previo' La Ley del Ecuador y la Directiva Comunitaria establecen que la diferenciación del signo tiene fuerza teórica pues aparecerá con posterioridad cuando dice que sirva para distinguir, entendiéndose que es para el futuro, mientras que la Ley Española admite que la distinción del signo es también para aquellos casos en que los productos ya están en el mercado, cuando dice que distinga además de o sirva para distinguir.

## La marca cumple su función en el mercado:

Solo la Directiva Comunitaria no incluye en su definición la expresión en el mercado que sí la tienen las Leyes de Ecuador y de España, lo cual está perfectamente explicado porque todos los sucesos que se den respecto de la marca y sus consecuencias jurídicas o económicas estarán siempre en el mercado.

La vinculación entre marca y empresa/persona:

La Ley Española menciona que el signo debe permitir la distinción de los productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de otra persona, mientras que la Directiva Comunitaria se refiere a la distinción que permiten los signos de los productos o servicios de una empresa de los de otras. El criterio expresado por el Fernández



## La función de la marca

Noboa en la obra citada, es que a la luz de la doctrina europea: "es incongruente conectar el concepto jurídico de la marca con la empresa. A este propósito debe tenerse presente que incluso los ordenamientos tradicionalmente más aferrados al principio de la vinculación de la marca con la empresa han abandonado de manera definitiva tal principio. Así ha ocurrido por ejemplo, en el ordenamiento alemán, donde la marca puede ser hoy libremente cedida con independencia de la empresa". La definición de la Ley ecuatoriana no señala de modo expreso ninguna de las dos posibilidades anotadas, pues al referirse a los signos no hace mención, inclusive al tratar de los lemas comerciales solo dice "siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas."

Este es otro aspecto que merece ser examinado por las incidencias que genera. Tales incidencias no solo son de orden jurídico sino que empiezan siendo económicas, porque también nos debe interesar las aplicaciones informativas que cumple la marca, en efecto, si se parte de que el consumidor tiene que escoger entre un sin número de productos terminados pertenecientes al mismo género, los que no son fácilmente identificados o diferenciados unos de otros por su sola presentación, se debe acudir a su origen, en el que tiene que ver significativamente la marca para posibilitar la elección. Las posiciones extremas le otorgan a la marca todo el mérito de viabilizar tal escogitamiento.

Pero por otra parte, la concepción funcional de la marca es objeto de crítica porque se asimila su justificación con las dudas sobre la concesión de un derecho de exclusiva en un mundo globalizado y competitivo.

## El régimen jurídico de los bienes en el Ecuador.

Está normado por el Código Civil en el Libro Segundo "De los Bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones". El análisis más resumido es:

Los bienes son corporales e incorporales. Son corporales los bienes reales que pueden ser percibidos por los sentidos. Son incorporales los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Las cosas corporales son muebles (las que pueden

transportarse) e inmuebles (las que no pueden transportarse).

Las cosas incorporales son derechos, que pueden ser: reales o personales. Son derechos reales los que tenemos sobre una cosa sin respecto de determinada persona (dominio, usufructo, herencia, uso o habitación, prenda, hipoteca). Son derechos personales o créditos los que pueden reclamarse solo a ciertas personas (el prestamista al deudor, el hijo al padre por alimentos).

El Título II del Libro II trata "Del Dominio", al referirse de modo expreso al derecho real de dominio (que se llama también propiedad) el Artículo 618 dice que permite gozar y disponer del bien corporal con sujeción a las normas legales y el respeto al derecho ajeno, individual o social. En la materia que nos interesa, los Artículos siguientes disponen la calidad del derecho de propiedad en la Marca:

"Artículo 619.- Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Artículo 620.- Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se regirá por leyes especiales.

Las disposiciones legales que puntualizan la calidad del derecho real frente al derecho personal, permiten diferenciarlos:

Pone de relieve los elementos que distinguen al derecho real: una vinculación directa sujeto — bien que prevalece "erga omnes", es decir que su potestad es de pertenencia absoluta de una persona en forma total o parcial y que es oponible al resto de sujetos. El Dr. Jorge Morales Álvarez ejemplifica este derecho real manifestando que:

es el que tiene el usufructuario para gozar de sus frutos, sin relación a otra persona, lo que no sucede por ejemplo con un arrendatario que puede disfrutar del bien arrendado por la intervención mediadora del propietario del bien. (Morales, 1995: 12-13).

En el derecho real, el sujeto activo es una sola persona frente a la universalidad de personas que constituyen el sujeto pasivo al que le corresponde un rol de abstención, es decir que el derecho real crea en el colectivo indeterminado una obligación negativa para no estorbar el ejercicio del derecho al titular.



Respecto del derecho personal, expresa que es el establecido a favor de una persona. En este derecho entonces, debe existir o la disposición de la ley o la voluntad de un tercero que se obliga, para crear un derecho a favor del titular. La oponibilidad del derecho personal consecuentemente es sólo frente a una persona que se ha obligado voluntaria-mente o por mandato legal y que debe dar, hacer o no hacer.

Para aclarar el concepto del derecho real, pongo especial énfasis en la definición del Código Civil, Artículo 614, que además de lo ya explicado en el inciso anterior respecto de que es el derecho que tenemos sobre una cosa, dice que es sin respecto a determina-da persona, para aclarar que la conexión es directa entre el sujeto — objeto, o sea entre el titular — bien, "con absoluta indiferencia de la presencia de otros sujetos determinados para la existencia y eficacia del derecho"(Parraguez, 1986: 8, 9). De esta manera aparece que el régimen jurídico del Ecuador sitúa entre los derechos reales y concretamente en el dominio al derecho que tienen los autores sobre "las producciones del talento o del ingenio". Cabe entonces aclarar si la Marca está o no dentro de esas producciones del talento, o si es solamente una creación del productor o proveedor para identificar sus servicios o productos en el mercado.

En el Mercado Común Europeo, el tratamiento que se daba a los creadores de marcas era francamente negativo, así constaba en la Resolución al caso "SIRENAIEDA" de 18 de febrero de 1971, en el que se analizó tal importancia desde los puntos de vista económico y humano, para concluir diciendo que en el primer ámbito se puede aceptar la protección a la patente de invención porque revela el esfuerzo del autor por involucrarse en la evolución tecnológica, lo que no puede decirse absolutamente con la Marca; y, desde el punto de vista humano, "el reconocimiento que la sociedad debe al inventor del nombre prep. Good Morning no tiene ciertamente la misma naturaleza que el que debe la sociedad al inventor

de la penicilina. Pero tal actitud del Tribunal de Justicia de las Comunidades cambió totalmente en la década de los 90s, aceptando la importancia de la Marca, como consta en la sentencia al caso "HAG-II" de 17 de octubre de 1990, 11. Debe observarse que esta forma de entender los méritos de las marcas y otras clases de propiedad intelectual se basó en una comparación odiosa entre una marca bastante insignificante y uno de los más importantes descubrimientos de la historia de la medicina. [...] La verdad es que la menos en términos económicos, y quizás también desde el punto de vista humano las marcas no son menos importantes y no menos merecedoras de protección que cualquier otra clase de propiedad intelectual". Personalmente participé del criterio de que desde un punto de vista simplista la Marca nace como una necesidad de identificación.

Pero evidentemente, nadie puede desconocer que la situación del bien o producto en el mercado es una al iniciar la Marca su vida mercantil, y que el posicionamiento en el mercado, la captación de la atención del cliente y su final aceptación son generados por el trabajo del creador y la fuerza que fue capaz de darle a la Marca, por lo que mi criterio es que el régimen jurídico de la marca nace de su calidad de derecho real de dominio sobre un bien incorporeal que es la creación del ingenio de su creador o autor.

Así también es necesario recalcar que la Marca siendo un derecho real de dominio o propiedad es capaz de transferirse, y que participa del principio jurídico de la Territorialidad para la validez de la autorización que alcanza, en consideración a la soberanía de cada Estado. Otra cosa son los Tratados y Normativas internacionales a los que los propios Estados suscriben o se someten, cediendo voluntariamente una parte de su poder soberano en aras del cumplimiento de los principios que animan el modelo económico del mercado con énfasis en la Libre Competencia y desarrollo de la Globalización.

### Bibliografía

*Fernández Novoa, Carlos. (2001). Tratado sobre Derecho de Marcas. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.*

*Morales Alvarez, Jorge. (1995). Teoría General de las Obligaciones. Cuenca: Edit. Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia.*

*Parraguez Ruiz, Luis. (1986). Generalidades sobre las obligaciones y su teoría. Quito: Impreso por Gráficas Mediavilla.*

# EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO AMBIENTAL

Dr. Marcelo Galárraga Carvajal

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Universidad Internacional del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los tribunales y juzgados.*

*Universidad Central del Ecuador, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales. Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Quito. Diplomado en Derecho Económico. Universidad Alfredo Perez Guerrero, Quito.*

*Alumno regular de la Maestría de Derecho Ambiental.*

## RESUMEN

A la precaución se la define en los siguientes términos: "Reserva, cautela, prudencia. El Principio

Precautorio es la base o el pilar esencial de la existencia de la institución de la precaución, que es la actitud o medida de cautelar o cuidar el ambiente, basándose en lo precautorio a través de normas, leyes, reglas o principios jurídicos de aceptación no solo nacional sino también de aceptación internacional, cuyos elementos fundamentales son: el agua, el aire, el suelo, la temperatura y el clima, entre otros. La idea de precaución fue implícitamente enunciada

en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. En los años posteriores, principio de precaución fue expresamente formulado en diversas declaraciones internacionales y reflejado en los instrumentos

convencionales para la protección de la atmósfera, convenios internacionales; para establecer mecanismos de precaución a fin de prever o reducir las causas del cambio, en consecuencia la amenaza de un daño grave o irreparable del ambiente, del Derecho Ambiental, es determinante para suspender o tomar medidas encaminadas a la precaución, prevención, o reducir al mínimo las causas del cambio climático, la emisión de gases contaminantes, la destrucción de la biodiversidad, la alteración de los ecosistemas, en la cooperación internacional de las Partes o Estados interesados tanto a nivel nacional e internacional. Pese a las ambigüedades que aun arrastra el principio de precaución constituye un nuevo parámetro de pensamiento y de la acción ambiental en el plano internacional y también en el plano nacional de cada uno de los Estados, establecido también en la Constitución del Ecuador.

**PALABRAS CLAVE:** *Principio Precautorio, Derecho Ambiental*

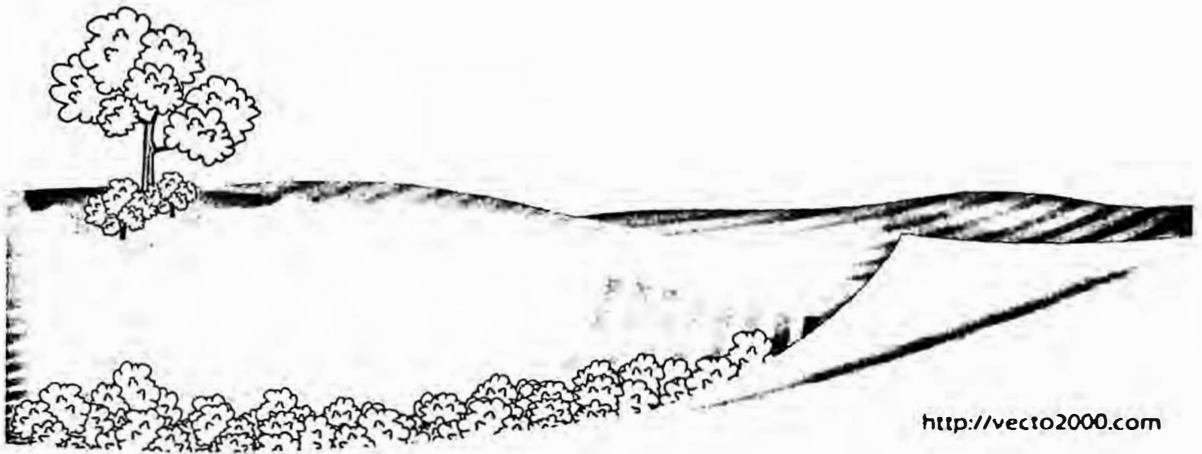
## ABSTRACT

Caution is defined as follows: "Reserve, caution, prudence. The Precautionary Principle is the basis, or essential pillar, of the existence of the institution of caution, that is the attitude or precautionary measures taken to protect the environment, based on rules, laws or legal principles of acceptance of both national and international acceptance. The essential elements of nature are: water, air, soil, temperature and weather, among others. The World Charter for Nature in 1982 initially introduced the idea of precaution. In the following years, the precautionary principle was expressly formulated in various international declarations and was reflected in the standard instruments utilized for the protection of the atmosphere.

International conventions to establish mechanisms for caution in order to forecast, or mitigate the causes of change, therefore the threat of serious or irreparable environmental damage, are crucial to suspend or take measures of precaution, prevention, or to minimize the causes of climate change; the greenhouse effect; gas emissions; destruction of biodiversity; and the disruption of ecosystems. There should exist international cooperation from the Parties or States involved at both national and international levels. Despite the ambiguities that still cause difficulties, the Precautionary Principle is a new parameter of environmental thought and action at both national and international levels of each of the States. This Principle is also highlighted in the Constitution of Ecuador.

**KEYWORDS:** *Precautionary Principle, Environmental Law*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 11  
APROBADO: 2015 - 05 - 23



<http://vecto2000.com>

En las siguientes líneas voy a referirme a uno de los principios más importantes del Derecho Ambiental, como es el llamado principio precautorio.

En primer lugar, debemos señalar el significado de las palabras, para entenderlas en su real contexto a la luz del Derecho Ambiental; así por principio en tendemos: "Primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo. // Razón, fundamento, origen. // Causa primera. // Máxima, norma guía..." (Cabanellas, 1981). Es acertada la definición que trae la Enciclopedia de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, en igual sentido siguen las otras enciclopedias, la definición de principio, en tal virtud, podemos catalogar al principio como la base de la existencia de la institución de la precaución dentro del Derecho Ambiental.

A la precaución se la define en los siguientes términos: "Reserva, cautela, prudencia, cuidado para evitar cosas que puedan temerse" (Enciclopedia Sopena, 1981).

Importante definición a tomarse en cuenta dentro del llamado Derecho Ambiental, como es de cautelar, salvaguardar y proteger el ambiente en general.

Siguiendo la misma senda encontramos la definición de precaución que dice lo siguiente: "Actitud o medida para evitar o disminuir un mal o riesgo. // Cuidado. // Reserva, cautela. // Circunspección" (Cabanellas, 1981).

Incluso nuestros diccionario son muy ricos en definiciones a tal punto, que encontramos definiciones a cerca de los precautorio, según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, se entiende por precaución, como un adjetivo: "Que precave o sirve para precaver" (Enciclopedia Sopena, 1981).

En tal sentido podemos señalar que el Principio Precautorio es la base o el pilar esencial de la existencia de la institución de la precaución, que es la actitud o medida de cautelar o cuidar el ambiente, basándose en lo precautorio

a través de normas, leyes, reglas o principios jurídicos de aceptación no solo nacional sino también de aceptación internacional, para prevenir, proteger, o precaver el ambiente, el cual se encuentra constituido por el medio físico (cuyos elementos fundamentales son: el agua, el aire, el suelo, la temperatura y el clima), también se forma del medio natural (conformado por la flora y la fauna) y es parte fundamental del ambiente el medio socio-cultural (conformado por la vida humana, constituida por el patrimonio histórico, los valores, la cultura, la costumbre y las normas, todas ellas creadas como una expresión y manifestación del hombre), ese es el ambiente e el que nos desenvolvemos y que está en constante desarrollo y transformación, el cual lamentablemente es cada día depredado y destruido por la acción del hombre y los adelantos científico-técnico, que lejos de contribuir a su bienestar lo están conduciendo dramáticamente a la autodestrucción del mismo y en general de todo tipo de vida.

En virtud de las definiciones anteriores, que son un importante antecedente, el jurista argentino Marco Aurelio Real define el Principio Precautorio, de la siguiente manera: "Se traduce como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquel" (Real, s.f.).

Con estas importantes definiciones y las consideraciones sobre la importancia, transformación y desarrollo del ambiente, el principio de precaución o de acción precautoria ha inspirado en los últimos años, la evolución del pensamiento científico, político y jurídico en materia ambiental, ya que supone una transformación radical de los pensamientos anteriores; los orígenes de este principio están en los instrumentos internacionales que luego deberán aplicarse para su validez, trascendencia y obligatoriedad de los Estados Partes o suscriptores de esos instrumentos, con la adopción de leyes internas en cada uno de ellos.



Durante mucho tiempo los instrumentos jurídicos internacionales se limitaban a enunciar que las medidas ambientales a adoptar debían basarse en planteamientos científicos, suponiendo que este tributo a ciencia bastaba para asegurar la idoneidad de los resultados.

Esta filosofía inspiró la mayoría de los convenios internacionales celebrados hasta el fin de la década de los 80, momento en el que el pensamiento sobre la materia comenzó a cambiar hacia una actitud más cautelosa y, no obstante, más severa, que tenía en cuenta las incertidumbres científicas y los daños a veces irreversibles que podrían derivar de actuaciones fundadas en premisas científicas que luego pudieran resultar erróneas.

“La idea de precaución fue implícitamente enunciada en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. En los años posteriores, principio de precaución fue expresamente formulado en diversas declaraciones internacionales y reflejado en los instrumentos convencionales para la protección de la atmósfera especialmente en los preámbulos del Convenio de Viena de 1985 sobre la Protección de la Capa de Ozono y de su Protocolo de Montreal de 1987” (Hernández, 2005).

El principio de precaución ha sido proclamado en un buen número de convenios internacionales en los que se cuentan el Convenio de Bamako de 1991 sobre Movimientos transfronterizos de Desechos Peligrosos en África, el Convenio Marco de la ONU sobre Cambio Climático de 1992, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992.

El Tratado de la UE conocido como el Tratado de Maastricht indica en su Art. 130 R, que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente se basará en particular en el principio de cautela, entendiendo cautela como sinónimo de precaución, de acuerdo con lo establecido anteriormente en las definiciones revisadas al inicio del presente trabajo.

Conviene eso sí recordar lo que señala el Convenio Marco de la ONU sobre cambio climático de 1992, se refiere al principio de precaución mencionado por nosotros en el presente trabajo; así en el Art. 3, inciso 3 de este convenio se señala lo siguiente: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible no debería usarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menos costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían

tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas”.

“Las inundaciones causadas por el aumento del nivel de las aguas marinas podrían desplazar a unos 100 millones de personas, mientras que las sequías generarían decenas o acaso centenas de millones de refugiados climáticos; el derretimiento de los glaciares causaría escasez de agua dulce para una sexta parte de la población mundial; y la vida animal también sería afectada y podría extinguirse hasta el 40% de las especies” (Borja, 2007, págs. 343, 344).

Ya para aquel entonces hablaba del compromiso de los Estados del Orbe para establecer mecanismos de precaución a fin de prevenir o reducir las causas del cambio climático que hoy dramáticamente nos aquejan a la humanidad toda, en consecuencia la amenaza de un daño grave o irreparable del ambiente, o más aún la falta de evidencia científica en virtud de este principio de trascendencia en la esfera del Derecho Ambiental, es determinante para suspender o tomar medidas encaminadas a la precaución, prevención, o

reducir al mínimo las causas del cambio climático, la emisión de gases contaminantes, la destrucción de la biodiversidad, la alteración de los ecosistemas, la destrucción de la capa de ozono dejaron de ser incumbencia de algunos, por más que ellos sean los mayores responsables de la contaminación ambiental, hoy a través de estos Convenios y de estos principios es una responsabilidad de la humanidad entera; al respecto el economista británico Nicholas Stern, citado por el Dr. Rodrigo Borja en su obra “Sociedad, cultura y derecho”, en su impactante estudio económico del cambio climático que fue presentado en la Royal Society de Londres el 30 de octubre del 2006, en su criterio indicaba: “Las inundaciones causadas por el aumento del nivel de las aguas marinas podrían desplazar a unos 100 millones de personas, mientras que las sequías generarían decenas o acaso centenas de millones de refugiados climáticos; el derretimiento de los glaciares causaría escasez de agua dulce para una sexta parte de la población mundial; y la vida animal también sería afectada y podría extinguirse hasta el 40% de las especies” (Borja, 2007, págs. 343, 344). De allí la importancia de las políticas y medidas adoptadas deben ser integrales y basarse en la cooperación internacional de las Partes o Estados interesados tanto a nivel nacional e internacional, para consolidar el principio precautorio, encaminado a la protección del ambiente en forma integral.

La formulación más general del principio de precaución, es una vez más, la que se encuentra, en la Declaración de Río de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo, que en su Principio 15 dice lo siguiente: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de un daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para

postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Aun cuando la redacción de este principio es un tanto ambigua, se ha configurado como un criterio que debe ser ampliamente aplicado, y conlleva importantes consecuencias prácticas al exigir que se adopten las medidas de acción necesarias para evitar los peligros de un daño grave e irreversible, incluso a falta de certeza científica.

“La relación entre la capacidad científica y la protección ambiental experimenta una modificación importante al señalar que la falta de demostración científica absoluta no implica ya una orientación permisiva de las actividades potencialmente dañinas para el ambiente ni tampoco justifica una actitud meramente pasiva de los Estados” (Hernandez, 2005).

Pese a las ambigüedades que aun arrastra el principio de precaución constituye un nuevo parámetro de pensamiento y de la acción ambiental en el plano internacional y también en el plano nacional de cada uno de los Estados.

La jurisprudencia internacional cuenta con ejemplos sobre la aplicación de este principio a cuestiones ambientales. Se pueden nombrar dos resoluciones del Consejo de Estado Francés, dictadas en los casos “Greenpeace et autres” y “Société Pro-Nat”, del 11/12/98 y del 2/4/99, respectivamente, referentes a maíces transgénicos y a la prohibición de comercializar carne vacuna por riesgo de transmisión de la enfermedad EEB (más conocido como mal de vaca loca).

En EE. UU. Se ha resuelto en la causa “Ethyl Corp. V. EPA” que “las cuestiones que envuelven al ambiente están inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre. El Hombre de la era tecnológico ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas o anticipadas. Los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos, o imposibles de conocer. Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar (post-facto) y no para una regulación preventiva”.

En Argentina, el principio fue receptado en el fallo de la Cámara Federal de La Plata, del 8 de julio del 2003. “Asociación Coordinadora de usuarios consumidores y contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ Cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora”, atento la duda científica para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, constituyen la causa de afecciones cancerígenas en relación a una planta transformadora de media tensión a baja tensión, denominada “Subestación Sobral”, ubicada en Ezpeleta, Partido de Quilmes ([www.futuropatagonia.com](http://www.futuropatagonia.com)).



Ilustración Freepik.com

## Aplicación del Principio Precautorio a nivel nacional

Este principio de gran trascendencia en el ámbito ambiental como lo hemos detallado a lo largo de este artículo, también tiene su aplicación a nivel nacional, es así que la Constitución Política de la República, contempla disposiciones acerca del mismo, y así tenemos:

Art. 73 Constitución Política de la República: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Se prohíbe la introducción de mecanismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional" (Montecristi, 2008).

Este artículo se refiere a todas las actividades que pueden afectar notablemente a los ecosistemas, a las especies inmersas en ellos o su destrucción que pueden conllevar a una alteración considerable de los ciclos naturales, de allí la importancia de establecer mecanismos de precaución de dichas actividades, aun cuando no exista evidencia científica del daño ambiental provocando o que pueda provocar estas alteraciones, incluso contra el patrimonio genético nacional. Igualmente este artículo guarda concordancia con el Art. 396 de la propia Carta Fundamental que dice lo siguiente:

Art. 396 Constitución Política de la República: "El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño.

En caso de duda sobre este impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios

asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles" (Montecristi, 2008).

Este artículo es de enorme importancia ya que consagra la precaución o el Principio Precautorio frente a los impactos ambientales negativos derivados por las actividades o proyectos realizados por el hombre que pueden afectar al ambiente, para lo cual se deben obligatoriamente previo a las actividades o proyectos desarrollar los estudios de impacto ambiental, que deben contener las respectivas evaluaciones de impactos ambientales, auditorías ambientales y planes de mitigación, así como la recuperación y en lo posible la restauración de los ecosistemas alterados.

Incluso las personas naturales o jurídicas responsables de las actividades o proyectos están obligados a indemnizar a las personas o comunidades directamente afectadas; de igual manera aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado a través de la autoridad ambiental puede ordenar la suspensión de la actividad o proyecto que pueda conllevar a afectaciones al ambiente.

Otro aspecto a tomarse en cuenta es que las acciones, para perseguir y sancionar los daños ambientales son imprescriptibles, tomando en cuenta que estos daños pueden generar sus efectos en la naturaleza, en los ecosistemas, en la flora, en la fauna, y en los seres humanos a largo plazo, de allí la intención del Constituyente de adoptar esta disposición constitucional que tendrá que ser desarrollada en la nueva Ley de Gestión Ambiental.

De igual manera, la Ley de Gestión Ambiental en su Art. 19 guarda armonía con relación a este principio: "Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales será calificados previamente a su ejecución por los organismos descentralizados de control, conforme al Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio" (Nacional, 2004).

## Conclusiones:

- En virtud de lo expuesto, el Principio Precautorio es una herramienta armonizadora del concepto de Desarrollo Sustentable.
- En efecto, como ya lo hemos sostenido, el Principio Precautorio no se opone al progreso sino al daño ambiental posible de ser evitado. Sería de esperar que nuestros magistrados tomen conciencia de los derechos en juego, y no teman a recurrir a la aplicación de este Principio, si haciéndolo pueden evitar un mal mayor.

## Bibliografía:

- Borja, R. (2007). *Sociedad Cultura y Derecho*. Quito: Editorial Planeta.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario de Derecho Usual Tomo IV*. Buenos Aires: Ed. Heliasta.
- Enciclopedia Sopena. (1981). *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Barcelona: Ramon Sopena.
- Hernandez, P. (2005). *Derecho Ambiental*. Quito: Corporación Latinoamericana para el desarrollo.
- Montecristi, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Nacional, C. (2004). *Ley de Gestión Ambiental*. Quito: Registro Oficial.
- Real, M. A. (s.f.). Obtenido de [www.futuropatagonia.com](http://www.futuropatagonia.com)
- [www.futuropatagonia.com](http://www.futuropatagonia.com). (s.f.). *Jurisprudencias*.



# DE UN ESTADO EXCLUYENTE A UN ESTADO INTERCULTURAL (UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA, POLÍTICA, JURÍDICA E INTERCULTURAL)

Álvaro Román Márquez

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Abogado y Dr. En Jurisprudencia (UCE), Abogado en libre ejercicio profesional. Profesor de la U. Central del Ecuador y U. Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.*

*Máster en derecho Constitucional (UASB) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (UCE). Profesor de pregrado y posgrado.*

## RESUMEN

Pese a que han transcurrido aproximadamente siete años de existencia y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador todavía no podemos atrevernos a decir que la validez normativa sea equitativa con su validez sociológica. Sobre las instituciones de vanguardia que posee sus enunciados en concordancia con el movimiento neo constitucional que dejado sus huellas en casi todas las constituciones de Latinoamérica existe una alta dosis de incredulidad en un amplio sector de opinión política y académica reacios todavía en encontrar la anhelada transformación de los fundamentos en los que se asienta nuestro estado de derecho.

Uno de esos pilares que recoge la novedosa carga neo constitucional de la carta magna tiene que ver con el tema de la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, principios sobre los cuales se construye la justicia ordinaria e indígena como dos fuentes de derecho complementarias, independientes y jerárquicamente homogéneas. La pluriculturalidad como ideal supremo tiene sus escollos en la propia normativa constitucional y legal resistente a aceptar una construcción teórica – jurídica que requiere de una verdadera participación de todos los pueblos y nacionalidades que conforman nuestra sociedad en la conformación, estructura de todas las instituciones del Estado y en la obligatoria presencia que deberían tener en el diseño e implementación de las políticas públicas, que van mas allá del simple nivel discursivo.

**PALABRAS CLAVE:** *Palabras clave: Epistemología, control constitucional, constitución rígida, democracia representativa, democracia constitucional, democracia comunitaria, conflicto social, derecho a elegir, interculturalidad, estado plurinacional, ama killa, la minga, el latigo, la antijuridicidad e interculturalidad.*

## ABSTRACT

Although they have passed about seven years of existence and validity of the Constitution of the Republic of Ecuador we can not yet dare to say that the law is equal validity with its sociological validity. On leading institutions having their statements in accordance with the constitutional movement neo that left its mark on almost all constitutions in Latin America there is a high dose of disbelief in a broad sector of political and academic opinion still reluctant to find the desired transformation the foundations on which our rule of law is based. One of those pillars that collects new constitutional neo charge of the constitution has to do with the issue of multiculturalism and legal pluralism, principles upon which the ordinary and indigenous justice as two complementary sources of independent law is built and hierarchically homogeneous. Multiculturalism as the supreme ideal has its pitfalls in the constitutional and legal rules themselves resistant to accept a theoretical construct - law that requires genuine participation of all peoples and nationalities that make up our society in the establishment, structure of all state institutions and the obligatory presence they should have in the design and implementation of public policies that go beyond the mere discursive level.

**KEYWORDS:** *Epistemology, constitutional control, rigid constitution, representative democracy, constitutional democracy, community democracy, social conflict, the right to choose, intercultural, plurinational state, ama killa, the Minga, the whip, the illegality and multiculturalism.*

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar una aproximación a temas que describan, analicen y comprendan nuestra realidad social, política y jurídica, si se ha producido o no una transformación en estos ámbitos o solo ha quedado en un enunciado.

Por ello iremos analizando si nuestra realidad social fue observada y estudiada en su real dimensión ¿Si ésta se reflejaba en lo jurídico político?, ¿cómo podemos realizar el dialogo entre estas dos culturas para cumplir con la interculturalidad? Estas son las inquietudes que debemos responder durante la investigación, por lo que debemos provocar la crítica si existe exclusión y provocar el debate desde la interculturalidad para la inclusión. He aquí el tema en cuestión. (Walsh, 2009)

Para iniciar tanto la crítica como el debate, debemos citar a Enrique Ayala Mora (2002), quien ayuda a dar este hilo conductor sobre la construcción del modelo explicativo de la interculturalidad y así inicia explicando que no debe ser

...añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión al Estado a la religión y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio de adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatoriana. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no religiosa y de conciencia, sino diversidades étnica y también regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen pueden también dispararse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro con garantías de supervivencia como proyecto nacional (Ayala Mora, 2002, p. 106).

La Constitución de 1998, había reconocido a la justicia indígena, la pluriculturalidad, y los derechos colectivos, como avances de gran significado y reivindicación de los pueblos indígenas, esta reflexión no ha perdido actualidad, sino que más bien han tomado más intensidad en la Asamblea Constituyente de Montecristi del 2008, se declara en el Art. 1 al "...Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...".

En el momento que se declara como estado intercultural y plurinacional, son el producto de las deliberaciones que recuperan la realidad social como objeto de conocimiento, que hasta ese instante había sido entendida, por el discurso

dominante en forma sesgada, este cambio produjo como explicó Ayala Mora, una transformación radical que implica repensar en muchos ámbitos, pero, para esta investigación en los ámbitos de la epistemológica, jurídico y político<sup>2</sup>.

Se analizará aquella transformación de la Constitución, por ello debemos tomar a los adjetivos de "...constitucional, de derechos, democrático, intercultural y plurinacional..." que considero que para los fines de artículo se adecuan, los mismos serán explicados en relación con los temas anteriores y en contraposición a los conceptos que existen o no en la teoría occidental o del norte, dominante como discurso<sup>3</sup>. No es que los demás calificativos son menos importantes, pero para la finalidad de este trabajo hago esa clasificación.

### TRANSFORMACIÓN DE LO EPISTEMOLÓGICO.

Retomando la propuesta inicial, en primer lugar desde lo epistemológico, debemos determinar ¿cuál es nuestro objeto de conocimiento? éste será nuestra realidad en la cual vivimos cotidianamente, luego de describirla obtendremos si el método utilizado es o no el correcto y si esta realidad se refleja en la producción de nuestro ordenamiento jurídico y político.

Hasta ahora se han utilizado métodos de modelos explicativos excluyentes. En esa lógica las preocupaciones de los estudiosos del derecho siempre ha sido la relación entre la norma y la realidad social, entre validez y eficacia. Para otras ciencias ha sido como entender la existencia de la realidad social, a más de blanco y mestizos, existen indígenas, afrodescendientes, gay, mujeres, siendo éstos para el discurso dominante como grupos humanos no existentes o como ausentes, esto quiere decir, que el derecho al ser una construcción humana para mantener la convivencia humana y la tutela de los derechos humanos, debe estar íntimamente relacionada con la realidad, si no existe acercamiento crea distorsiones y provocaría el desorden o el conflicto y el irrespeto de los derechos humanos.

Para justificar este alejamiento del objeto de nuestro conocimiento y como consecuencia entre el derecho y la realidad, ha sido puntos clave de aquella exclusión, Eugenio Raúl Zaffaroni grafica el discurso dominante que consideró no solo como excluidos a los indígenas, sino a todos los latinoamericanos, considerándolos como raza inferior, inicia explicando que cuando Latinoamérica fue mayoritariamente.

...objeto de colonización primaria por parte de España y Portugal, que impuso un control represivo interno funcional a

<sup>2</sup> Esta opinión la tienen Boaventura de Souza en su libro "Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur" (2011); Ramiro Avila Santamaría, "El neo constitucionalismo transformador" El estado y el derecho en la constitución del 2008 (2011). Así mismo, Catherine Walsh, "Interculturalidad, Estado, Sociedad" Luchas (de) coloniales de nuestra época (2009).



Zafaronni. Fotografía tomada de <http://www.elliberal.com.ar/>

su colonialismo y basado o justificado mediante una ideología según la cual la población india y el africano importado eran inferiores. Hemos visto que cuando estas potencias pierden la hegemonía, que pasa a los europeos del centro-norte de Europa, el poder central produce un cambio cualitativo y nos margina del poder, estableciendo su control social por medio de minorías criollas proconsulares que ideológicamente seguían afirmando nuestra inferioridad, aunque a esta ya no sólo la hacían depender de la de los indios y negros, sino también de nuestros colonizadores primarios (latinos)... Asu vez Hegel, que fue el más autorizado y fino teórico del dominio universal europeo, asignaba a América un futuro –al tiempo que le negaba historia- como receptáculo de la población sobrante de Europa, lo cual, medio siglo más tarde tuvo lugar masivamente en el sur de América. La propia masa transportada por los europeos, ya sea en la primera colonización o en el siglo XIX al sur, estaba configurada por personas que en su inmensa mayoría pertenecían a las clases más desprovistas. En la colonización española hubo predominio de desplazados con gran afluencia del sur de la Península, de clara marca cultural musulmana. También vinieron mucho "cristiano nuevos", es decir, judíos, que para nada se sentían seguros en la Península... (Zafaronni, 1998, p. 72)

Así mismo el maestro argentino, demuestra que el pensamiento de Hegel, quien es el más prestigioso ideólogo del centralismo nórdico europeo, sigue justificando el discurso excluyente, al considerar que

nuestra población se ha integrado con la acumulación histórica de indios interiores en todo y sin historia, de negros en estado de naturaleza, por ende, sin moral, de árabes, mestizos o a culturados musulmanes, fanáticos, decadentes y sensuales sin límite, de judíos cuya religión les impide alcanzar su auténtica libertad, ya que están sumergidos en el pensamiento del "servicio riguroso", de latinos que nunca alcanzaron "el período del mundo germánico, ese "estadio del espíritu que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí y de algunos asiáticos , que apenas están un poco más avanzados que los negros... (Zafaronni, 1998, p. 72)

Continúa Zafaronni,

...que las clases proletarias o pobres volvieron a la historia con Marx, pero los latinoamericanos seguimos excluidos de la misma. Seguimos marginados. En Latinoamérica llamamos

"historia" a una sucesión anecdótica de luchas políticas que parece no tener ningún sentido y mientras "eso" sea "nuestra" historia, será imposible hacer de "América Latina" una idea operativa, es decir, una idea que nos aproxime a la realidad de sus estructuras de poder y de control... (Zafaronni, 1998, p. 75)

Estas verificaciones realizadas por el maestro argentino, corroboran este distanciamiento que hemos propuesto entre la realidad y el conocimiento, en razón de esta exclusión que los indígenas y afros son tratados como inferiores y carentes de historia, ha sido lo que ha justificado la exclusión.

Es por esa razón que las reivindicaciones hacen que los primeros se ocupan de la recuperación de su historia, de sus ancestros y de toda eliminación de colonialismo, esto no significa que viven en el pasado o quieren volver al pasado, como han sido las críticas sino al haberse negado que tenían historia, su estudio es justamente recuperar la memoria de sus costumbres, sus antepasados, sus comportamientos sociales, etc.; y, los afros igualmente se ocupan de recuperar sus raíces, su identidad, sus tradiciones y memoria histórica con el objeto de la eliminación de formas de trabajo de la esclavitud. Con lo cual producen que el objeto sea descrito en su verdadera realidad.

Esta situación de exclusión se reflejó desde conquista y continuó en la república, considerando que existía una sola nación, cultura, filosofía, derecho, sin reconocer que había otras formas de agrupaciones humanas pertenecientes a otras nacionalidades diferentes de la estatal con diversa cultura y que estuvieron antes que los conquistadores invadieran estas tierras de Aby Yala.

En esa lógica, la filosofía dominante para la explicación de nuestro conocimiento, ha sido la filosofía occidental, (sin que se haya considerado a la filosofía andina), como consecuencia, todos los textos, leyes, discursos, educación se ha receptado dicho discurso de poder.

En este sentido el autor Josef Estermann, sostiene que

El mapa filosófico hecho por Occidente sigue hoy día –salvo pocas excepciones- este eurocentrismo cultural y epistemológico, expresado explícitamente en la cartografía ortodoxa...la filosofía es griega...abarca todavía prácticamente todos los territorios anteriormente colonizados por los distintos imperios europeos de turno. Una simple vista a los currículos de estudios filosóficos en universidades, institutos y seminarios de América Latina, África, Asia...demuestra claramente que se enseña en primer lugar la tradición occidental, y que las "filosofías contextuales" sólo se enseñan como un curso suplementario opcional (Estermann, 2008, p. 93).

En ese mismo sentido, Boaventura de Souza Santos, desde el punto de vista sociológico, nos explica la exclusión, sostiene que existen dos sociologías de ausencia y de emergencia; entiende por la primera:

Una vez comprendido la transformación en el ámbito del conocimiento de nuestra realidad social, este debe proyectarse en el ordenamiento jurídico-político y en especial en la Constitución, como habíamos dicho anteriormente en el Art. 1 al "...Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...".

... la investigación que tiene como objetivos mostrar lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe. Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales... (Souza, 2011, p. 47)

Además, entrega cinco criterios para dar sustento a sus explicaciones que son: "monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; lógica productivista capitalista" (Souza, 2011, p. 46).

Es decir, con los criterios mencionados se justificó que la filosofía y cultura andina no existen, además, entre otros argumentos sostiene que el Ecuador es un Estado unitario, hay una sola nación; que es imposible que exista otra justicia que no sea la estatal y cualquier manifestación es una actitud separatista, anti patria, estos han sido los argumentos contrarios para justificar la exclusión.

La segunda, sociología de la emergencia, el maestro portugués, consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas, es decir que amplía el presente uniendo a lo real las posibilidades y expectativas futuras que conlleva. Esta ampliación de saberes, de prácticas y agentes (Souza, 2011). Esto hace que la interculturalidad sea la forma de expresión de esta sociología, ya que la misma amplía la realidad, es decir, nuestro objeto de conocimiento en contraposición del discurso dominante y excluyente en nuestro país.

Es así que las constituciones fueron el fiel reflejo de esta manera de pensamiento, en la Constitución de 1998, se inició la descripción real del objeto de conocimiento, en el instante que se reconoció la pluriculturalidad, el Ecuador se declaró como tal, acercó la norma constitucional a la realidad existente, por lo mismo rompió el modelo de monocultura del saber, como la existencia de una sola filosofía o modelo para explicar nuestra realidad.

En la Constitución del 2008, este reto se ha profundizado y podemos observar en las diversas normas de rango constitucional que se construye un nuevo concepto que es la interculturalidad se apropiado o mejor dicho se recupera el espacio perdido durante los cinco siglos de dominación de esta estructura de pensamiento.

Es por ello, que para el autor suizo citado, nace la recuperación de la filosofía andina acompañada de la interculturalidad, tenemos un nuevo método como modelo explicativo y propone una filosofía intercultural (Estermann, 2008) o traducción intercultural (Souza, 2011) que permita el intercambio de estas dos filosofías o de las dos culturas

que ayuden armonizar y relacionar las diversas culturas, conocimientos, costumbres, derecho que existen en nuestro país.

Con esta propuesta, el Ecuador en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente hizo que se genere esta transformación epistemológica sustentada en la filosofía intercultural o traducción intercultural, eso se reflejó en nuestra Constitución, en el instante que existen los derechos de la cultura occidental como son los derechos de libertad (negativa y positiva), y seguridad jurídica sustentados de la Revolución Francesa. En complemento se introdujo el buen vivir como nueva forma de organizar la economía (de Souza Santos, 2009) como fin de la construcción de toda nuestra constitución, el respeto a la pacha mama, el buen vivir, la educación bilingüe intercultural, la justicia indígena, la propiedad comunitaria, los derechos colectivos y la economía comunitaria, la complementariedad entre hombre y mujer, los derechos de la naturaleza.

## TRANSFORMACIÓN DE LO JURÍDICO.

Ahora debemos estudiar en qué momento se produce la transformación jurídica-política?

Una vez comprendido la transformación en el ámbito del conocimiento de nuestra realidad social, este debe proyectarse en el ordenamiento jurídico-político y en especial en la Constitución, como habíamos dicho anteriormente en el Art. 1 al "...Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...".

Este cambio de método de interpretación desde la monocultura a la pluriculturalidad, conoce ¿qué es el intercultural? o de la filosofía contextual o filosofía intercultural, estos hacen que la realidad sea observada con todos los elementos que son parte de ella, es así que al Estado debemos analizarlo en su proceso para entender que elementos o características tiene como Estado intercultural agregando los calificativos que fueron seleccionados previamente.

Debemos apoyarnos en la filosofía política (Bobbio, 2009) para explicar el fundamento del Estado desde el modelo occidental, su evolución desde un estado absoluto al estado de derecho y del estado de derecho al estado constitucional, es así que existen dos modelos para explicarlo: 1. El aristotélico-tomista; 2. El contrato social.

El primero explica que el ser humano nació como un hombre bueno sociable, porque nace social desde que integra una familia y luego se asoció formando los clanes, esto a su vez las ciudades y así se originó el Estado como



fruto espontáneo convirtiéndose en una sociedad política que requería de una autoridad pública, por ello se considera que el hombre social es por naturaleza, por lo que jamás hubo una ruptura, sino que es una línea continua con diversas formas de gobierno: aristocrático-oligarquía, monarquía-tiranía, política-democracia (Bobbio, La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, 1999), estos los consideraba como buenos gobiernos o como malos gobiernos. Bajo esta clasificación aristotélica se consideraba a la democracia entre los gobiernos malos el menos malo.

La crítica a este modelo, fue propuesta por Thomas Hobbes, el filósofo inglés consideraba que el hombre es salvaje vive en un estado de naturaleza.

es un ser social por accidente (Sola, 2006), que todos son enemigos, se encuentra en permanente guerra, por el miedo de su destrucción y para vivir en calma se reúnen, ceden su soberanía y derechos a favor del soberano con el cual firman un contrato social, para formar el estado y pertenecer a la sociedad civil en donde existe paz y respeto por su semejante; este modelo produce una ruptura entre el estado naturaleza y la sociedad civil, a diferencia del otro modelo. Existen otros defensores de este modelo que coadyuvaron a que esta tesis tome importancia son John Locke, J.J.Rousseau, Kant, John Rawls, cada uno explica con sus diferencias pero en el fondo todos habla de un estado naturaleza, de la sociedad civil y del contrato social.

Este nuevo modelo de Estado, se conoció como Estado de Derecho, para Elías Díaz, citado por Francisco J. Ansuátegui Roig (2007), dice que las características básicas que debe tener todo Estado de Derecho son: " 1. Imperio de la Ley; 2. División de Poderes; 3. Legalidad de la Administración; 4. Derechos y libertades fundamentales"; con estos elementos o requisitos manifiesta conocemos tres modelos que son: liberal, social y democrático.

Según este mismo autor, manifiesta que el liberal se caracteriza por la presencia de libertades o autonomía; el social por la presencia de derechos sociales o prestacionales; y, el democrático conlleva el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y por lo tanto de la democracia.

Estas características nos ayudan a identificarlo, es así que el sometimiento de los poderes público o privados a la ley, no sean arbitrarios, por ello el principio de legalidad crea certidumbre en la toma de decisiones esto es seguridad jurídica, generando que la ley sea condicionante (Ferrajoli, 2001).

Pero, para este autor no todos los Estados de Derecho se pueden llamar así, por eso cita a Eusebio Fernández, que el principio de legalidad debe ser selectiva, esta selectividad debe entenderse que es cualificada en cuanto a su origen y contenido, en el primero es democrático y el segundo en cuanto a valores y derechos fundamentales.



En cuanto a su origen, con la división de poderes la ley emanada de la Asamblea, en la cual existe representación de los integrantes de la sociedad civil, además, la participación en las discusiones en la elaboración de la ley convirtiéndose en la contraposición de la elaboración arbitraria. En cuanto al contenido son los derechos fundamentales se convierten en esa materialización, convirtiéndose el Estado de Derecho, en la contradicción al Estado Absoluto o antiguo régimen y frente a todo estado totalitario, y " ...en la protección, garantía y realización de los derechos fundamentales..." (Ansuátegui Roig, 2007, p. 47).

En base a esta caracterización de los derechos se pueden diferenciar los Estados de Derecho, pero, como perfeccionamiento de los mismos, es así que el Estado liberal es el mínimo o es el estándar, cuando se reconocen los derechos sociales se perfecciona y debe asumir el reto de la transformación que implica el reconocimiento de dichos derechos como lo manifiesta Elías Díaz en su concepción de Estado de Derecho.

En la primera época del Estado de Derecho, no todos los poderes se subordinaban a la ley, es así que en Francia, la Asamblea no se sometía a ella, como se puede someter quien la elabora y son los representantes del poder soberano que es el pueblo, además<sup>4</sup>, en este contexto la Constitución sólo era una norma programática, declarativa de derechos; la ley era la norma jurídica, era la condicionante, es decir, la norma prescriptiva a seguir, por ello, en nuestro país hasta antes de 1998, la enseñanza universitaria se ponía énfasis en el estudio del Título Preliminar del Código Civil, la

4 Nuestra constitución de 1978, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía competencia de control de constitucionalidad condicionado, ya que al ejercitar esta competencia de control, esta declaración debía ser ratificada por el Congreso Nacional, nunca sucedió aquello por cuanto se consideraba que nadie podía controlar al 1er. poder que no está sometida a ningún control y estaba sobre la ley y la constitución. Ya que como se declara y se dice son el primer poder del Estado, actualmente siguen en ciertos Asambleístas como el Gral. Paco Moncayo, en entrevista en el Canal 8 el 27 de junio del 2011, dijo con motivo de las elecciones de la autoridades que hay que recuperar a la Asamblea como primer poder del estado.

Constitución se enseñaba como algo accesorio.

Cuándo podemos decir que hay la transformación o transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional?

Continúa Francisco J. Ansuátegui Roig (2007), explicando cuando se puede considerar un Estado de Derecho se ha transformado en un Estado Constitucional, toma a Pérez Luño, quien dice que hay una triple transición en los Ordenamientos jurídicos a saber:

- \*1.- De la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución.
- 2.- De la reserva de la ley a la reserva de la Constitución.
- 3.- Del control de la jurisdiccional de la legalidad al control de la jurisdiccional de la constitucionalidad.\*

El primer criterio de transición, es tener una constitución rígida, por lo mismo considerado la jerarquización de los poderes (de Cobo, 2008), esto tiene que ver cuando el poder constituyente-Constitución, es condicionante del proceso político, es el único que puede reformar la Constitución, en los límites que fije la misma.

Es con esta rigidez que debemos tomar en serio la Constitución, existe la Supremacía de la misma, ingresa al análisis el tercer criterio de transición que es el control jurisdiccional de la constitucionalidad, es cuando las leyes contraríen la Constitución como fuente primaria de la ley, esta debe ser controlada por un órgano sobre su constitucionalidad como la Corte Constitucional, este es uno de los mayores aportes de Kelsen.

Por otra parte, dentro de este criterio para transformar el Estado de Derecho en Estado Constitucional, es considerar a la Constitución como norma suprema en la jerarquía del ordenamiento jurídico (Constitución del Ecuador, Título IX, Art. 424), el control de la constitucionalidad de las leyes y decisiones (Constitución del Ecuador, Títulos I- IX, Arts. 11 426, 428, 436), como norma jurídica de aplicación directa e inmediata (Zagrebelsky, 2005) y de vinculación a los poderes en sus decisiones (Constitución del Ecuador, Título 1, Ar. 11, numeral 3, inciso 1ero), es decir, al pasar de una norma programática o descriptiva a una norma prescriptiva el poder constituyente espera una conducta de los poderes, que él construyó (legislativo, judicial, ejecutivo) se cumplan en forma obligatoria, así mismo, debemos anotar que no se requerirá de ley para la aplicación y reconocimiento de derechos. En el caso ecuatoriano, a partir de 1998 se hace la transformación, pero se profundiza en la actual Constitución en el momento que también es horizontal, es decir, que obliga a los particulares (Constitución del Ecuador, Título 1, Ar. 11, numeral 3, inciso 3ro). Aquí la ley está condicionada a los derechos y garantías (Ferrajoli, 2001).

Así mismo el criterio de supremacía de la constitución provoca el condicionamiento del poder y de sus decisiones para el respeto y tutela de la convivencia de todos los ciudadanos y de los derechos reconocidos por la Constitución (Constitución del Ecuador, Título IX, Arts. 424, 425, 426, 427 y 428).

En cuanto al segundo criterio, para definir la transformación, el autor español nos expresa que la reserva de la ley, se producen por la complejidad social cuando una actividad humana debe ser regulada exclusivamente por la ley, pero además, la complejidad también radica por el Estado Social en que existe una proliferación de leyes para regular sus actividades. Termina Pérez Luño que la reconducción de la reserva legal a la reserva de la Constitución se debe al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico y también leyes que ocupan un orden cualificado por lo mismo desde el punto de vista formal y material, como son las leyes orgánicas.

La crítica al positivismo jurídico, es que existe la crisis del principio de legalidad cuando la ley no se cumple y el Estado no interviene, y, así mismo cuando la democracia liberal tiene patologías como la corrupción y el no cumplimiento de los derechos sociales a través de garantías jurisdiccionales, esto es la impotencia del derecho (Ávila, 2008).

Esta crisis de la ley se corrige en el momento en que la Constitución es considerada norma jurídica de aplicación directa e inmediata por todos los miembros de la sociedad como autoridades públicas y cualquier ciudadano y están protegidas por las garantías como esas herramientas jurídicas que tiene el ciudadano frente al poder, además con los correctivos del párrafo anterior.

Con estos criterios, nace el "neopositivismo" que evoluciona para servir al constitucionalismo, para finalizar con esta transición debemos a los criterios propuestos por el profesor español, agregar los propuestos por Ricardo Guastini (2009), quien señala cuáles son las características que debe tener un Estado Constitucional, para ser considerado como tal y son las siguientes:

1.- *Una Constitución rígida.*- 1.1. La reforma, modificación, derogación solo puede hacerlo mediante un procedimiento especial de revisión constitucional.\*1.2. Los derechos reconocidos por la Constitución no puedan o no deban ser modificados en modo alguno ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. Constitución material, es decir, que esto vincula a los poderes en la toma de decisiones incluido el legislativo, bajo este criterio Ferrajoli llama la estricta legalidad, que debe orientar en el contenido que debe tener una ley, esto es, "que se decide" y "que no se decide".

2.- *La garantía jurisdiccional de la Constitución.*-Es la creación del control constitucional de las actuaciones de los poderes públicos y privados por un órgano jurisdiccional.

3.- *La fuerza vinculante de la Constitución.* Trata sobre la ideología de cada país, son constituciones largas, en el sentido que incluyen las normas de organización estatal, normas de declaración de derechos que crean una vinculación entre el Estado y el ciudadano; además, principios generales que no son de aplicación inmediata sino que se deben concretizar por parte del legislador, jueces; disposiciones programáticas.

4.- *La sobreinterpretación de la Constitución.* Los intérpretes de la constitución son el ciudadano en general, los jueces, los órganos del Estado y los juristas.

5.- *La aplicación directa de la Constitución.* Con lo cual se transforma en una norma jurídica, que pasa de una norma descriptiva a una norma prescriptiva de cumplimiento por parte de todos quienes se encuentra bajo esa constitución. Ayuda el desarrollo de los principios y de las normas programáticas, así como de los derechos.

6.- *La interpretación conforme de las leyes.* Las normas deben ser interpretadas por los Jueces para buscar el mejor sentido de la misma y que este conforme a la Constitución, con lo cual se encuentra la concretización de la norma aplicable al caso en concreto.

7.- *La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.* Esta influencia se constata cuando los jueces constitucionales en sus fallos tiene conocimiento y resuelven: Cuando resuelve las cuestiones de competencias entre los órganos políticos y por último resuelve sobre la constitucionalidad de las leyes.

Si podemos analizar nuestra Constitución del 2008, estamos en la capacidad de afirmar que si existen las características para ser considerado un Estado Constitucional, pero, esto desde el modelo occidental tanto europeo como norte americano, o desde el modelo llamado actualmente Neconstitucionalismo.

Este modelo generado por la experiencias de un derecho constitucional solamente formal no ayudo ni a la convivencia humana peor aún a la protección de derechos, es por ello que genera nuevas expectativas con la propuesta del Neconstitucionalismo que junto a la declaración como Estado plurinacional e intercultural traen como consecuencia, la crisis y surge esta nueva experiencia que produce el debate y el repensar para la reconstrucción de conceptos y que estos responda a las realidades que ha generado la Constitución actual.

Retomando las palabras de Ayala Mora, si la construcción del Estado laico para transformarse y dejar atrás conceptos del Estado religioso duró más de cien años, esperemos que este nuevo debate no dure tanto tiempo, pero en el optimismo se genere la verdadera transformación en todos los campos del saber en el Ecuador y tengamos por primera vez una construcción propia.

Esta construcción del constitucionalismo en el Ecuador, debe funcionar como un proceso de transición como propone Boaventura de Souza Santos, el derecho debe ayudar a la

emancipación por la crisis que esta propuesta de estado intercultural está generando y por lo mismo debemos crear un nuevo principio de constitucionalidad y de legalidad con las diversas fuentes (pluralismo jurídico) que existe en el Ecuador provocando el dialogo intercultural y así iremos avanzando en la creación de este derecho que es vivo.

Esta es la propuesta para el debate planteada y que debemos asumir los retos y no solamente hacer crítica sin ninguna justificación cayendo en falacias que no tiene sentido lógico.

## TRANSFORMACIÓN DESDE LO POLÍTICO

Siguiendo la propuesta de la investigación, debemos abordar si existió o no transformación en lo político? Esto nos motivó para por seleccionar este calificativo democracia. Como habíamos explicado en el apartado de la transformación en lo epistemológico y jurídico, no ha existido la relación entre la realidad sea con el objeto de conocimiento que es la realidad social, cultural y con la norma.

Así mismo, tampoco hubo en el Ecuador un sistema democrático con los criterios que ha sido entendida esta institución política, por lo mismo fue la justificación para la exclusión de los indígenas, afros, mujeres. Pero, la transformación política producida por la crisis que provoca la interculturalidad nos ayudará a repensar en cuanto a la participación política democrática y la inclusión en este tema, es por ello que justamente la Constitución reconoce que la democracia es representativa, directa y comunitaria (Constitución del Ecuador, Título IV, Art. 95, inciso 2do) con derechos de participación en la construcción del poder ciudadano<sup>5</sup>.

Como se puede reflejar lo expuesto, estimo que debemos busca la explicación para verificar lo anterior como se justificó este ejercicio de poder, Platón y Aristóteles fijaron varias formas de gobierno: aristocrático-oligarquía, monarquía-tiranía, política-democracia (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009).

En la Edad Media la religión influyó en todo el pensamiento humano, tomaron las leyes de los estoicos (ley eterna, ley natural, ley divina, ley humana) por parte de San Agustín (Gómez Pérez, 1972) y adaptada para explicar la posición de dominación de Dios y de la religión católica, es por esa razón se requería una forma de gobierno monárquica que represente la acumulación de los poderes, así se reproduce el modelo político del Imperio Romano (Perogaró, 2009) tanto en la jerarquía de la iglesia y del gobierno de los hombres, como la estructura del ejército y el lenguaje utilizado de éste último, así mismo se recupera el derecho Romano cuando Justiniano hizo la codificación en el siglo V.

<sup>5</sup> N Artículo 61 numeral 2, artículo 95 inciso 2do. y artículo 96 de la Constitución del Ecuador. Considera que la democracia participativa al poder soberano lo tienen los ciudadanos que eligen mediante el sufragio a sus representantes, que en la historia del Ecuador, era un grupo muy reducidos que pasaban de partido en partido y elegidos por su formación tecnócrata, esos se consideraban los más capaces, menospreciando al pueblo a los representantes de la masa.





...creencia en que el poder de la autoridad que gobierna proviene de una autoridad de carácter divino superior...

Con esta transpolarización se justificó que la razón y el poder eran develados por Dios y entregado a una persona humana elegida y su ejercicio del poder en esas condiciones, sólo podía ser virtuoso y legítimo.

En esa lógica, las leyes eran dadas por el Dios creador y revelaba las mismas ya que la única verdad es la palabra de Dios, por lo que la autoridad representada en el Rey (que era el representante de Dios en la tierra) no podía ser una persona cuestionada y además, estaba sobre la ley y no se sometía a ella, San Agustín explica esta legitimidad cuando cita las palabras de Isaías *"sino creyereis no entenderéis"* esta frase fue la piedra angular del conocimiento, con ello la

...creencia en que el poder de la autoridad que gobierna proviene de una autoridad de carácter divino superior al común de los seres humano, data de tiempos inmemoriales(...) La autonomía de la razón era un principio completamente ajeno al pensamiento medieval. La razón no puede ser su propia luz, se afirmaba; para ejecutar su obra se requiere de una fuente más alta de iluminación (...) La razón, abandonada a sí misma, es ciega e impotente, pero cuando la guía y la ilumina la fe, pone en juego toda la fuerza (Pizzolo, 2004, p. 35).

Es así que el ejercicio de poder se lo realizó con la forma de gobierno monárquico- autoritario, sin límites de ninguna naturaleza, discriminado al pueblo, otorgando solamente derechos conforme a su estamento, acumulando poder legitimado por *"la santidad del officio regio"*,

...que significaba la inviolabilidad del derecho del monarca a su trono, derecho derivado directamente de Dios y transmitido hasta él por su legítima herencia. La importancia de esta teoría estriba prácticamente en las consecuencias prácticas deducidas de ellas: en primer lugar, el deber de obediencia pasiva que tenían los súbditos para con sus soberanos a pesar de las diferencias doctrinales y, en segundo, la imposibilidad de que un monarca sea depuesto por un poder externo como el papado. La imposición de la autoridad divina del rey era esencialmente milagrosa y tenía que aceptarse por un acto de fe y no de razón (...) la tesis de que los reyes son imágenes vivas de Dios sobre la tierra... (Pizzolo, 2004, p. 37)

Esta forma de ejercicio del poder provocó los excesos históricos de la Edad Media o pre moderna o antiguo régimen, en el proceso histórico del hombre han existido formas de poder autoritario como el social nacionalismo en Alemania 1933-1945, el fascismo en Italia, las dictaduras militares en Chile y en Argentina, como las que han existido en nuestro país 1972-1976, 1976-1978, por su supuesto no con tintes de divinidad, pero de autoritarismo, han "justificado" su poder en una forma deformada que nace de la Constitución, de la ley y que protegen al pueblo, con criterios como defender "el espíritu del pueblo alemán", además, para salvar al pueblo de los gobiernos corruptos.

Para criticar, revertir lo anterior el ser humano entendió la libertad de tomar sus propias decisiones, con esa posición en mundo pudo destruir las desigualdades del antiguo régimen, (estamentos sociales y los derechos se tenían conforme la pertenencia a cada estamento), y reconstruir esos derechos sobre la igualdad entregada a cada individuo que pertenece a la sociedad civil (Fioravanti, 2009) y cada individuo tiene derechos fundamentales sin importar su pertenencia a una clase social determinada, nace la igual formal ante la ley, se construyen los derechos políticos de elegir y ser elegidos como una democracia representativa.

Esta es una de las características fundamentales de los derechos desde el modelo de Ferrajoli la *universalidad* desarrollada en la igualdad; en ese cambio el hombre considerado individuo que toma conciencia de su propia inteligencia, destruye el miedo a Dios que es el miedo al soberano, el proceso político que se encuentra en que el súbdito en la historia del hombre ha pretendido siempre arrancar los velos o las máscaras que los detentadores del poder que tienen (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009)<sup>6</sup>.

Con la ruptura y reconstrucción propuesto por el pensamiento ilustrado burgués se generó la recuperación de esta forma de gobierno y se regresó a los creadores de la democracia que fueron los griegos, pero Bobbio desnuda las debilidades de este pensamiento clásico<sup>7</sup> ya que consideraron a

...la democracia casi siempre fue colocada en el último lugar, precisamente en razón de su naturaleza de poder directo de la masa o del pueblo, al que generalmente se le atribuyeron los peores vicios: la frivolidad, la inconsecuencia, la ignorancia, la incompetencia, la insensatez, la agresividad, la intolerancia. La democracia nace, según el dicho clásico, de la violencia y no puede conservarse más que por la violencia...Baste recordar la descripción que hace Platón en el Libro VIII de la República sobre la disgregación social de la que es responsable el gobierno popular; un modelo para los tiranos de todas las épocas. Aristóteles no se queda atrás...el término "democracia" los emplea para designar al gobierno popular malo...Platón asemeja el vulgo a una

<sup>7</sup> Esto es como consecuencia de la aplicación del sistema democrático, también cambia la visión anterior cuando los límites al poder no eran vistos en cuanto a (Es así como los filósofos griegos consideraron a la democracia entre los gobiernos malos el menos malo, tomando en cuenta el contexto histórico de la época, los ciudadanos griegos eran los únicos que podían pensar y ejercitar el poder, quedando excluidos los extranjeros quienes eran incivilizados, los esclavos quienes no tenían esa condición de ciudadanos mal podían objetar aquello. Peor aún los delincuentes eran expulsados de la ciudad-estado y alejados de ella a zonas agrestes. Había exclusiones groseras en aquella época.



bestia enorme, (...) es preciso poner freno a esta bestia (...) el vulgo es un monstruo terrible, frívolo, perezoso, miedoso, desmedido, ávido de cosas nuevas, ingrato. Una vez definida la democracia como el gobierno de los pobres, precisamente porque no tiene nada, carecen del derecho de gobernar; y cuando logran arrebatarse el poder producen desastres... (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009, p. 406)

Esta concepción de la democracia es producto de la sociedad estamental y jerárquica existente en Grecia, pero este criterio ingreso en el proceso de construcción del ser humano y ha evolucionado hasta que el mismo Norberto Bobbio, define qué es la democracia?:

"como la forma de gobierno en la que rigen normas generales –las llamadas leyes fundamentales- que permiten a los miembros de una sociedad, por numerosos que sean, resolver los conflictos que inevitablemente nacen entre grupos que enarbolan valores e intereses contrastantes, sin necesidad de recurrir a la violencia recíproca. Estas leyes fundamentales atribuyen a los representantes de los diferentes valores e intereses, el derecho de expresar libremente sus opiniones, incluso las opuestas a los gobernantes de turno, sin el riesgo de ser arrestados, exiliados o condenados a muerte, así como el poder de participar directa e indirectamente, mediante delegados o representantes, en la formación de las decisiones colectivas, con voto calculado de conformidad con el principio de la mayoría... (Cárdenas Sierra, 2010, p. 130)

Con este concepto en líneas posteriores iremos desarrollando la explicación del filósofo turinés, que tiene origen en el contrato social, expresando que el fundamento de una sociedad democrática

...es el pacto de no agresión de cada cual con todos los demás y la obligación de obedecer las decisiones colectivas tomadas en base a las reglas del juego preestablecidas de común acuerdo, de las cuales la principal es la que permite resolver los conflictos que de vez en cuando surgen sin recurrir a la violencia recíproca, estos pactos negativo (...) y positivo (...), para ser válidos, también eficaces, deben estar garantizados por un poder común... (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009, p. 416)

Una vez justificado su fundamento de origen y fundamento del poder en el contrato, este construye los derechos políticos o de participación en democracia toma como criterios de su construcción la democracia de los antiguos y la democracia de los modernos, con esta clasificación pretende justificar la toma de decisiones y su racionalidad en las leyes para resolver los conflictos tomando en cuenta como debe ser la participación en cada una; es así que la primera es la democracia directa y la segunda es la democracia representativa.

La democracia para los antiguos tiene una imagen de la democracia directa y por esa razón es

"...por completo diferente: al mencionarse la democracia pensaban en una plaza o en una asamblea en las que los ciudadanos eran llamados a tomar las decisiones que les correspondían... el hecho de que ese poder del pueblo, de la mayoría, de los muchos, de la masa o de los pobres no era el de elegir quién habría debido decidir, sino el de decidir ellos mismo... (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009, p. 402)

Posteriormente, expresa que la democracia directa entendida por los griegos no asociaban el concepto de sufragio, sino más bien se relacionaron con la aristocracia y monarquía, por ello Sócrates, *entendió que era un régimen mixto entre democracia y la aristocracia*, tomando en cuenta que la asignación de los cargos se presenta no por sorteo, sino por elección entre candidatos previamente designados.

Para Rousseau admirador de los griegos, consideraban tres clases de aristocracia natural, hereditaria y electiva, la última era la preferida, ya que, la elección de un cuerpo de elite mediante la aprobación del pueblo (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009). Es decir, que en este contexto histórico no era el pueblo el que estaba elegido, sino utilizado para legitimar a la aristocracia, es lo que ha sucedido en nuestra realidad ecuatoriana siempre han sido "los mismos" elegidos.

Esto se conoce como la democracia representativa<sup>8</sup>, la misma tuvo su gran construcción en Estados Unidos, pero antes Montesquieu escribía:

El pueblo que ejerce el poder supremo debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros (...) El pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su propia autoridad (Bobbio, Teoría General de la Política, 2009, p. 40).

Es así que Bobbio considera que la democracia moderna,

...la soberanía no la tiene el pueblo sino que la tienen los individuos en cuanto ciudadanos, (...) el pueblo es una abstracción cómoda, pero al mismo tiempo como he mantenido falaz. (...) La democracia moderna descansa en una sociedad individualista, (...) pero el individualismo entendido desde las dos posiciones liberal y la democrática; la primera arranca al individuo del cuerpo orgánico de la sociedad y lo hace vivir fuera del seno materno metiéndole en el mundo desconocido y llenos de peligro de la lucha por la supervivencia, donde cada cual debe velar por sí mismo, en una lucha perpetua... El segundo lo reintegra a sus semejantes para que de su unión la sociedad sea considerada ya no como un todo orgánico del que brotó, sino como una asociación de individuos libres; el

8 "...Nosotros hablamos de democracia lo primero que nos viene a la cabeza es el día de las elecciones, largas filas de ciudadanos que aguardan su turno para depositar su voto... el tipo de sufragio con el que se suele hacer coincidir el hecho más relevante de una democracia de hoy es el voto no para decidir, sino para elegir a quien deberá decidir... Uno de los mayores teóricos de la democracia moderna, Hans Kelsen, considera que el elemento esencial de la democracia real (no de la ideal, que no existe en ningún lugar) es el método de selección de los dirigentes, o sea las elecciones..."

primer reivindica la libertad del individuo frente a la sociedad; el segundo lo reconcilia con la sociedad haciendo de ésta el resultado de un acuerdo libre entre individuos inteligentes... (Bobbio, *Teoría General de la Política*, 2009, pp. 411-412)

Como hace esta democracia directa, representativa y participativa de los ciudadanos frente al poder estatal para limitarlo y controlarlo es considerar a la democracia "el poder en público", es decir que parte desde Grecia cuando las personas tomaban decisiones en el ágora para luego trasladar eso al Parlamento, esto hace que el conocimiento que debe tener el ciudadano de los que hace su representante, ya que "representar es hacer perceptible (...) un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública", es por eso que la democracia es la antítesis de las formas autoritarias que no son más que formas de esconder el poder y sus decisiones del pueblo.

Para terminar qué es la democracia? Bobbio, desarrolla el principio de la mayoría expresando que es necesario pero no suficiente por lo mismo debe apoyarse en el principio de libre negociación, por lo que manifiesta que ambos principios son necesarios e interdependientes,

ya que el principio de la mayoría es democrático siempre y cuando se aplique al mayor número, del mismo modo el principio de la libre negociación es democrático a condición ( se trata de una condición límite y por lo tanto difícilmente realizable) de que los socios tenga igual poder (entendido como la cantidad de medios adecuados para influir sobre los contraparte). Todo lo anterior no resta importancia a esta modalidad de formación de la voluntad colectiva que no puede circunscribirse al principio de la mayoría y que al mismo tiempo es perfectamente compatible con el conjunto de valores que se asocian habitualmente con el concepto de democracia (Bobbio, *Teoría General de la Política*, 2009, p. 476).

A modo de conclusión podemos decir, que la democracia en los tiempos actuales es justamente una democracia preocupada en ampliar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, es por ello que la democracia directa ha variado siendo su expresión a través del voto, pero, con procedimientos en que el pueblo puede ser consultado, la revocatoria del poder, estos se conjugan con la representativa en cuanto elegimos a nuestro representantes para la Asamblea, Presidente y demás representantes.

### Bibliografía:

- Ayala Mora, E. (2002). Justicia Indígenas. In J. Salgado, *Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Quito: ABYA-YALA.
- Souza, B. d. (2011). *Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala.
- Ávila, R. (2008). *El neo constitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la constitución del 2008*. Quito: ABYA-YALA.
- Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, Estado, Sociedad\* Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Abya-Yala.
- García, L. (2013). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valenci: Editorial Tirant lo Blanch.
- Zataronni, E. (1998). *Criminología Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.
- Estermann, J. (2008). *Si el sur fuera el Norteq*. Quito: Abya-Yala.
- de Souza Santos, B. (2009). *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. In A. Acosta, & E. Martínez, *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad* (pp. 23-42). Quito: AbyaYala.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría General de la Política*. España: Editorial Trotta.
- Bobbio, N. (1999). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Editorial Fondo de Cultura Económico.
- Sola, V. (2006). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Ansuátegui Roig, F. (2007). *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Editorial U. Externado.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Barcelona: Trotta.
- de Cobo, C. (2008). *La Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
- Zagrebelsky, G. (2005). *La Teoría de la Constitución*. Minima Trotta.
- Pizzolo, C. (2004). *Sociedad, Poder & Sociedad*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Gómez Pérez, R. (1972). *La ley eterna en la Historia, Sociedad y Derecho según San Agustín*. España: Ediciones Universidad de Navarra.
- Perogaro, J. (2009, 7 4). *Notas de clases Sociología del Proceso. Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal*. Quito.
- Fioravanti, M. (2009). *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Cárdenas Sierra, C. (2010). *Filosofía Política y Del Derecho: Tomás de Aquino en dialogo con Bobbio, Chomsky, Rawls y Alexy*, Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010, p.130. Bogotá: Editorial Universitaria Santo Tomás.

# DE UN ESTADO EXCLUYENTE A UN ESTADO INTERCULTURAL (UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA, POLÍTICA, JURÍDICA E INTERCULTURAL) PARTE II

Álvaro Román Márquez

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador Abogado y Dr. En Jurisprudencia (UCE), Abogado en libre ejercicio profesional. Profesor de la U. Central del Ecuador y U. Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.*

*Máster en derecho Constitucional (UASB) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (UCE). Profesor de pregrado y posgrado.*

## RESUMEN

Pese a que han transcurrido aproximadamente siete años de existencia y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador todavía no podemos atrevernos a decir que la validez normativa sea equitativa con su validez sociológica. Sobre las instituciones de vanguardia que posee sus enunciados en concordancia con el movimiento neo constitucional que dejado sus huellas en casi todas las constituciones de Latinoamérica existe una alta dosis de incredulidad en un amplio sector de opinión política y académica reacios todavía en encontrar la anhelada transformación de los fundamentos en los que se asienta nuestro estado de derecho.

Uno de esos pilares que recoge la novedosa carga neo constitucional de la carta magna tiene que ver con el tema de la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, principios sobre los cuales se construye la justicia ordinaria e indígena como dos fuentes de derecho complementarias, independientes y jerárquicamente homogéneas. La pluriculturalidad como ideal supremo tiene sus escollos en la propia normativa constitucional y legal resistente a aceptar una construcción teórica – jurídica que requiere de una verdadera participación de todos los pueblos y nacionalidades que conforman nuestra sociedad en la conformación, estructura de todas las instituciones del Estado y en la obligatoria presencia que deberían tener en el diseño e implementación de las políticas públicas, que van mas allá del simple nivel discursivo.

**PALABRAS CLAVE:** *PALABRAS CLAVE: Epistemología, control constitucional, constitución rígida, democracia representativa, democracia constitucional, democracia comunitaria, conflicto social, derecho a elegir, interculturalidad, estado plurinacional, ama killa, la minga, el latigo, la antijuridicidad e interculturalidad.*

## ABSTRACT

Although they have passed about seven years of existence and validity of the Constitution of the Republic of Ecuador we can not yet dare to say that the law is equal validity with its sociological validity. On leading institutions having their statements in accordance with the constitutional movement neo that left its mark on almost all constitutions in Latin America there is a high dose of disbelief in a broad sector of political and academic opinion still reluctant to find the desired transformation the foundations on which our rule of law is based. One of those pillars that collects new constitutional neo charge of the constitution has to do with the issue of multiculturalism and legal pluralism, principles upon which the ordinary and indigenous justice as two complementary sources of independent law is built and hierarchically homogeneous. Multiculturalism as the supreme ideal has its pitfalls in the constitutional and legal rules themselves resistant to accept a theoretical construct - law that requires genuine participation of all peoples and nationalities that make up our society in the establishment, structure of all state institutions and the obligatory presence they should have in the design and implementation of public policies that go beyond the mere discursive level.

**KEYWORDS:** *Epistemology, constitutional control, rigid constitution, representative democracy, constitutional democracy, community democracy, social conflict, the right to choose, intercultural, plurinational state, ama killa, the Minga, the whip, the illegality and multiculturalism.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 10  
APROBADO: 2015 - 05 - 23

## LA TRANSFORMACIÓN DESDE LO INTERCULTURAL. EL ESTADO PLURINACIONAL.

Vemos que la democracia ha ido perfeccionando el momento que el poder debe gobernar en público a través de la transparencia, mediante el sistema informático de los actos que realizan; los procesos penales se generan en base al principio de inocencia y a la defensa; la silla vacía que deben tener todos los grupos colegiados para que el ciudadano pueda sentarse a observar la toma de decisiones de sus autoridades; democracia directa, las veedurías ciudadanas; la revocatoria del mandato, la creación en nuestro país de la Función de Transparencia y Control Social ( Quinto Poder) (según lo indican los respectivos artículos de la Constitución)

El elemento formal de la democracia, es el de mayoría, pero si se consigue acuerdos entre los grupos que deben tomar decisiones teniendo en cuenta los objetivos y fines del bienestar de las mayorías, pero sin caer en la democracia del voto de mayoría que impone sus ideas como es la democracia plebiscitaria que dice Ferrajoli esta es la peligrosa, si la entendemos en su primera parte estamos frente a una madurez política que debemos ir construyendo.

A esta propuesta de Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, hace una propuesta de democracia constitucional, para ello parte de dos valores que son la paz y los derechos fundamentales, por qué de estos valores? Cuál es la función de la constitución?

En primer, lugar recuerda la II Guerra Mundial, como ese punto trágico violento que la humanidad tuvo que vivir, en la que los estados en guerra destruyeron ciudades a gran escala y hubo el apareamiento de la bomba atómica que produjo 140.000 muertos en Hiroshima en pocos minutos, como consecuencia, hizo que se estructure la creación de la ONU, con el compromiso de vivir en paz.

En el segundo valor el autor cita el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre 1789, "Toda sociedad en la que no están aseguradas las garantías de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución".

Con estos antecedentes, propone la *democracia constitucional*, donde la Constitución es el límite de cualquier poder sea público o privado, sea este de la mayoría, o de los poderes estatales y de los poderes económicos del mercado.

Como consigue aquello, la transición del principio de la ley al principio de la constitución, como consecuencia la constitución se convierte en fuente de todas las decisiones, es decir, que aquí se cumple que la ley está condicionada:

en primer lugar, siendo la ley sobre la ley, el derecho sobre el derecho, por ello ya no importa el *quién* tiene la competencia para hacer la ley y el *cómo* se hizo la ley, sino que ahora importa el *qué* se decide y el que no se decide, esto es, que cuestiones están en la esfera de la decisión de los poderes por lo que con los límites que pone la constitución hace que las decisiones estén siempre en conseguir la satisfacción de estos dos valores: la paz y los derechos fundamentales.

En segundo lugar, siendo rígida tanto en su reforma con un procedimiento cualificado y los derechos fundamentales tutelados de cualquier afectación de estos poderes.

En tercer lugar, la soberanía interna como externa los sujetos están sometidos a la constitución. La mayoría debe tomar decisiones de proteger las libertades y buscar la realización de los derechos sociales. Este es como el principio de mayoría propuesto por Bobbio, que era en beneficio de muchos, en ese sentido Ferrajoli en busca de los derechos sociales o de prestación.

Es decir, promueve la democracia sustancial o material que es la que protege a los derechos fundamentales y que las decisiones de los poderes están en esta lógica, supera a la *democracia formal* que es la toma de la decisión de la mayoría sin estar sujetos a la constitución y sin respetar los derechos fundamentales. En esta última el parlamento tiene poder omnipotente y por lo mismo está sobre la ley, este era el caso de nuestro Parlamentos en la vida republicana hasta el año 2008.

Y, por último para configurar esta democracia constitucional, es la creación de garantías que puedan hacer efectiva la Constitución, es decir, sean efectivos los derechos, con ello cierra esa preocupación inicial entre norma y realidad o realidad y norma. Si se cumple y se tiene estas garantías para hacerlas cumplir la Constitución esta es una de las mayores preocupaciones de Ferrajoli he ahl la construcción del modelo garantista.

Debemos agregar a estas propuestas, el modelo explicativo de Jürgen Habermas, de la *democracia comunitaria*, este autor alemán plantea una crítica y una reconstrucción al modelo dominante, en primer lugar critica el modelo del contrato social como es visto, ya que parte de un modelo de la filosofía de conciencia, ésta observa a un sujeto solitario sin la relación con otro, es decir, que no requiere de la utilización del dialogo entre ciudadanos, solo hace referencia justificaciones político-lógicas que afirman la autonomía jurídica y política de los individuos, además considera a este modelo hipotético ya que desconoce de la capacidad reflexiva que cada individuo puede adquirir de él y que puede alcanzar colectivamente. Este modelo así mismo es hipotético por cuanto los individuos pueden elegir racional e institucionalmente de forma predeterminada y sesgada conforme a los intereses que representen.

La reconstrucción y propuesta es construir un modelo



nos ayuda a comprender que el contrato social es un proceso, no es el producto de una situación hipotética, sino como todas las personas que pertenecemos a una sociedad podemos solucionar nuestros conflictos por el reconocimiento de leyes fundamentales que hace que no recurramos a la violencia sino al diálogo como forma de superación racional.

El modelo de filósofo alemán, de la democracia, en primer lugar parte de tres proposiciones que son *la racionalidad, el lenguaje y la acción*, con ello consigue que la acción deba ser comunicativa sustentada en el lenguaje para poder entendernos entre todos los ciudadanos, sin posibilidad de excluir a ninguno, es allí en donde nace la racionalidad en la toma de decisiones.

En consecuencia la democracia se sustenta a.) En la intersubjetividad comunicacional frente al monólogo resultante de la filosofía liberal, con ello debe existir la participación total y entera de los ciudadanos; b.) Debe garantizar el intercambio cada vez más amplio de los argumentos y razones que pueden iluminar a los individuos y que pueden servir a la formación de una voluntad en común, comunicacionalmente compartido; c.) Debe procurar que los individuos se definan por sus intervenciones. En resumen la democracia es la participación total de los ciudadanos y no de una manera sesgada como se da en la democracia liberal nacida del contrato social.

El momento en que los ciudadanos son incluidos colectivamente como autores de las leyes a las cuales se someten como destinatarios, estas mentalidades democráticas que se fijan en la autolegislación de cada uno con ello asegurar el consentimiento de todos en los que concierne a los derechos, a las normas e instituciones se convierte en el sustento de la democracia. No como la transferencia o la adhesión que hacen en cuestiones prelijadas (justicia y la moral) en el contrato social los individuos, por ello es un modelo hipotético.

En el proceso de Habermas, el contrato social es

una construcción y el proceso democrático como una intersubjetividad sustentada en la acción comunicacional de las vivencias de cada persona en expresar sus razones tanto en estar de acuerdo y en el no estar de acuerdo. Esta construcción es importante en la actualidad ya que nos puede ayudar en el permanente diálogo que enfrenta el modelo de interculturalidad en nuestra realidad, es por eso importante que el sistema democrático siga vigente en nuestra realidad social, jurídica y política.

Con los criterios que nos ha delineado Bobbio, Ferrajoli y Habermas, podemos trasladar estos modelo a la realidad ecuatoriana, en el desarrollo de nuestras constituciones este adjetivo ha sido distorsionado o ajustado para cumplir con los intereses de la oligarquía que ha capturado el poder desde el nacimiento como república (1830) y nos ha engañado durante todo este tiempo de que existía una democracia en el Ecuador.

Ese ha sido el fin de exponer todas estas ideas para que los lectores saquen sus propias conclusiones y hagan una construcción a través de esta exposición. Es con estas propuestas que debemos tomar en cuenta para poder avanzar e interiorizar lo que es la democracia con el fin de que nuestra transición de construcción desde lo político y jurídico que tiene como base lo epistémico nos ayude a entender al otro y podamos comunicarnos para poder llegar acuerdos con el objetivo de construir la interculturalidad dentro de lo que es la democracia.

Así mismo, haremos un breve análisis histórico-jurídico-político de nuestras constituciones en la que nos podremos dar cuenta lo manifestado anteriormente, esto nos hace ver la exclusión y lo que hemos conseguido con la Constitución del 2008. Para esta explicación veremos cómo se desarrolló, *el derecho a elegir y el sistema de elecciones o derecho a ser elegido*.

## DERECHO A ELEGIR

En cuanto, al derecho a elegir 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, podían votar los varones que cumplan con los requisitos para ser ciudadano, esto es: los casados, alfabetos y que tengan bienes raíces valorados en 300 pesos o más, o que posean una profesión no servil (médico, abogado, sacerdote).

Además, para ser elector se requería ser sufragante parroquial; haber cumplido veinticinco años; ser vecino de una de las parroquias del Cantón y gozar de una renta anual de doscientos pesos que provenga de bienes raíces, o del ejercicio de alguna profesión o industria útil.

Este derecho en las constituciones de 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946 y 1967 Para ser sufragante se requería tener 21 años y vecino de la parroquia en que sufrague, eliminándose de igual manera el requisito de poseer una renta anual de doscientos pesos, provenientes de bienes raíces o de alguna profesión o industria útil.

La Constitución de 1929 señaló que el término "elector" debe entenderse como toda mujer u hombre, mayor de 21 años, que supiere leer y escribir. Las Constituciones de 1878, 1884 y 1897 establecieron que son electores los ecuatorianos que ejerzan los derechos de ciudadanía.

La Carta de 1946 estableció que el voto para las elecciones populares era *obligatorio para el varón y facultativo para la mujer*. A partir de la Constitución de 1967 se instaura el voto obligatorio para el hombre y la mujer. Así mismo, en todas estas anteriores constituciones la exclusión a los indígenas y afroes era total.

En la de 1978, la edad mínima para poder sufragar quedó fijada en 18 años y hallarse en goce de los derechos políticos. Se estableció el voto universal, igual, directo y secreto, obligatorio para los que sepan leer y escribir y facultativo para las personas analfabetas, a excepción de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.

En la de 1998, De igual manera se estableció como edad mínima para poder sufragar la de 18 años y estar en goce de los derechos políticos. Señaló el voto popular, universal, igual, directo y secreto; obligatorio para los que sepan leer y escribir, facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años, a excepción de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo. Se incorpora a los ecuatorianos domiciliados en el exterior para que puedan elegir Presidente y Vicepresidente de la República en el lugar de su registro o empadronamiento.

En la del 2008, prevé que las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. Se mantiene el voto obligatorio para los mayores de 18 años, así como a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. Se establece que el voto será facultativo para: las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años; las ecuatorianas y

ecuatorianos que habitan en el exterior; los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; y, las personas con discapacidad.

Se mantiene igualmente el derecho de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior para elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República y además a los representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; pudiendo ser elegidos para cualquier cargo. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.

Se promueve la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respeta la participación alternada y secuencial.

## SISTEMA ELECTORAL O EL DERECHO A SER ELEGIDO

En cuanto al sistema electoral las constituciones 1830,1835, 1843, 1845, 1851, 1852 para ser ciudadano y elector había que ser adinerado y hombre, con lo cual se aplicaba el sufragio censitario. Existieron Asambleas Electorales, las cuales se encargaban de elegir diputados de la provincia y los suplentes. Predominó el voto indirecto o mediante el "sistema de electores". Así, quien ostentaba la calidad de ciudadano, en elecciones primarias, designaba a la persona que, en segundo momento, elegiría al dignatario.

En las constituciones de 1861,1869,1878,1884,1897,1906, 1929,1945,1946 y 1967. La Constitución de 1861 eliminó a las Asambleas Parroquiales y en las Constituciones de 1867, 1878, 1884 y 1897 se llegó a establecer el sufragio directo y secreto.

Las Constituciones de 1906, 1929, 1945, 1946, 1967 instauraron las elecciones populares a través de votaciones directas e indirectas.

La Constitución de 1929 sería pionera, aunque únicamente para la elección de diputados, en el establecimiento de un régimen de representación de minorías, en lo que se denominaría sistema de *representación funcional*, que sería ratificado, aunque con ligeras variaciones, por las constituciones de 1945, 1946, 1967 y 1978. La Carta de 1929 prevé la representación funcional de dignatarios dentro de la cámara de diputados.

La representación funcional subsistió en las constituciones de 1945, 1946 y 1967, bajo el sistema de elección indirecta. Así, las ciudadanas y ciudadanos que integraban las diferentes ramas o actividades designaban, en primera instancia, a quienes serían elegibles por parte de la ciudadanía. La Carta Política de 1945, crea el Tribunal Supremo Electoral.

En la Carta de 1967, se establece el plebiscito para la consulta directa de la opinión ciudadana; el derecho de actuar en partidos políticos, con excepción de los miembros de la Fuerza Pública y de los religiosos, clérigos y ministros de cualquier culto; el de presentar listas para las elecciones pluripersonales por parte de los partidos políticos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral.

En la de 1978, esta Constitución reguló el proceso de consulta popular y la segunda vuelta electoral para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, quienes al igual que todas las demás autoridades de elección popular, no podían ser reelegidos.



Fotografía: Pedro Vera

Se garantizó la representación proporcional de las minorías en las elecciones pluripersonales y se estableció el derecho de fundar partidos políticos y la obligatoriedad de estar afiliado a un partido político reconocido por el Tribunal Supremo Electoral, para ser candidato a cualquier dignidad.

En la 1998, Esta constitución, recoge aspectos que las otras constituciones no contemplaban, como por ejemplo: el habeas data, la revocatoria del mandato y la reelección del Presidente y Vicepresidente de la República luego de transcurrido un periodo después de aquel para el cual fueron elegidos. Además la posibilidad de presentarse como candidatos los ciudadanos no afiliados ni auspiciados por partidos políticos.

En la del 2008, El sistema planteado por la Constitución de 2008 amplía en gran medida la base de electores y presenta un esquema institucional independiente de las demás funciones del Estado. Se ejercita ya las revocatorias de mandato, se prevé el referéndum para reformar la constitución, la consulta en temas importantes, la revocatoria del mandato, la fiscalización de los actos de decisión pública.

Crea el Tribunal Contencioso Electoral, como una Institución autónoma, encargada de garantizar los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

Esta Constitución, no se prevé en forma clara y precisa el sistema de cómo elegir a los representantes de las otras culturas como son los indígenas, afrodescendientes, ya con el sistema de elección lo que provoca o sigue provocando es la exclusión y estaría afectando al adjetivo intercultural, es por ello que esta representación debería ser directa de las comunidades sin participación política en movimientos o partidos políticos, donde continúa la exclusión y donde estas siempre "los mismos".

Así las instituciones estatales no son en su gran mayoría el reflejo de esta interculturalidad, es por ello que existe tarea no concluidas y que se debe trabajar para profundizar y llegar al verdadero dialogo que nos hemos propuesto con la interculturalidad.

En 1957 la OIT en el Convenio 107, trata en ese instrumento internacional de incluir a los pueblos indígenas y evitar su explotación, abrió la puerta para ir construyendo este sujeto como titular de derechos colectivos, hace que ya no se vean a los derecho como derechos netamente individuales, sino que son parte de una agrupación humana que tiene otra filosofía que no se sustenta en el individualismo sino en lo colectivo.

Considerar a la comunidad como colectivo y sujeto de derechos colectivos, esto hace que reciba la protección del derecho internacional de derechos humanos y con ello nazca esta categoría que es la comunidad indígena como sujetos de *derechos colectivos*, pero, qué significado tiene?, esa es la interrogante que debemos contestar en esta parte de la investigación.

Antes de definir los derechos colectivos, estimo que es importante determinar lo que es una colectividad, ya que entendiendo esta realidad fáctica podemos comprender lo que es un derecho colectivo para posteriormente construir el objeto de la libertad dentro de esta filosofía.

Raúl Llasag (2001) hace una diferencia de las colectividades que nuestra Constitución reconoce esta clase de derechos, que son: nacionalidad, pueblo, comunidad y comuna indígena. Por nacionalidad indígena se considera a las "colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad" (Llasag, 2010, p. 45).

Por "pueblo indígena –se considera- colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica que forman parte de un nacionalidad" (Llasag, 2010, p. 46)

"Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia" (Llasag, 2010, p. 46).

"Comuna indígena es sinónimo de comunidad indígena. La denominación de comuna fue adoptado al interior del mundo indígena, a raíz de la vigencia de la Ley de Comunas dictada en 1937 (Llasag, 2010, p. 48)"

Patricio Morales, agrega una categoría, pero que no es titular de derechos colectivos, por su propia forma y expresión política, y es la

"organización comunitaria es un grupo de individuos que dinamizan la capacidad organizativa de los seres humanos para resolver de manera comunitaria y colectiva las necesidades económicas y sociales, condiciones que motivan a desarrollar diferentes expresiones de supervivencia y autogestión. Ha permitido que los pueblos expresen sus propios pensamientos y propicien la resistencia y su reivindicación social." Pero esta última no tiene los derechos colectivos ni es sujeto de derechos (Morales, 2007, p. 19).

Hecha la distinción debemos comprender como se desenvuelve sus integrantes en especial el individuo, María Mercedes Lema nos da su testimonio en la relación entre la comunidad como sujeto de derechos colectivos y el individuo.

el individuo está incluido es parte de la comunidad, por lo mismo en el momento en que se encuentra en esta relación debe precautelar los derechos individuales y colectivos, porque si este es afectado, el individuo estará



Incompleto, porque su yo está marcado por la existencia de ese colectivo, y aunque ese yo exista es solo temporal, lo contrario significaría el exterminio del pueblo y sus instituciones y de su propio ser, sería comparable con lo que sucede con un apátrida, no responde a nada en particular, sin embargo podrá escogerse a lo inmediato y conveniente, no posee referente histórico y social (Lema, 2007, p. 106).

Nos sigue explicando:

El ser colectivo sin embargo en el caso de los pueblos indígenas no responde como podría pensarse a la mera suma de individualidades, el ser colectivo está vinculado por las relaciones históricas, por una visión del mundo, códigos culturales y formas de expresión particulares. Es decir subjetividades y elementos visiblemente y diferenciadores como el idioma, códigos sociales y de comportamiento, inclusive la forma de vestir y nociones de bienestar; estas no se asocian únicamente al momento de reclamar un derecho, viven permanentemente articuladas constituyendo el sujeto colectivo... Eso precisamente se evidencia en el ejercicio de la administración de justicia, las transgresiones, cuando el comportamiento de un individuo altera o pone en peligro la permanencia de la comunidad. Cuando esta transgresión es corregida mediante el restablecimiento del orden social colectivo, este sujeto vigila que la situación individual de uno de sus integrantes quede resuelta de manera que su situación sea un referente para la permanencia de la comunidad"

Concluye la autora

"Pero lo que hace la diferencia entre el sujeto colectivo denominado Comunidad Indígena es ese sentimiento de ligazón y pertenencia cultural, como particular condición que portan los individuos indígenas que constituyen Pueblos y Nacionalidades contemporáneos resultado de su continuidad histórica y que mantienen rasgos culturales diferenciadores a pesar del enorme impacto negativo de las políticas estatales que atentado contra su vigencia".

Para Estermann, la comunidad el ayllu es la célula de vida, pero también la base económica de subsistencia y de trueque interno. El runa se refiere a los miembros del ayllu por medio de la forma pronominal del sujeto exclusivo noqayku ( nosotros), con lo que se denomina como sujeto colectivo, ya que su propia existencia depende de todos los demás (Estermann, 2008).

Este autor, fija principios éticos sociales andinos que tienen como punto de referencia los nexos naturales de la consanguinidad, de padrinzago, del ayllu, por lo mismo se define con las categorías que tratan de aclararnos esta interpretación de la filosofía andina como es vivir en comunidad y estos son: reciprocidad, relacionalidad, complementariedad, correspondencia (Estermann, 2008).

¿Qué es la *relacionalidad*?, parte que el hombre o runa es uno más en relación con la naturaleza que cumple una

función como colaborador cósmico con una determinada función o tarea en el conjunto de relaciones y con los demás seres, en ese sentido su comportamiento no es de dominación o sometimiento de los demás a su voluntad, sino que debe ser

...el vínculo o interconexión entre todos los elementos que conforman la totalidad, los seres humanos que complementan, relacionan y autorregulan. Afirma la convivencia integral con el cosmos y con todas las variables (afectivas, ecológicas, éticas, estéticas, productivas, espirituales e intelectuales, etc.) que forman parte de él (Walsh, 2009, p. 217).

Para Verónica Yuquilema, alumna de la Universidad de las Américas, quien realiza una investigación para su tesina de titulación sobre Justicia Indígena, sostiene sobre este principio

La vida para los andinos es entendida como una trama, todos estamos unidos en una red, estamos interconectados, de allí el kausay que nos vincula con todo y con todos, el sujeto aislado no es posible de concebir. El runa andino es lo que es, desde el vínculo que le une a la naturaleza y a la comunidad, y es uno más cuando participa de las reuniones, de los trabajos comunitarios, de los problemas que se suscitan en ella; además de lo señalado lo más importante de formar parte del ayllu es ser un EJEMPLO para la generación que está creciendo, por tanto estas frente al cumplimiento de principios éticos sociales, éstos principios nacen de los nexos de consanguinidad, de padrinzagos y compadrazgos y del ayllu. En estas relaciones es de donde parte la concepción de justicia y de equilibrio, éste último es la base de lo que podemos llamar Justicia dentro de las comunidades (Yuquilema).

Cuando el hombre está incluido en la comunidad en esta relación debe respetar a todos los miembros en sus derechos individuales y colectivos.

#### Qué es la *correspondencia*

los distintos aspectos o componentes de la realidad se corresponden de una manera armoniosa. No se trata como bien lo dice Estermann, de una correlación análogo-proporcional o de un nexo causal, sino de nexos relacionales de tipo cualitativo, simbólico, deliberativo, ritual y afectivo. Apunta a la existencia de una red de relaciones, una correlación entre lo cósmico y lo humano y lo extrahumano; lo orgánico y lo inorgánico; la vida y la muerte, lo bueno y lo malo, lo divino y lo humano (Walsh, 2009, p. 217).

Es por eso que en el momento en que existe algo que altera esta correspondencia o armonía para el testimonio de Verónica Yuquilema se conoce como el "LLAKI" o en su antónimo castellano armonía, que nace de la relación cosmogónica entre el runa y la Pachamama, precisamente de la convivencia perfecta de éstos es decir que el uno le brinde lo que el otro necesita, ésta comunicación implícita es



el reflejo de lo que denominaríamos armonía, y en el caso del ayllu análogamente es el equilibrio o allí *kawsay* con todos los seres de la comunidad, lo que implica también una aprobación de los actos u omisiones que éste realice dentro de la comunidad.

El *llaki* es un estado de incertidumbre y preocupación en que la comunidad se ve envuelta cuando existe un conflicto en que se ven afectados dos o más ayllu *kuna*, es por esto que para solucionarlo todos los miembros de la comunidad buscan los mejores medios y cada aporte es considerada como una posibilidad de retornar a la armonía, al equilibrio. El *llaki* es sentido de distintas formas, por ejemplo las mujeres con sus lamentos, los niños con sus inquietudes, los hombres con sus conversaciones sobre posibles soluciones y los más ancianos dando consejos fruto de experiencias vividas antes. En conjunto armar una respuesta saludable tanto para todos los vinculados en el conflicto (incluida la comunidad) (Yuquilema).

Con lo anotado, para esta autora es notorio la relación estrecha entre la Pachamama, el ser humano y la sociedad comunitaria y precisamente de esta interrelación podemos aterrizar en que es entonces la justicia en el contexto andino?. La justicia dentro de esta cosmovisión parte del concepto de equilibrio, es decir, el *runa* andino en su rol de *chakana* buscará siempre mantener el orden y armonía tanto entre *runakuna* como entre el *runa* y la *pachamama*.

La *complementariedad*: da especificidad a los dos anteriores. "Este principio afirma que ningún ente, acción u acontecimiento existe aislado o por sí mismo, sino que coexiste con su complemento específico. Eso quiere decir que no hay entes ni acontecimientos completos en sí. "cielo y tierra, sol y luna, claro oscuro, hombre y mujer" (Yuquilema, p. s/n)

La complementariedad apunta la presencia del otro, de opuestos que pueden ser al mismo tiempo complementarios y no necesariamente irreconocibles. Desde esta perspectiva, el ser humano sólo tiene sentido desde la dualidad complementaria; similarmente, el individuo autónomo y separado es un ente incompleto sin su complemento dentro de una totalidad social.

Y por último, la *reciprocidad* o *ayni*, la autora citando a Estermann,

este principio no sólo compete a las interrelaciones humanas sino a todo tipo de interacción. La reciprocidad brota de la búsqueda de un equilibrio contradictorio entre identidad y diferencia, entre las fuerzas antagónicas de homogenización, y de inclusión y exclusión (Walsh, 2009, p. 218).

Para Morales, esta reciprocidad se da en todos los ámbitos de la comunidad, en sus relaciones familiares y sociales, en el momento en que hay que dar para recibir esto es eminentemente humano y segundo la reciprocidad

permitió la unidad entre familias, comunidades y entre pueblos socialmente diversos. En ámbito de los saberes, la reciprocidad es el eje fundamental del inter aprendizaje entre el ser humano, la comunidad y la organización, ya que es colectiva y social (Morales, 2007, p. 8).

Con estos criterios la Comunidad es un todo, en la cual el hombre nació en ella y es una persona más de ese todo, donde debe relacionarse con los demás que hacen parte de su vida, tiene que respetarlos sino existiría un vacío, ya que es importante cada uno de ellos para su existencia, esto hace que su comportamiento forme una armonía con cada uno de ellos, estas situaciones propias de la convivencia humana en comunidad dan origen a códigos culturales y sociales que producen en los miembros de esa agrupación humana un sentido de pertenencia, ligazón a esa comunidad.

Pero, vivir en comunidad no solo significa ese ligazón con la misma sino que va más allá su relación con los demás entes que forman su cosmos o mundo, esto es, el sol, la tierra, la naturaleza, el aire, los animales todos son importantes para vivir en comunidad por ello también debe respetarlos y aprender a convivir con ellos como uno más, buscando la armonía entre el *runa* y su cosmos esto es en busca del buen vivir o *sumay kausay*.

En esa lógica cómo se pueden definir los derechos colectivos, ya que se ha realizado una aproximación a la comunidad indígena como una totalidad justificando como sujeto de derechos colectivos.

Para Lourdes Tibán Guala (2010) los derechos colectivos, tienen anclaje en la diversidad lingüística, la pluralidad jurídica, la diversidad cósmica, y cultural de los pueblos y nacionalidades y esto le brinda los elementos necesarios para constituir la construcción de los mismos.

En consecuencia Tibán cita a Will Kymlicka quien define los derechos colectivos cuando

aluden a los derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos – quizá conflictivos- con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad, es decir que no son los derechos individuales sino los derechos ejercidos por las colectividades (Tibán, 2010, p. 114).

La CONAEI define a los derechos colectivos como: El conjunto de principios jurídicos, normas, prácticas y procedimientos que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para su libre determinación, reivindicados por éstos y reconocidos por el Estado; identificados y cohesionados entre sí, que tiene como característica fundamental el de ser pueblos milenarios asentados ancestralmente en una jurisdicción territorial geográfica determinada, que ejercen un sistema colectivo, social, económico, cultural, político, legal, religioso, idioma (Tibán, 2010, p. 114)

Lourdes Tibán. Imagen tomada de <http://lourdestiban.blogspot.com/>Josef Estermann. Imagen tomada de <http://www.boliviatv.net/>

Podemos tomar en cuenta los conceptos anteriores y relacionarlos con la posición de Jacob Levy (Carbonell, 2005) podremos ver que este autor ha elaborado una síntesis de los derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales. Se trata de una lista que comprenden tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal y otras no.

Estos derechos colectivos son: las *exenciones* a las leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; (por ejemplo el no sacarse el sombrero y cortarse el guango o la trenza para los hombres Otavalos.); *Asistencia*: para llevar una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. De pedir subvenciones para difundir sus festivales tradicionales, su lengua. *Autogobierno*: en las cuales las propias comunidades eligen su autoridades, en el Ecuador estas autoridades pueden ejercer jurisdicción en la justicia indígenas (Constitución del Ecuador, 2008); *Reglas externas*, consisten en la restricciones de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. *Reglas internas*: que buscan normas hacia dentro del grupo para controlar la conducta de sus miembros; *Reconocimiento -obligatoriedad*: de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría; *Representación*: adecuada representación de las minorías en los grupos colegiados de la mayoría. *Demandas simbólicas* que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad.

La Constitución del 2008 en el Capítulo IV Derechos de las Comunidades, Pueblo y Nacionalidades Indígenas, en especial en el artículo 57 hace una extensa cita de los derechos colectivos: Mantener desarrollar su identidad, sentido y pertenencia, tradiciones ancestrales y formas organizativas; No ser objeto de racismo o discriminación; Conservar la propiedad de sus tierras colectivas; Mantener la posesión de las tierras ancestrales: la consulta previa; conservar y promover sus prácticas en manejo de la biodiversidad; conservar y fomentar sus propias formas de convivencia y organización social; crear y desarrollar su derecho propio; no ser desplazados de sus tierras ancestrales; mantener y desarrollar conocimientos colectivos; mantener su patrimonio cultural; desarrollar la educación intercultural; mantener organizaciones que los representen; ser consultados por medidas legislativas que les puedan afectar; impulsar sus vestimentas; limitaciones de actividades militares.

Una vez definido, los derechos colectivos, Lourdes Tibán (2010) al tratar sobre los derechos individuales explica que le pertenecen al individuo como persona, por ejemplo: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, son los derechos que constituyen derechos humanos básicos para toda persona, independiente de su género, lengua, etnia o religión. Menciona que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a la comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

Finaliza la Dra. Tibán,

que cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con "derecho a esos derechos" y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo los derechos colectivos (Tibán, 2010, p. 116).

Este pensamiento tiene su lógica, ya que los autores citados pertenecen a la CONAEI, para Catherine Walsh, esta organización hace un modelo de una *interculturalidad crítica*, ( a lo contrario que propone la FENOCIN que hacen una intercultural funcional) por cuanto, parte de la autodeterminación, de la participación democrática plurinacional y de la interculturalidad como pueblos y por lo mismo el respeto a su cultura, economía, sistema jurídico, etc., pero pide que cuando se haga el dialogo se tomen en cuenta este respeto y se discutan los puntos en los cuales se encuentran las dificultades en el dialogo para ir eliminando los formas de colonización y no solamente las culturales (Walsh, 2009).

Podemos, concluir de lo manifestado por Lourdes Tibán, que los derechos individuales son reconocidos también por las comunidades, en cuanto que ambos son importante, pero, en opinión de la autora primero deben ser los derechos colectivos para fortalecer los individuales, por ejemplo: tengo mi idioma kiwcha si lo hago solo no voy a ser oído, pero si ese idioma está reconocido por la constitución como idioma para las relaciones interculturales, en primer lugar se fortalece el derecho colectivo de la identidad cultural y de idioma, luego el derecho individual de la libertad de expresión en mi propia lengua, otro caso sería el reconocimiento que cualquier

hechos de índole penal deben ser informados en lengua materna, sino es nulo.

Ese reconocimiento de los derechos individuales por las comunidades titulares de derechos colectivos generan la interrogante *cómo pueden coexistir ambos?*, Elisa Cruz Rueda, expresa que los

“derechos individuales son reconocidos en su relación con la comunidad ya que esta es el ámbito físico de su ejercicio, (...) pero es ésta la unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad (...) El individuo es reconocido con derechos cuando cumple sus obligaciones frente a la comunidad a partir de normas —generalmente orales— conocidas y aceptadas pues emanan de acuerdo de asamblea y de la resolución de conflictos concretos (Cruz, 2008, p. 39)”

En esta propuesta debemos retomar los criterios de Estermann, para explicar esta coexistencia, partiendo del criterio de la complementariedad, tanto los derechos

individuales como los colectivos deben existir no como contrarios o peor aún como contradictorios, sino como reconocidos y complementos entre sí, en busca de la armonía entre ambos ya que si partimos de la dualidad complementaria siempre existe un complemento para justificar su existencia, ya que por sí mismo no están completos no pueden existir.

Así mismo en la relacionalidad tiene que convivir con sus semejantes y cada uno es importante en ese engranaje social y debe respetarlos como seres humanos que son parte de esa comunidad, ya que si no lo respeta con la libertad estaría afectando a la comunidad, es decir, al todo.

Debemos tomar en cuenta la reciprocidad, si le doy mi libertad el otro me entrega su libertad como complementariedad y relacionalidad, para poder sostener las relaciones comunitarias y sociales.

**Bibliografía:**

Constitución del Ecuador. (2008).

Llasag, R. (2001). La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones88. . Quito.

Morales, P. (2007). Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador. Quito: CODENPE.

Lema, M. (2007). Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador. Quito: Editorial de la Corte Suprema de Justicia.

Estermann, J. (2008). Si el sur fuera el Norteq. Quito: Abya-Yala.

Zafaronni, E. (1998). Criminología Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis.

Walsh, C. (2009). Interculturalidad, Estado, Sociedad<sup>n</sup> Luchas (de)coloniales de nuestra época. Abya-Yala.

Yuquilema, V. (n.d.). Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate. Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas . Quito.

Tibán, L. (2010). Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador. Quito: Editorial Pacheco.

Carbonell, M. (2005). La Constitución en serio. México: Porrúa-UNAM.

Cruz, E. (2008). Principios generales del derecho indígena. In J. M. Rudolf Huber, Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Bogotá: Fundación. Konrad Adenauer Stiftung.



# DE UN ESTADO EXCLUYENTE A UN ESTADO INTERCULTURAL (UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA, POLÍTICA, JURÍDICA E INTERCULTURAL) PARTE III

Álvaro Román Márquez

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Abogado y Dr. En Jurisprudencia (UCE), Abogado en libre ejercicio profesional. Profesor de la U. Central del Ecuador y U. Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.*

*Máster en derecho Constitucional (UASB) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (UCE). Profesor de pregrado y posgrado.*

## RESUMEN

Pese a que han transcurrido aproximadamente siete años de existencia y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador todavía no podemos atrevernos a decir que la validez normativa sea equitativa con su validez sociológica. Sobre las instituciones de vanguardia que posee sus enunciados en concordancia con el movimiento neo constitucional que dejado sus huellas en casi todas las constituciones de Latinoamérica existe una alta dosis de incredulidad en un amplio sector de opinión política y académica reacios todavía en encontrar la anhelada transformación de los fundamentos en los que se asienta nuestro estado de derecho.

Uno de esos pilares que recoge la novedosa carga neo constitucional de la carta magna tiene que ver con el tema de la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, principios sobre los cuales se construye la justicia ordinaria e indígena como dos fuentes de derecho complementarias, independientes y jerárquicamente homogéneas. La pluriculturalidad como ideal supremo tiene sus escollos en la propia normativa constitucional y legal resistente a aceptar una construcción teórica – jurídica que requiere de una verdadera participación de todos los pueblos y nacionalidades que conforman nuestra sociedad en la conformación, estructura de todas las instituciones del Estado y en la obligatoria presencia que deberían tener en el diseño e implementación de las políticas públicas, que van mas allá del simple nivel discursivo.

**PALABRAS CLAVE:** *Palabras clave: Epistemología, control constitucional, constitución rígida, democracia representativa, democracia constitucional, democracia comunitaria, conflicto social, derecho a elegir, interculturalidad, estado plurinacional, ama killa, la minga, el latigo, la antijuridicidad e interculturalidad.*

## ABSTRACT

Although they have passed about seven years of existence and validity of the Constitution of the Republic of Ecuador we can not yet dare to say that the law is equal validity with its sociological validity. On leading institutions having their statements in accordance with the constitutional movement neo that left its mark on almost all constitutions in Latin America there is a high dose of disbelief in a broad sector of political and academic opinion still reluctant to find the desired transformation the foundations on which our rule of law is based. One of those pillars that collects new constitutional neo charge of the constitution has to do with the issue of multiculturalism and legal pluralism, principles upon which the ordinary and indigenous justice as two complementary sources of independent law is built and hierarchically homogeneous. Multiculturalism as the supreme ideal has its pitfalls in the constitutional and legal rules themselves resistant to accept a theoretical construct - law that requires genuine participation of all peoples and nationalities that make up our society in the establishment, structure of all state institutions and the obligatory presence they should have in the design and implementation of public policies that go beyond the mere discursive level.

**KEYWORDS:** *Epistemology, constitutional control, rigid constitution, representative democracy, constitutional democracy, community democracy, social conflict, the right to choose, intercultural, plurinational state, ama killa, the Minga, the whip, the illegality and multiculturalism.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 10  
APROBADO: 2015 - 05 - 23

## La interculturalidad

Dentro de esta interculturalidad, la recuperación de la cultura, de la memoria y del derecho propio ancestral, ha sido lo que ha provoca el repensar en todas las manifestaciones del pensamiento de la sociedad ecuatoriana, como bien lo mencionó Enrique Ayala Mora, en la primera parte de este trabajo. Nuestro objeto de estudio será el derecho ancestral, ¿dónde se origina el derecho indígena propio? ¿Qué es el derecho indígena? Y por último, ¿si en ese derecho existen o no penas privativas de libertad?

Para responder la primera pregunta, Fabio Ciaramelli, sostiene que el derecho no se puede originar desde una forma prejuzgada, esto es, desde la razón o desde la naturaleza, sostiene que se origina desde la experiencia social que se generan por las expectativas y es así expone que los grupos humanos deben

instituir un sistema de representaciones sociales que dé estabilidad y regularidad a sus propios comportamientos; y, puesto que estos comportamientos nunca están encaminados únicamente a la supervivencia física sino a la autoafirmación y por tanto a la salvaguarda y a la defensa de su propia identidad y de sus propios valores, el conjunto de las representaciones sociales que se acaba de mencionar es al mismo tiempo un sistema simbólico. Este último, de hecho, mientras ordena los comportamientos, les da al mismo tiempo un sentido o un significado en el que se puedan reconocerse como miembros del grupo. La transmisión de los modelos de comportamientos... en el mundo humano es en cambio de tipo cultural. Significados, valores, modelos de comportamientos y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad (Ciaramelli, 2009, p. 26).

En ese sentido Claudio Malo González al hablar de qué es cultura? es "aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación; lo que ha producido en todos sus dominios donde ejerce su creatividad; (...) el

conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirlas de otras (2008, pp. 18-19).

En consecuencia, en el caso ecuatoriano la cultura indígena<sup>1</sup> o andina, se ha construido dentro de la comunidad indígena donde se han realizado en forma milenaria actividades que la convirtieron en el núcleo o centro de las manifestaciones sociales, culturales, económicas y sujeto de derechos colectivos.

Lo que implica que es un sistema organizado, comunitario, intergeneracional, oral que ha logrado la recuperación de su identidad, con ello autoafirmarse y distinguirse de otras en especial de la occidental, lo que produce que sea aceptada como una cultura con rasgos que la diferencian y por lo mismo debe ser respetada sus prácticas culturales.

Esta cultura, es fruto de la recuperación de la memoria ancestral, para Verónica Yuquilema sostiene que ya existía desde hace más de 518 años, el Padre Bartolomé de las Casas, en su doctrina menciona "Que los indios eran humanos y que por tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobiernos (y el derecho a éstos) los cuales debían ser respetados por la corona española"(citado en Yuquilema, s/a).

Es por ello que considera esta autora que este ordenamiento o institución

sin pensar en que alguien reconozca esas prácticas, las comunidades siguen viviendo y reviviendo su vida a través de sus vivencias en diferentes espacios. Es por ello, que este derecho, no se limita a su reconocimiento Constitucional, pues mucho antes de la llegada de los españoles este derecho, se ponía en vigencia en los conflictos existentes dentro de la convivencia de los pueblos originarios, concepción que parte de la cosmovisión y filosofía andina que los pueblos y nacionalidades posee (Yuquilema, s/n)

<sup>1</sup> "Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia" (Lasag, 2010, p. 181).

Por esa razón, esta comunidad indígena al haber determinado su autonomía en sus prácticas culturales, hace que instituya y construya su propio ordenamiento jurídico, creando representaciones sociales para mantener su orden social y normas jurídicas para regular los comportamientos sociales, que al ser violentadas tienen coacción por cuanto son impuestas por autoridades propias de sus comunas.

Es por esa razón que el derecho propio de una sociedad y en el caso en particular de la comunidad indígena se puede entender como lo propone Fabio Ciaramegli,

cuando hablamos de derecho, o sea de normas propiamente jurídicas presuponemos que en el universo cultural de una determinada sociedad

se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Las normas jurídicas propiamente dichas son sólo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no está confiada genéricamente al control social (o al remordimiento de la conciencia o acaso post mortem a la justicia divina) sino a una autoridad pública reconocida y reconocible (2009, p. 27)

Esther Sánchez Botero, expresa que este derecho propio,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos (...) se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlos, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en "epidemias" que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad (Sánchez Botero, 2008, p. 121)

Para Carlos Pérez Guartambel dice que derecho indígena es

el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en las cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social (2010, p.210)

Esto hace que el derecho indígena tenga su propia estructura normativa y su organización, su propio espacio y desarrollo histórico, por último autoridades propias de cada

comunidad, que tienen la competencia para aplicarlo cuando existan conductas antijurídicas.

Podemos mencionar en forma muy breve cuáles son los principios que le rigen e identifican a éste derecho, en primer lugar las propuestas por la ECUARUNARI:

\*1. Milenaria: Viene al igual de la existencia de las propias colectividades, podemos decir que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos.

2. Colectiva: No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación peor a autoridad alguna, pertenece a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana, no es derecho u obligación individual, su ejercicio y aplicación es

responsabilidad comunitaria.

3. Es ágil, oportuna y dinámica: al ser un quehacer colectivo transgeneracional y que repara antes que reprime, optimiza, prioriza y utiliza al tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en un tiempo relativamente corto. Junto a la agilidad se une la oportunidad estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena. No ya burocracia.

4. Está en permanente proceso de perfeccionamiento: al venir de generación en generación le permite estar en proceso de perfeccionamiento sin alcanza a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento.

5. Trascendencia: El sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo a los modos de vida se cada pueblo indígena" (ECUARUNARI, 2008, p. 44).

Para Raúl Ilaquiche, son: "solidaridad, reciprocidad y colectividad" (citado por Yuquilema).

En relación al primero, debemos entender que por el mismo criterio de la complementariedad y de la relacionalidad, hace que al ser parte de un todo que es por el cual se debe trabajar para su fortalecimiento, el indígena se preocupe lo que le sucede a su complemento dentro de esa comunidad, ya que si le pasa a ese algo este se sentirá vacío y por lo mismo se genera su sentimiento de solidaridad.

En cuanto a la reciprocidad, como habíamos mencionado en líneas anteriores, la misma convivencia social hace que se preocupen de dar y recibir en todos los momentos de su existencia, es por ello que el permanente agradecimiento de dar cuando piden ser compadre o cuando se les hace un favor enseguida el ofrecimiento desinteresado de entregar algo a cambio. Este principio genera la unión social permanente.

Por último, la colectividad significa que la comunidad es el centro de todas las actividades y por esa razón los derechos colectivos que permiten la identidad como organización social, en consecuencia la toma de decisiones deben ser

en forma colectiva, para que las se sean de aceptación general o a través de resoluciones en casos en concreto, como se dijo en el momento en que existe alguna afectación a la correspondencia mediante la alteración de la armonía por medio del Llaki a todos les interesa y por lo mismo debe intervenir toda la colectividad que se siente afectada, su fin es para que vuelva la armonía.

Para Elisa Cruz Rueda, sostiene que los principios jurídicos generales del derecho indígena son:

"1. que la conducta humana esté de acuerdo con el orden social y natural, 2. Que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden ( por ejemplo el respeto a la autoridad y a la comunidad; y, 3. Esas conductas ayuden a lograr la reproducción y la convivencia armónica (como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración). Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad el prestigio (que no necesariamente es económico) (Cruz, 2008, p. 40). [la numeración es mía].

Estos principios tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos Kichwas del Ecuador, como son "Ama killa, ama llulla, ama shua", no ser ocioso, no mentir y no robar.

Tomando en cuenta que cada uno de estos principios, podemos relacionarlos con los criterios expuestos por Elisa Cruz cuando se miente la conducta no se encuentra de acuerdo al orden social y no contribuye a mantenerlo, por cuanto no existe el respeto a la autoridad y a la comunidad.

Cuando es ocioso esto implica que no se esta cumpliendo con las normas de solidaridad con la comunidad, además, se rompe la complementariedad y la correspondencia de la armonía social, ya que no se cumple con los actos que la comunidad requiere para su sostén como tal.

Peor aun cuando, se roba se altera la armonía del orden social y esa conducta igualmente altera el orden social y no se respeta a la comunidad, "es la falta de reciprocidad en el intercambio de bienes" (Estermann, 2008, p. 181).

En consecuencia estos principios tienen fuerza vinculante dentro de la comunidad y se ha elevado a rango constitucional, estos términos para la Dra. Lourdes Tibán "tiene contenidos, esencia y espíritu más amplios y profundos. Así el vocablo "AMA" implica prohibición de no hacer" (2010, p. 125), por ello dice que la vida requiere de acción y movimiento...no parar es no cumplir con nuestra condición de seres humanos con vocación de servicio; no robar implica que no se debe tomar de la naturaleza mas allá de lo necesario porque la acumulación innecesaria de bienes que nos lleva a la falsa creencia de que mientras mas tenemos somos mas; no mentir quiere decir también, que debemos ser auténticos y no engañarnos a nosotros mismo creyendonos mas de lo que somos. Estos tres principios, así concebidos, constituyen la base de las normas de comportamiento de los pueblos indígenas que son obligatorias como cualquier ley (2010, p. 125).

Lourdes Tibán menciona que estos principios antes

de recibir reconocimiento constitucional ya existían y son milenarios, en ese sentido, los principios del *ama killa, ama llulla y ama shua*, explica Verónica Yuquilema surge a raíz de la colonización, pues, a los españoles les convenían que los indios sean: primero: honrados, no roben y no alcen la cabeza; segundo: que sean trabajadores, no sean ociosos y sigan trabajando en largas jornadas, se enriquecían a merced de ellos; y, por último, que sean sinceros y no mientan ya que si lo hacían Dios los iba a castigar, viéndolo desde ese punto de vista no resulta del todo descabellado; pero, sin perjuicio de estas consideraciones, el runa siempre ha estado guiado de sinceridad, de valerosidad, de respeto a los demás esto por su propia concepción de vida, en forma comunitaria, hace que estos valores éticos sociales-comunitarios sean los axiomas garantistas para fraseando a Ferrajoli, que deberán ser aplicados por las autoridades de las comunidades en los eventos que exista conductas que produzcan el Llaki. En cambio, los principios que rigen a la *administración de justicia indígena*, son:

*El principio de reciprocidad*: es el dar y recibir, en las comunidades se ve reflejado en el Ayni, cuando alguien muere en la comunidad cada familia nuclear lleva algo para ayudar en la comida, en éstos tiempos también dan dinero, porque llevan algo siempre? Pues es una respuesta simple y que quizá no responda nada, simplemente porque nace de su corazón solidario y saben que en algún rato ellos también recibirán el mismo YANAPAY o como popularmente se dice "una prestadita de mano" (Yuquilema).

*Principio de Minga*: "Minga, explica Verónica Yuquilema, que para el compañero Saraguro Martín Cango: es una acción concreta comunitario, donde hay la participación voluntaria de parte de todos los comuneros

La minga esta relacionada con el principio de colectividad propuesto por Raul Ilaquiche, que es el punto de partida para saber el porqué, al resolver conflictos en una comunidad, son participes todos y cada uno de sus miembros, quienes ayudan dando sus puntos de vista, en otros casos, sus soluciones o en el caso de las mujeres, lamentado la desarmonía que ello encubre, porque en su sentir esta que el "ayllu" está siendo afectado, el "llaki" atañe a todos y cada uno de los miembros de la comunidad pues el cometimiento de un "delito" constituye un mal ejemplo para la nueva generación y desequilibra el orden (Yuquilema).

*Principio de Oralidad*:

(...) que se transmite a través de la sabiduría popular, a veces memoria, mitos, tradiciones o refranes, es decir que se transmiten por herencia social, por ejemplo en el Perú el "ayni" y el "ayllu" a pesar de ser instituciones pre-pizarrianas de organización jurídica social y política, en la actualidad son prácticas vigentes en muchas comunidades campesinas (Yuquilema).

*Principio del Debido Proceso*, también existe en este ordenamiento, se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que es el Cabildo y la Asamblea, se hace la investigación por una Comisión Investigadora, le piden





Los Diablos Huma danzan en la fiesta al sol: Inti Rayml. Foto: Mitur. Tomado de <http://ecuador.travelblog/>

al sospechoso de que diga la verdad que no mienta y que aporte prueba ( el derecho a la defensa) si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro?

Con todos estos principios, se constituyen como normas jurídicas prescriptivas, pero más que eso, por esa razón forman parte del derecho indígena o derecho propio y se vincula a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura, cumplen su función de mantener el orden social, como su armonía, de ser necesario se aplique en forma coercitiva a conducta antijurídicas. Pero este acto deben hacerlo las autoridades de esa comunidad.

Podemos concluir, que el derecho ancestral con todo lo señalado, hemos podido verificar que si tiene la calidad de un ordenamiento jurídico propio que es producto de una comunidad y por eso la razón se puede hablar que en el Ecuador existe un pluralismo jurídico como lo sostuvimos en el inicio de este trabajo producto de la transformaciones que expusimos.

Una vez definido el origen y lo que es el derecho indígena así como sus principios, podemos ver si dentro de ese derecho como se entiende la forma de coaccionar las conductas antijurídicas y si en estas existe o no la pena privativa de la libertad.

Para Lourdes Tibán Guala, cuando se violan los principios que habíamos comentado en párrafos anteriores aclara que

“las sanciones impuestas al incumplimiento de estos principios no se consideran castigos, sino, formas de mantener el equilibrio y la armonía social de la comunidad.

Así mas que sanciones constituían la restitución de la espiritualidad, el resarcimiento del daño y la expulsión de los malos espíritus (2010, p. 125).

Cuáles son estos castigos o formas de restablecer o mantener el equilibrio social? son: el baño en agua fría, el uso de la ortiga, el uso del látigo o vara de madera.

La privación de la libertad personal en la cultura indígena como pena no tiene sentido peor aun existencia, según las opiniones de Elisa Cruz Rueda y Lourdes Tibán Guala.

Elisa Cruz Rueda, menciona que los sistema jurídicos tanto el occidental como andino pueden relacionarse pero, pueden ver el

“mismo objeto de forma distinta y den como resultado como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Es suficiente si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió el error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión (Cruz, 2008, p. 37)

Para Lourdes Tibán Guala, “Desde la cosmovisión indígena la cárcel no está aceptada dentro de su cultural porque viola su principio de AMA KILLA (no ser ocioso) y aplican otras sanciones que visto desde lo occidental puede ser violatorio de derechos (2010, p. 127).

*Cuáles son las razones para justificar la no existencia de la privación de la libertad como pena?*

La primera, se infiere del propio pensamiento andino y de los mismos criterios éticos sociales comunitarios de Joseph Estermann, sostiene que la filosofía indígena considera al ser humano, como uno más dentro de mundo o pacha, es decir, que todos los seres animados como inanimados son importantes para que se desarrolle y produzca la armonía dentro de él.

Además, siendo parte de este mundo también cumple una función de relacionador o puente entre el sol, la luna y lluvia con la Pachamama.

Si se produce su exclusión en el momento de privarlo de su libertad, se rompe la armonía, no existiría el principio de la complementariedad que pueda servir para la fecundación de la Pachamama, de los animales y seres humanos.

No se produciría el intercambio económico de su producción y ayuda solidaria. No existiría la reciprocidad, por cuanto el ser humano no podría ayudar a la Pachamama a brindarle sus frutos y él no podría cultivarla y cuidarla.

La *segunda* justificación, se desprende que es importante para la comunidad indígena, que ayude en la toma de decisiones, sea parte de la productividad económica, participe en las reuniones sociales como agradecimiento de todos los beneficios que recibe la comunidad, que participe de las manifestaciones culturales y en el ejercicio de cargos que son necesarios su desempeño.

Si se produce la privación de libertad, existe una ruptura de la armonía y equilibrio de la comunidad, ya que el runa en cada una de estas actividades es importante y necesario su ayuda, su presencia llena a la comunidad. Solo este ser humano no es nadie la comunidad estaría afectada en su continuidad.

Además, afectaría la propia identidad de la comunidad, ya que su exclusión deja de fortalecer a la misma, como decía Elisa Cruz, las conductas deben ayudar a lograr la reproducción y convivencia armónica de la misma, a pesar de que pudo cometer alguna acción contraria a las normas comunitarias no es el fin de la comunidad de que salga de dicha comunidad, si puede ayudar a restablecer lo perdido.

La *tercera* razón, tiene relación como dice Lourdes Tibán Guala que afecta el principio de AMA KILLA (no ser ocioso), que es lo que quiere decir dicha autora, que al tenerlo encerrado sin hacer ninguna actividad económica, social, cultural se esta violentando los principios de complementariedad, relacionalidad y reciprocidad.

Como sosteníamos su presencia en las actividades económicas de la comunidad son necesarias, ya que como dijimos se convierte en cuidador y cultivador de la Pachamama; ayuda en las obras que son necesarias para el mejoramiento de la comunidad. Además, como podría reparar el daño que produjo en el caso de robo o de muerte u otra conducta antijurídica.

La *cuarta*, tendría relación con la propuesta de Elisa Cruz Rued (2008), cuando menciona que no tiene fin de hacer justicia ni un medio como sucede en la sociedad occidental, ya que la prisión preventiva se ordena en dos presupuestos para asegurar la comparecencia del procesado y para asegurar el cumplimiento de la pena.

La pena privativa de libertad se comprende como fin de hacer justicia ya que es el castigo para quien cometió un delito y desde la comprensión de Hegel es el fin último de privarlo de libertad.

En cambio, en la filosofía andina, como hemos sostenido en esta parte de la investigación mantenerlo en libertad implica el respeto como miembro de la comunidad, el de restablecer la convivencia armónica de la comunidad y de la pacha.

La *quinta* sería, el espacio es comunitario, todo tiene que ver con la misma participación colectiva en el conocimiento, sustanciación y resolución del llaki que afectaba la armonía de convivencia, hace que la comunidad resuelva mantenerlo libre para que realice las actividades de reparación.

En esa lógica, no se puede construir lugares de exclusión para alejar al culpable de los inocentes, ya que al comprender

a todos les interesa y les afecta, no existe complicidad del delito, sino que la comunidad tiene el compromiso de buscar el restablecimiento de su armonía, como algo esencial ya que eso fortalece su identidad, solidaridad y sus principios éticos sociales comunitarios. Si produce la exclusión o encerrar a ese runa sigue afectándola en su armonía, sin ninguna forma de solución.

La *sexta*, tiene que ver con la concepción del tiempo, siempre se busca la memoria ancestral, siendo cíclica su concepción, que se entiende en primer lugar en el mundo andino no hay un concepto de tiempo y espacio, que todo es lo mismo se vive el presente y el pasado ahí mismo, que

el pasado no esta realmente pasado, sino que interfiere, se penetra e influye en lo que pasa aquí y ahora. Muchos ritos andinos tiene el significado de hacer presentes hechos del pasado, es decir, de representar y a presentar simbólica y celebrativamente acontecimientos míticos, históricos y legendarios de un supuesto pasado(..).el tiempo no avanza de un estado inicial a un estado final, en una sola dirección, sino que puede progresar también en la dirección opuesta (Estermann, 2008, p. 83)

Nos sigue explicando Estermann, que

no hay continuidad lineal ininterrumpida entre diferentes ciclos o épocas, el tiempo andino es radicalmente discontinuo y procede a maneras de saltos o revoluciones cósmicas. La idea occidental choca de progreso en el sentido de avance diacrónico hacia lo mejor, superior y más desarrollado choca fundamentalmente con la concepción cíclica andina de regreso a un estado más perfecto y ordenado(...) la idea occidental de desarrollo se basa principalmente en la idea de la acumulación y del perfeccionamiento moral (...) para el runa el verdadero desarrollo consiste en restablecer el orden cósmico equilibrado, regido por los principios de complementariedad, correspondencia y reciprocidad (Estermann, 2008, pp. 125-126)

Es decir, con lo anterior, se confirma una vez más porque no existe la pena privativa de la libertad, en primer lugar, la acción que altera la armonía de convivencia de la comunidad, no está interrumpiendo el tiempo que comunica como se entiende el modelo occidental, sino que más bien como no se tiene un tiempo lineal ni dialectico, sino en sobre saltos o revoluciones, esta conducta no afecta a nada de aquello. Sino a lo que se ha sostenido a la armonía.

El apropiarse del tiempo, no tiene el runa andino el concepto de apropiación de bienes sean materiales o inmateriales, ya que todo pertenece a la comunidad, peor aun el tiempo de su complemento que sirve al fortalecimiento de la comunidad indígena, por lo que no cabe concebir la privación de la libertad como una apropiación del tiempo del agresor.

Podemos sostener que la principal preocupación es el restablecimiento del orden del equilibrio y si es el tiempo anterior, lo que busca la comunidad es aquello, sin importar de tratar de recuperar o restablecer ese tiempo anterior.

En consecuencia, el derecho indígena no tiene previsto



YakuMama

esta forma de pena en su estructura como ordenamiento jurídico, habíamos mencionado que existe otras formas para el restablecimiento de la armonía de la comunidad, estas son el agua fría, la ortiga y la vara o látigo.

En esta parte, tomaremos las reflexiones propias de Verónica Yuquilema en su condición de indígena Kiwcha de la comunidad de Pulucate, de la provincia de Chimborazo y su investigación de campo, como la recopilación de testimonios lo cual le permiten construir el significado que tiene cada una de estas formas.

Me limitare a citarla sin ningún comentario, ya que considero que el realizar una interpretación de la misma sería alterar de alguna manera ese sentido.

### EL AGUA FRÍA

"Cuando conversé con el Tayta Manuel Allauca originario del Pueblo Waranka pero desde que contrajo matrimonio con Mama valeriana(Mama Yachay reconocida en el Pueblo Puruwá) forma parte del Pueblo Puruwá y le pregunté qué significa el agua para él, me contestó "El aguita es vida", al principio espere tener una respuesta mucho mas "completa" es decir algo similar a lo que nos dicen los profesores en la Universidad, sin embargo, creo que ésta respuesta aunque parezca tan simple, lo es pero desde el punto de vista que no hay que darle tantas vuelta para referirse a éste gran elemento de la Pachamama, que lo que nos brinda es vida, sino incluso no importaría si hacen uso indiscriminado de ella o que la contaminen" (Yuquilema)

"En este contexto es necesario dar a conocer que dentro del mundo andino existen cuatro elementos o más bien APUKS<sup>3</sup> importantes y son: YakuMama(agua), Nina(fuego), Wayra(viento) y allpamama(tierra). Cada uno representan seres con quienes interactuamos en cada oportunidad y que nos brindan su energía desde sus posibilidades."

"Éstos cuatro elementos que para el runa son respetados, para el mundo occidental no son más que recursos que deben ser aprovechados para obtener riqueza, sin importar cuales son las repercusiones. En este punto debo resaltar lo señalado por el mashi Carlos Yamberla, perteneciente al Pueblo Kichwa Otavalo, quien dice que los runas se desarrollan bajo dos órdenes: 1.- el orden social que es en el que se desarrolla las relaciones interpersonales, pero considerando el orden natural



Nina

y 2.- el orden natural que es el respeto que tenemos y la sabiduría que nos brinda la Pachamama. Estos dos órdenes mencionan, que existe una relación de complementariedad y reciprocidad entre ellos, es decir que van de la mano."

"Partir de esta percepción nos ayuda a comprender porque el runa se empeña en luchar y defender la Pachamama, él sabe que el agua debe ser para todos los seres humanos pero el modo en que pretenden apropiarse y abusar de ella (mirar con objeto de mercancía) es a lo que realmente se oponen. En todo caso es otro tema de análisis, lo pongo a colación para entender un poco porque el agua merece respeto."

"Porque el agua es vida? Que representa el agua en la vida del Runa andino?"

Menciona Yuquilema que "Para responder la primera interrogante, debemos remitirnos a lo manifestado precisamente por el Tayta Manuel quien dice que cuando tenemos contacto con el o ella (agua) liberamos energías y dejamos de lado lo que nos hace daño, es decir su vida vuelve. Según él con el baño equilibramos nuestro yo interior, nos reencontramos y volvemos al equilibrio."

"Para la segunda, recalco lo mencionado en una publicación "El agua es un ser vivo, proveedor de vida y de animación del universo. Con el agua se dialoga, se le trata con cariño, se le cría" (Estermann, 2008, p. 56). Esta es la percepción del agua, es un hermano mas dentro del ayllu, es quien a través de sus poderes nos ayuda a recobrar el equilibrio de nuestra vida.

"Mi madre cuando dice "siento el cuerpo pesado, no tengo ganas de hacer nada" busca en el agua su respuesta y su acción continua al decir eso es irse a dar un baño, y efectivamente cuando vuelve, su rostro y ánimo cambia. Esta experiencia puede resultar fuera de lo normal, y lo es, pues me atrevo a decir sin perjuicio que sea regla general, que solo los RUNAKUNA sentimos aquello, es reciprocación de energías."

"Tanto el mashi Carlos Yamberla como el Mashi Carlos Pérez Guartambel, originario de Cuenca, coinciden en que en la cosmovisión andina el agua es todo, dicen "que somos agua y que volveremos a ser agua".





Wayra

"El agua no es un simple líquido, es verdaderamente fuente de vida, y según el Mashi Carlos Yamberla es el iniciador de la vida, y por tanto es el hilo conductor de la vida, señala también, que esta continuidad se manifiesta en forma pragmática en las prácticas culturales que se realiza en respeto a este ser."

Como ayuda el agua para solucionar el problema existente en la comunidad?

"Considerando lo manifestado por el Mashi Carlos Yamberla" el agua es el hilo de continuidad de la vida" y que esta continuidad se "refleja en las prácticas culturales", pues nos lleva a concluir la relevancia del acompañamiento de agua en la solución de conflicto suscitado en la comunidad."

"Ahora, las prácticas culturales que se realizan con el ApukYaku son varias y de acuerdo a las conversaciones mantenidas, ellos señalan los siguientes:

El Tayta Manuel haciendo referencia al baño dice que, hay baños que se hacen por costumbre, otros que se lo hacen para purificarse, otros para el florecimiento; de igual forma el Mashi Carlos Yamberla, señala que existen baños que se lo hacen cotidianamente, para fiestas, para ceremonias, y dentro de estas ceremonias existen baños de inicio de ceremonia, de purificación, de sanación y de reciprocación con la YakuMama."

"En el contexto de mi tema de investigación, estamos frente al baño que se lo hace con el fin de la purificación de aquel runa que por tener un desequilibrio en su interior ha sido capaz de cometer una falta que constituye un llaki para toda la comunidad."

"Para el baño de purificación en el caso del cometimiento de una falta, el agua debe estar fría, esta es una característica muy importante tomarla en cuenta, ya que tiene una razón de ser así, mas adelante explicaré el sentido de que sea fría."

## LA ORTIGA

"En la época del KuyaRaymi, es precisamente el momento en que los runakuna aprovechan para sembrar, porque saben que en esos tiempos tanto el agua a través de la lluvia ayuda para que la alpamama pueda acoger en



Alpamama

sus surcos las semillas para fecundarla, esta siembra merece tanto respeto pues son las plantas las que luego nos ayudarán a seguir viviendo, es así que por ejemplo las mujeres cuando están en su luna (periodo de menstruación) no pueden ingresar a la chakra porque tanto la alpamama como las mujeres están cumpliendo el mismo rol de fecundación, por tanto, no pueden complementarse en esa época."

"Las plantas son fuente de vida, el Tayta Manuel Allauca me decía que son quienes limpian nuestras dolencias no solo físicas sino espirituales, y las plantitas que nacen en la misma alpamamita son las que nos devuelven el equilibrio si algún mal nos aqueja, el muy sabiamente dice que "la medicina para el ser humano está en la chakra que ha sido cultivada por nosotros mismos" y yo respetuosamente complementaria con lo que los Taytakuna Laurita Santillán y Fernando Chimba, dijeron en alguna ocasión "las plantitas que se conocen como silvestres (las que nacen en donde quieren) son sembradas por la misma Pachamamita", tal es el caso de la ortiga que la encontramos en cualquier lugar."

"De acuerdo a lo investigado sobre la ortiga, el Mashi Dr. Carlos Pérez Guartambel señala que "Es característico de esta planta el poseer unos pelos urticantes que tienen la forma de pequesísimas ampollas llenas de un líquido irritante que al contactar con la piel vierten su contenido (...) sobre ella, provocando ronchas, escozor y prurito." (C. Pérez. "Justicia Indígena". Año 2010. Segunda edición. Pág 235) Es decir es una planta que por su característica produce cierto ardor, es decir calienta el cuerpo de quien está siendo frotado con ella."

"La ortiga tiene una variedad, así: tenemos a la wagrachini (conocida también como ortiga negra), o la ortiga simple, la diferencia entre éstas dos es que la primera contiene mas poderes curativos que la otra."

Porque es usada ésta planta y no otra en la solución del conflicto?

"La ortiga es una plantita que contiene tanto nutrientes como poderes curativos que logran estabilizar al runa en todo su YO. En cuanto a los poderes curativos, la ortiga es usada en las comunidades para curar "resfriados, reumatismos, golpes, cansancio, de músculos (...). Hasta para una buena digestión y alimentación son utilizados sus hojas en ensaladas (Carlos Pérez, 2010).



"Esta planta al provocar ardor al contacto con el cuerpo, logra producir un efecto contrario pero complementario al que realiza el agua helada, es decir al unir el frío con el calor llega a un punto de equilibrio de energías. Hasta ahora no conozco de otra planta que tenga este poder."

"Debo mencionar que la ortiga no es usada como tal, a efectos de producir dolor o sufrimiento, que es la percepción que se tiene, sino que ayuda a que el runa equilibre sus energías. Se habla de equilibrio porque existe "un algo" que no está bien que le incita a realizar una falta, entonces lo que la ortiga en unión con el agua es ayudar a volver a su estado normal al runa."

### AGUA Y ORTIGA

"En el primer subtítulo de este capítulo mencione como base primordial dos principios del que debe partir la comprensión del Derecho Indígena y señale el principio de relacionalidad y complementariedad, y que ahora son necesarios para comprender la relación del agua y la ortiga y de ellos con el runa."

"Básicamente el principio que debe considerarse en este momento es el Principio de Complementariedad, porque?"

"El mashi Luis Angel Saavedra, originario del pueblo Cayambi, al conversar sobre el tema del agua, la ortiga y el runa en la justicia indígena, muy acertadamente señaló que:

Primero, si la persona comete una falta es porque esta enfermo, es decir no hay un equilibrio de energías, entonces en función del principio de complementariedad existente en el caso del sol y la luna, del hombre y la mujer, en esta ocasión también existe tal relación entre el agua y la ortiga con el fin de ayudar a la persona. El cuerpo de la persona está inquieta, caliente y necesita de algo que en un primer momento lo estabilice e interviene el agua fría, que hace que se calme; luego dado que ya de cierta forma el cuerpo se ha estabilizado un poco, requiere de la acción de otro elemento mas que coadyuve a que no se quede en ese estado de cierto modo de congelamiento, pues interviene la ortiga, que provoca calor y ardor. Cuando el agua y la ortiga se unen están complementándose para ayudar a que la persona equilibre sus energías y deje de lado las que no necesitaba".

"En igual sentido, el Tayta Manuel Allauca manifestó que "El agua purifica y la planta corrige porque el cuerpo está caliente para hacer el daño"

"De estos dos puntos de vista hace a reducir la relevancia del principio de complementariedad en la que se basa el mundo andino, y que es la base fundamental para comprender las demás interacciones que existen."

"Tanto el agua como la ortiga cumplen un rol particular y complementario para ayudar a solucionar el conflicto suscitado, la Pachamama mediante estos dos seres aporta también en la intención de la comunidad de retornar a un equilibrio de la armonía".



Imagen tomada de <http://www.lahora.com.ec/>

## EL LATIGO

"No deseo ahondar en este tema, únicamente quiero manifestar que respecto al uso de látigos luego de realizar la purificación con los dos elementos anteriormente señalados, se encuentra no solo fuera de contexto sino mas alla de eso, fuera de la realidad misma de las comunidades."

"El látigo como tal pienso que es un rezago de los instrumentos que eran usado por los españoles durante su dominación a los pueblos originarios para hacer que los negros e "indios" los obedezcan. Simplemente esa práctica, dado el sincretismo que hemos aceptado, se ha quedado en las comunidades, no obstante de creer personalmente que no es correcto, pues no es propio de las comunidades."

"Sin embargo, entrando a considerar la validez o no del uso del látigo, el Dr. Pérez Guartambel, narrando la realidad del pueblo Cañari, enfatiza en que si bien el látigo no fue usado durante la historia antes de los españoles por los pueblos andinos, si se usaba una vara "es decir un pequeño tallo de chakra, retama o chilca que no provoca lesión" (Carlos Pérez, 2010, p. 237)

"Además de aquello, según mi percepción considerando que una de las características del Derecho indígena es que está en proceso de adecuación continuo, es totalmente válido que se vayan adaptando ciertas cosas a las realidades, sin perjuicio de ir en contra de ciertos principios básicos como el de la vida y de la dignidad, y que en razón de esto se adopte ésta práctica como parte de la solución siempre y cuando se le dé un significado propio y legítimo."

"En este sentido el Dr. Pérez, se refiere de este modo " El látigo en determinadas comunidades indígenas se conocen como el rayo porque cae con fuerza, energía, y desde arriba del Hana Pacha para despertar las buenas energías que están adormecidas y que han sido soslayadas por las energías malignas provocando el desequilibrio de los miembros de la comunidad social" (Carlos Pérez, 2010, p. 237).

## LA INTERCULTURALIDAD: SU CONTENIDO.

Una vez descrita en forma breve la critica al modelo de la exclusión, la propuesta a éste con el modelo explicativo de la interculturalidad, Enrique Ayala Mora, nos invita a dar una construcción a este modelo que no debe ser un

añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión al Estado, a la religión y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio de adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatoriana. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no religiosa y de conciencia, sino diversidades étnica y también regional. Eso supone

repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen pueden también dispararse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro con garantías de supervivencia como proyecto nacional (Ayala Mora, 2002, p. 106).

En razón de aquello debemos preguntarnos ¿qué es la interculturalidad? Es el modelo que surge, para Catherine Walsh, como una insurgencia o visibilizar o reivindicación de las culturas que han sido olvidadas o no existentes, o culturas reconocidas pero subordinadas a la cultura dominante.

Esta insurgencia tiene como objetivo la desaparición de toda forma de poder de colonialidad (Guerrero Arias, 2011) o decolonial como sostiene Catherine Walsh, esto implica la superación de las construcciones del saber, cultura, historia, económica, política; eliminando el racismo, la desigualdad, la negación del otro, del etnocentrismo, de género, etnocidio, del trabajo que produzca esclavitud, etnofagia, patriarcalismo, del sexismo, del machismo; eliminando el carácter uninacional y monocultural del Estado.

En primer lugar, la interculturalidad ha provocado la crisis de la visión monocultura de la sociedad dominante (Llasag, 2001) de corte cultural occidental con rasgos europeizantes o anglo sajones (Estermann, 2008) de excluir lo que no considera filosofías a otras maneras de pensar, ya que caen en ser cosmovisiones sin que puedan ayudar a explicar la realidad existente.

Aparece en un primer momento para mantener el espacio de dominación un nuevo concepto que es la *multiculturalidad*. Para Catherine Walsh fue provocado por el Banco Mundial al implementar "la política indígena" en las décadas de los noventa en el Ecuador.

Por ello estos autores al igual que Borrero Garcia la interculturalidad es una superación de la pluriculturalidad o multiculturalismo.

En segundo lugar, la insurgencia de la interculturalidad, para Boaventura de Souza Santos, consiste en la eliminación del universalismo de ciertas instituciones jurídicas como son los derechos humanos, la eliminación de la "monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; la lógica productivista capitalista" (Souza, 2011, p. 46) que se han constituido, como dice el autor en topoi fuertes que deben ser reconstruidos frente a la interculturalidad.

En tercer lugar, el poder colonial de la economía, reflejada en la lógica productivista capitalista, es la economía de acumulación de capital, el mercado como única forma de desarrollo de los países, la economía de extracción sin pensar en la naturaleza y en los demás seres humanos que vendrán, hace que la interculturalidad con la recuperación de la nueva forma de ver la economía comunitaria, solidaria y de armonía con los demás miembros de este mundo incluyendo la naturaleza.

En cuarto lugar, la crisis de la noción del tiempo lineal y que no se lo puede recuperar, si estás atrasado debes igualarte

y de apropiación de su tiempo en el caso de las labores bajo régimen capitalista, frente a un tiempo incluyente circular de ver el pasado, presente y el futuro al mismo tiempo.

En quinto lugar, es la crisis de considerar que existe una sola forma de nación ecuatoriana, como sostiene Ayala Mora en el Ecuador no existe en forma clara dicha conformación, por la exclusión de otras existentes al momento de la conquista y luego en la república, es por ello que el primer concepto en ser reconstruido fue la nación y surge el de la plurinacionalidad como reconocimiento de la existencia de otras nacionalidades existentes en el Ecuador desde tiempo ancestrales.

En sexto lugar, la crisis se encuentra en las formas de organización política que tenemos como las formas de gobierno, de participación ciudadana, de inclusión social. Surge lo comunitario con una participación social mayor en la toma de decisiones del poder público y una concepción de que la comunidad es un todo compuesto por todos los seres que forma la realidad tanto la Pachamama, los humanos, los animales.

Y por último, la construcción de los derechos humanos como una producción exclusivamente individual por una visión de derechos colectivos.

Es decir, la crisis entre otros conceptos ha provocado que la interculturalidad se convierta en el nuevo modelo que se convierta como lo dice Catherine Walsh en

un marco para un proyecto activo y dinámico de la interculturalización; proyecto que asume la decolonialidad como requisito y obligación, impulsando un cambio profundo hacia la creación de un Estado y sociedad que operan a partir de articulaciones, coordinaciones e interrelaciones entre estas lógicas, racionalidades, conceptos, prácticas, pueblos y nacionalidades diferentes. Raul Llasag citando a Catherine Walsh, la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos (2001, p. 185).

Para la CONAIE la interculturalidad, es

la relación armónica e igualitaria entre las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades, hacia no indígenas respetando las diversas expresiones culturales

(lengua, cosmovisión, costumbres, tradiciones, autodeterminación, epistemologías, etc) reconociendo y respetando las diferencias y diversidades...no significa que se viva pacíficamente uno al lado del otro no más, sino una convivencia con interacción, intercambio y aprendizaje mutuo (Tibán, 2010, p. 105).

Joseph Estermann, explica en su construcción cómo debe comprenderse la *Filosofía intercultural*,

no se trata de una deconstrucción de la tradición occidental dominante, sino de una actitud filosófica alternativa, de una crítica del mismo quehacer filosófico, de sus presupuestos y métodos, de sus sujetos y de su institucionalidad. La crítica intercultural de paradigmas mono-culturales como para la elaboración y promoción de filosofías culturalmente situadas y contextualizadas. La crítica se dirige a cada filosofía que se considera "universal" en sentido a priori, es decir, que se concibe a sí misma y se reproduce como meta-cultural. Es la recuperación y rehabilitación de tradiciones no occidentales como formas alternativas de racionalidad y praxis (Estermann, 2008, pp. 96-97).

La minga esta relacionada con el principio de colectividad propuesto por Raul Ilaquiche, que es el punto de partida para saber el porqué, al resolver conflictos en una comunidad, son participes todos y cada uno de sus miembros, quienes ayudan dando sus puntos de vista, en otros casos, sus soluciones o en el caso de las mujeres, lamentado la desarmonía que ello encubre, porque en su sentir esta que el "ayllu" está siendo afectado, el "llaki" atañe a todos y cada uno de los miembros de la comunidad pues el cometimiento de un "delito" constituye un mal ejemplo para la nueva generación y desequilibra el orden (Yuquilema).

Es decir, para todos estos autores, la interculturalidad no significa destruir entre culturas que son diversas, sino como lo menciona Camilo Borrero García,

en lo que atañe al mundo normativo, la interculturalidad supondría un presupuesto de partida: el respeto a la autonomía de las formas de derecho propio de cada cultura. Autonomía que sólo podría tener como límites los provenientes de un eventual consenso de las culturas involucradas, nunca la imposición en torno a valores que no necesariamente son compartidos con la misma fuerza o voluntad (Borrero García, p. 68)

### Bibliografía:

- Ciaramelli, F. (2009). *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ayala Mora, E. (2002). *Justicia Indígenas*. In J. Salgado, *Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Quito: ABYA-YALA.
- Malo González, C. (2008). *Justicia indígena, Cultura e Interculturalidad*.
- CONAIE. (2008). *Estructura legal de los sistemas jurídicos de los Pueblos y Nacionalidades Kichwa del Ecuador*. Quito: Editorial Conaie.
- Yuquilema, V. (n.d.). *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*. Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas . Quito.
- Sánchez Botero, E. (2008). *Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paeces y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares*. In R. Huber, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (pp. 119-142). Bogotá: Konrad Adenauer.
- Carlos Pérez. (2010). *Justicia Indígena*. Cuenca : EEditorial CONAIE.
- ECUARUNARI. (2008). *Estructura legal y sistemas jurídicos de los Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador*. Quito: Ecuaurunari.
- Cruz, E. (2008). *Principios generales del derecho indígena*. In J. M. Rudolf Huber, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá: Fundación. Konrad Adenauer Stiftung.
- Estermann, J. (2008). *Si el sur fiera el Norteq*. Quito: Abya-Yala.
- Tibán, L. (2010). *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*. Quito: Editorial Pacheco.
- Guerrero Arias, P. (2011). *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica*. In A. Kowii, *Interculturalidad y Diversidad* (pp. 71-101). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Llasag, R. (2001). *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*88. . Quito.
- Souza, B. d. (2011). *Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala.
- Borrero García, C. *¿ Multiculturalismo o Interculturalidad?* In D. Carrillo, & S. (. Patarroyo, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*.



# DE UN ESTADO EXCLUYENTE A UN ESTADO INTERCULTURAL (UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA, POLÍTICA, JURÍDICA E INTERCULTURAL) PARTE IV

Álvaro Román Márquez

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Abogado y Dr. En Jurisprudencia (UCE), Abogado en libre ejercicio profesional. Profesor de la U. Central del Ecuador y U. Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.*

*Máster en derecho Constitucional (UASB) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (UCE). Profesor de pregrado y posgrado.*

## RESUMEN

Pese a que han transcurrido aproximadamente siete años de existencia y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador todavía no podemos atrevernos a decir que la validez normativa sea equitativa con su validez sociológica. Sobre las instituciones de vanguardia que posee sus enunciados en concordancia con el movimiento neo constitucional que dejados sus huellas en casi todas las constituciones de Latinoamérica existe una alta dosis de incredulidad en un amplio sector de opinión política y académica reacios todavía en encontrar la anhelada transformación de los fundamentos en los que se asienta nuestro estado de derecho.

Uno de esos pilares que recoge la novedosa carga neo constitucional de la carta magna tiene que ver con el tema de la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, principios sobre los cuales se construye la justicia ordinaria e indígena como dos fuentes de derecho complementarias, independientes y jerárquicamente homogéneas. La pluriculturalidad como ideal supremo tiene sus escollos en la propia normativa constitucional y legal resistente a aceptar una construcción teórica – jurídica que requiere de una verdadera participación de todos los pueblos y nacionalidades que conforman nuestra sociedad en la conformación, estructura de todas las instituciones del Estado y en la obligatoria presencia que deberían tener en el diseño e implementación de las políticas públicas, que van más allá del simple nivel discursivo.

**PALABRAS CLAVE:** *PALABRAS CLAVE: Epistemología, control constitucional, constitución rígida, democracia representativa, democracia constitucional, democracia comunitaria, conflicto social, derecho a elegir, interculturalidad, estado plurinacional, ama killa, la minga, el latigo, la antijuricidad e interculturalidad.*

## ABSTRACT

Although they have passed about seven years of existence and validity of the Constitution of the Republic of Ecuador we can not yet dare to say that the law is equal validity with its sociological validity. On leading institutions having their statements in accordance with the constitutional movement neo that left its mark on almost all constitutions in Latin America there is a high dose of disbelief in a broad sector of political and academic opinion still reluctant to find the desired transformation the foundations on which our rule of law is based. One of those pillars that collects new constitutional neo charge of the constitution has to do with the issue of multiculturalism and legal pluralism, principles upon which the ordinary and indigenous justice as two complementary sources of independent law is built and hierarchically homogeneous. Multiculturalism as the supreme ideal has its pitfalls in the constitutional and legal rules themselves resistant to accept a theoretical construct - law that requires genuine participation of all peoples and nationalities that make up our society in the establishment, structure of all state institutions and the obligatory presence they should have in the design and implementation of public policies that go beyond the mere discursive level.

**KEYWORDS:** *Epistemology, constitutional control, rigid constitution, representative democracy, constitutional democracy, community democracy, social conflict, the right to choose, intercultural, plurinational state, ama killa, the Minga, the whip, the illegality and multiculturalism.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 10  
APROBADO: 2015 - 05 - 23

## La interculturalidad como discurso interpretativo: criterios para el diálogo.

Cómo plantear la forma de buscar este diálogo entre culturas autónomas cada una con su propia forma de ver, explicar y comprender el mundo, respetando esas formas, pero buscando interrelacionarlas para encontrar una nueva forma de vivir, este es el reto propuesto por Ayala Mora de repensar en forma radical que nos debe comprometer a todos en construir este nuevo Estado.

### LA DEMOCRACIA

El *primer criterio* que tomamos en cuenta en la construcción de la interculturalidad, es la democracia, la Constitución reconoce que *la democracia es representativa, directa y comunitaria* (Constitución del Ecuador, 2008, Título IV, art. 95, inciso 2do) con derechos de participación en la construcción del poder ciudadano. El estudio de las dos primeras no son necesarias por cuanto existe varios estudios para comprenderlas. Es por ello que analizaremos brevemente las propuestas de Ferrajoli y Habermas por cuanto esas nos ayudan para la interculturalidad.

Hay que acoger el criterio de Luigi Ferrajoli (2008), sobre la propuesta de *democracia constitucional*, donde los derechos fundamentales son el techo de cualquier construcción, discusión y protección, es por ello que la Constitución se encuentra como límite y garantía primaria de cualquier democracia formal, es decir del cualquier poder sea público o privado, sea este de la mayoría, o de los poderes estatales y de los poderes económicos del mercado.

¿Cuáles son las herramientas para conseguir aquello?, en primer lugar: la transición del principio de la ley al principio de la constitución, como consecuencia la constitución se convierte en fuente de todas las decisiones, es decir, que aquí se cumple que la ley está condicionada: en primer lugar, siendo la ley sobre la ley, el derecho sobre el derecho, por ello no solo importa el *quién* tiene la competencia para hacer la ley y el *cómo* se hizo la ley, sino que es importante el *qué* se decide y el que no se decide, estas son cuestiones que están en la esfera de la decisión de los poderes, los límites que pone la Constitución hace que las decisiones estén siempre en conseguir el respeto y protección de los derechos fundamentales

En segundo lugar, siendo rígida tanto en su reforma con un procedimiento cualificado y también en los derechos fundamentales tutelados de cualquier afectación de estos poderes.

En tercer lugar, la soberanía interna como externa, los sujetos están sometidos a la constitución. La mayoría debe tomar decisiones de proteger las libertades y buscar la realización de los derechos sociales y colectivos, es decir los derechos fundamentales. Por ello la democracia forma esta condicionada por la democracia sustancial.

Y, por último para configurar esta democracia constitucional, la creación de garantías que puedan hacer efectiva la Constitución, es decir, sean efectivos los derechos, con ello cierra esa preocupación inicial entre norma y realidad o realidad y norma.

Así mismo debemos explicar brevemente lo que es democracia deliberativa y comunitaria desde la propuesta de Jürgen Habermas, de la *democracia deliberativa* y comunitaria. Ya que es te es el verdadero escenario que nos ayudará en el dialogo de la intercultural como medio al servicio de la cultura ecuatoriana. Este autor alemán plantea una crítica y una propuesta al modelo dominante del contrato social.

En primer lugar, sostiene que el modelo del contrato social como es visto es producto de la filosofía de conciencia, ésta observa a un sujeto solitario sin la relación con otro, es decir, que no requiere de la utilización del diálogo entre ciudadanos, solo hace referencias justificaciones político-lógicas que afirman la autonomía jurídica y política de los individuos, en segundo lugar: considera a este modelo hipotético ya que desconoce de la capacidad reflexiva que cada individuo puede adquirir de él y que puede alcanzar colectivamente. Y es hipotético por cuanto los individuos pueden elegir racional e institucionalmente de forma predeterminada y sesgada conforme a los intereses que representen.

El modelo propuesto por el filósofo alemán, de la democracia, a más de ser un proceso tiene tres proposiciones que son la racionalidad-razonabilidad, el lenguaje y la acción, con ello consigue que la acción sea comunicativa sustentada en el lenguaje para poder entendernos entre todos los ciudadanos, sin posibilidad de excluir a ninguno, es allí en donde nace la racionalidad y la razonabilidad en la toma de decisiones.

En consecuencia, la democracia se sustenta a) En la intersubjetividad comunicacional frente al monólogo resultante de la filosofía liberal, con ello debe existir la participación total y entera de los ciudadanos; b) Debe garantizar el intercambio cada vez más amplio de los argumentos y razones que pueden iluminar a los individuos y que pueden servir a la formación de una voluntad en común, comunicacionalmente compartido; c) Debe procurar que los individuos se definan por sus intervenciones.

En resumen la *democracia es una participación activa e incluyente de los ciudadanos por eso es comunitaria* y



*deliberativa* no de una manera sesgada como se da en la democracia liberal nacida del contrato social como situación hipotética.

El momento que los ciudadanos son incluidos colectivamente como autores de las leyes se someterán como destinatarios, estas mentalidades democráticas que se fijan en la autolegislación de cada uno con ello asegurar el consentimiento de todos en los que concierne a los derechos, a las normas e instituciones se convierte en el sustento de la democracia.

No como la transferencia o la adhesión prevista en el contrato social, que hacen en cuestiones prefijadas (justicia y la moral) en el contrato social los individuos, por ello es un modelo hipotético.

En el proceso de Habermas, el contrato social es una construcción producto del proceso democrático como una intersubjetividad sustentada en la acción comunicacional de las vivencias de cada persona en expresar sus razones tanto en estar de acuerdo y en el no estar de acuerdo. Esta construcción es importante en la actualidad ya que nos debe ayudar en el permanente diálogo que enfrenta el modelo de interculturalidad propuesto en nuestra Constitución.

Ese ha sido el propósito de exponer todas estas ideas para que los lectores saquen sus propias conclusiones y hagan una construcción a través de esta exposición. Es con estas propuestas que debemos tomar en cuenta para poder avanzar e interiorizar lo que es la democracia, con el fin de que nuestra transición de construcción desde lo político y jurídico que tiene como base lo epistémico nos ayude a entender al otro y podamos comunicarnos para poder llegar a acuerdos con el objetivo de construir la interculturalidad dentro de lo que es la democracia.

Para que este modelo político (democracia) nos ayude ha construir la interculturalidad, *debemos repensar* en los siguientes aspectos político y legal:

En el aspecto político, se debe implementar en la Constitución un proceso de elección para todas las funciones del Estado como Legislativo, Judicial, Ejecutivo, Electoral, Participación Ciudadana, que se refleje la constitución de sus miembros a más de las mujeres, la relación intercultural.

Lo que se ha logrado es la representación de la mujer en forma paritaria, pero se sigue en un discurso colonial de la conformación de las instituciones del poder público en lo que tiene relación a la intervención de los indígenas y afrodescendientes. Por ello existen distorsiones groseras del discurso en construcción.

En segundo lugar, en la educación no existen materias de los idiomas de comunicación intercultural como son el castellano, el quechua y el shuar. No se dictan materias interculturales en la malla de aprendizaje en las escuelas, colegios y universidades ni fiscales peor aun en las particulares, pese a la expedición de la Ley de Educación Intercultural que está en vigencia en forma reciente.

En tercer lugar, a todas las instituciones jurídicas debemos o construirlas o reconstruirlas como se entienden a los derechos colectivos, a los derechos individuales, su relación y coexistencia; por otra parte, la economía solidaria en busca del buen vivir. Sino comprendemos esto que es básico, no trabajaremos en busca de ese proyecto nacional que es repensar el Estado intercultural que dice Ayala Mora.

En cuarto lugar, se debe profundizar en políticas públicas de salud, turismo, culturales, educativas, diálogos para ir armonizando nuestras formas de vida. Provocar encuentros para explicarnos que es la Constitución, la naturaleza y sus derechos con relación con el buen vivir, todos desconocidos e indeterminados que provocan los ataques de quienes pretenden destruir esta nueva forma de Estado intercultural y seguir el discurso dominante.



### LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA PARA LA INTERCULTURALIDAD DEL DELITO, EL PROCEDIMIENTO Y DE LA PENA

*Un segundo criterio*, que nos servirá para la operatividad como herramienta y con ella construir la interculturalidad, es la propuesta de Boaventura de Souza Santos, *la hermenéutica diatópica* (Allien Da Silva, 2006)<sup>1</sup>.

¿Qué es la hermenéutica diatópica? Este autor, en primer lugar sostiene (Souza, 2011) que con el discurso excluyente en aplicación de la sociología de la ausencia, se construyó la exclusión de grupos como los indígenas, los afros, los inmigrantes sin papeles, los gays, las mujeres.

En el momento en que existe la lucha de los movimientos sociales, indígenas, de afrodescendientes, en busca de la inclusión surge la sociología de la emergencia, que el autor explica es la ampliación de las alternativas de ver el mundo, es decir que el discurso busca la recuperación de estos grupos humanos tanto en su cultura, saberes, prácticas políticas, económicas.

La inclusión de las comunidades indígenas ha sido normativa, desde el reconocimiento como sujetos de derechos colectivos, de su cultura, idioma, organización social política, educación, saberes ancestrales, lo que ha producido, como consecuencia, que exista esta nueva alternativa de ver el mundo; por ello se ha generado la construcción de la interculturalidad como algo posible.

En ese sentido la traducción intercultural para este autor es

El procedimiento que permite crear la inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles las posibles. Se trata de un procedimiento que no atribuye a ningún conjunto de experiencias ni el estatuto de totalidad exclusiva ni el de parte homogénea. Las experiencias del mundo son tratadas en momentos diferentes del trabajo de traducción como totalidades o partes y como realidades que no se agotan en esas totalidades o partes.

El trabajo de traducción incide tanto sobre los saberes como sobre las prácticas (y sus agentes). La traducción entre saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica...consiste en el trabajo de interpretación **ENTRE DOS O MÁS** culturas con el objetivo de identificar las preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan. En esa lógica considera que "cuanto más iguales sean las relaciones de poder entre las culturas, más probable será que tal mestizaje suceda" (Souza, 2011, pp. 61-62).

La hermenéutica diatópica busca dialogar, identificando los temas que pueden motivar al mismo, siempre y cuando tengan una igualdad de poder, si no es así existirá superioridad o jerarquía en las soluciones que se puedan tomar a los objetos tratados, como son los casos expuestos en el apartado anterior de la transición de la democracia.

En el caso ecuatoriano, debemos identificar esos temas que preocupan a cada una de las culturas (occidental y andina) que son topoi fuertes que según el autor constituyen premisas que sirven para la argumentación y que debemos degradarlos más bien en argumentos, ya que los mismos vistos en otra cultura son de difícil entendimiento, sino en algo imposible.

En el punto siguiente haremos una aproximación a los temas del delito, procedimiento y pena.

*El comportamiento humano antijurídico desde la interculturalidad*

El delito desde la visión occidental, podemos explicarlo de dos formas: una formal: la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, esto significa que en primer lugar debe existir un fase pre legislativa en la cual se determina la disfuncionalidad social que se genera según José Luis Díez Ripollés (2003), entre la realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica que concluye con la presentación de un proyecto de ley. Luego, la fase legislativa que es la deliberación democrática de todas las personas que

<sup>1</sup> La autora menciona que la hermenéutica es hacer comprender el sentido del asunto...que permite seguir tres reglas: expresar, interpretar y traducir para diferenciar de la interpretación. La expresión hermenéutica es, entonces, la constante traducción del pensamiento en el alma.



pueden ser afectados por la ley penal, de lo cual es aprobada y publicada; y por, último la pos legislativa que sería la crítica por la sociedad o por grupos relevantes de la misma si refleja o no la realidad social o económica que pretende regular.

Con ello el derecho penal cumple su función de regular conductas humanas que puedan afectar los bienes jurídicos que constituyen fundantes para la sociedad, cuando hablamos de los bienes jurídicos se entiende el concepto del delito desde la parte material o sustancial, éstos son en realidad, creaciones positivas de una regulación jurídica o en la medida que el Derecho crea y configura de una manera determinada objetos y valores de la relación social (bienes jurídicos) para posibilitar y encauzar las relaciones sociales de los hombres.

Como consecuencia de lo anterior, la teoría garantista desde el punto de vista normativo político, en relación a la intervención del estado debe ser solamente cuando sea necesaria aplicar la violencia por intermedio del Derecho Penal, privilegiando a la libertad, con lo que se construye la mínima intervención estatal y fragmentaria.

Así mismo, el delito cumple con su elemento esencial de estar descrito en la ley penal, (ley escrita o principio de legalidad Art. 76.3 de la Constitución) que fue la principal conquista en el estado liberal de protección al delincuente contra la imprevisibilidad que se generaba en el antiguo régimen de la producción de las leyes y de las decisiones de los jueces; actualmente, en el Estado democrático constitucional la tutela de los derechos reconocidos por la Constitución es uno de los deberes esenciales de esa organización política. Así mismo, la ley reúne los elementos de ser general, universal y abstracta.

En esa misma lógica para que se promulgue la ley tipificando la conducta prohibida, ésta se construye, desde la sociología y criminología, como disfuncionalidades que se dan en la sociedad y producen un malestar social, generan discusiones para la toma de decisiones políticas, lo que constituye una acción política la implementación de la misma.

Estas disfuncionalidades son también producto del derecho penal estatal, tomando en cuenta que se convierte en un elemento de control social de las conductas desviadas, que se generan desde el punto de vista del discurso criminológico en alteraciones sociales en donde se producen las anomias en esa parte de la sociedad, según sostienen Durkheim y Merton.

Estos autores en sus construcciones, como sociólogos, integracionista el primero y funcionalista el segundo buscan protección de la comunidad y la integración social como una forma de que los hombres de la época se integren a la sociedad, en especial el segundo a la sociedad norte americana. Merton considera que "los desviados no son enfermos sino que actúan normalmente ante la presión de la estructura social... la desviación proviene de una contradicción entre la estructura social y la estructura cultural." El mismo criterio tiene el sociólogo francés que se tratan de conductas normales, critica la institución del delito natural, considerando que cada sociedad debe generar su propia construcción de delito.

Zafaronni sostiene que el derecho penal lo que hace

es elegir personas que reúnan ciertos estereotipos fijados por el discurso dominante y que se encuentran en estado de vulnerabilidad frente al sistema social, por lo que se constituyen en excluidos y por lo mismo en personas que deben ser olvidadas en el submundo de las prisiones. No deben ser integrados a la sociedad ya que se constituyen en enemigos de la sociedad.

Todas las posiciones antes anotadas de carácter occidental tienen su punto de partida con el control social, es así que Oscar Contreras citado por Esther Sánchez Botero, sustenta esta posición

El derecho positivo y el control social examinado desde este referente, constituye lo que desde Gramsci, se denomina hegemonía. En efecto, tiene hegemonía quien consigue dirigir la sociedad, y dirigir no es otra cosa que lograr que otros produzcan las conductas y la ideología deseadas por quien detenta esa hegemonía. La eficacia de las normas constituye un índice de hegemonía política por parte de quien consigue la eficacia de su discurso (2008, p. 136).

Podemos decir que, la construcción occidental tiene y tendrá injerencia de la construcción del control social, ya que siempre se entiende en esta sociedad que el Estado está sobre los ciudadanos, éste tiene el *ius punendi* y por lo mismo es la forma de introducir la hegemonía ideológica dependiendo el Estado que se quiera construir, sea liberal, autoritario o constitucional de derechos con una ética laica, esta es una de las tensiones con la cultura indígena.

En el caso de la filosofía andina existen prohibiciones que la comunidad fija para mantener la integración y armonía, así lo sostiene Gabriel Ignacio Anitua citando a Malinowski (1884-1942) este autor desestimó los prejuicios que existían de las culturas primitivas, la existencia de estas culturas se sustenta en el principio de la reciprocidad social, ya que sostiene que esta reciprocidad hace que se generen derechos y obligaciones sociales, ya que los nativos tiene el interés social que esto funcione, por lo mismo se obligan a dar y tomar por lo que el derecho para este autor de las comunidades cumple una función integradora.

En razón de lo anterior cada comunidad tiene su derecho propio. Esther Sánchez Botero, nos dice en qué consiste este derecho,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos" (...) se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlos, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en "epidemias" que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad. (Sánchez Botero, 2008, pp. 119-121).

Sánchez Botero, en lo que tiene relación ¿cómo ve el derecho ancestral a las prohibiciones a las conductas transgresoras o antijurídicas?, expone que

el derecho en las sociedades de origen prehispánico no se orienta a regir, normativizar y determinar lo sancionable. Apunta a la idea inicial de códigos de representación tendientes a regular el campo de comportamientos, a la manera de un ciframiento que asigna en términos de conducta, líneas de pensamientos.

La prohibición en las sociedades de origen prehispánico está relacionada directamente con una acción, por una parte, y esta íntimamente ligada a la idea de efecto, por otra parte. Se veda, se impide, se prohíbe, pero todo ello trae un efecto. Esta es su dialéctica... Esta prohibición y veda, al ser transgredida, inicialmente traerá un efecto individual y social, que será leído e interpretado y, consecuentemente, conducirá a ser sufrido directamente por él o los transgresores (Sánchez Botero, 2008, pp. 133-134).

Para Sánchez Botero, este derecho no pretende utilizar los dispositivos que usa el derecho occidental de etiquetar, vigilar, medir y determinar, sino que apunta a no ser explícitos ni obvios, ni están necesariamente relacionados con funcionarios especializados.

Sino sostiene la autora colombiana:

mediante sutiles y claros mecanismos de socialización se contribuye al conocimientos de pautas ocultas o implícitas de la cultura. Es decir, a las regularidades del comportamiento, de las cuales los miembros de una sociedad pueden ser poco conscientes, pero que no obstante están ampliamente configurados (Sánchez Botero, 2008, pp. 133-134).

¿Cómo entiende el derecho indígena, al transgresor de los principios o normas de comportamientos?, para Esther Sánchez Botero es

quien causa el daño, está identificado como animal en unos casos, o, como ser con otra identidad (blanco, perteneciente a otra etnia, como ser de otro territorio o como no clasificable). Este proceso de concebir al otro por fuera de nosotros, permite la distancia necesaria para su liquidación física, destierro, ostracismo, castigo, enfermedad.

Basados en una concepción de dignidad humana propia y por el reconocimiento de la existencia de un devenir en personas, los pueblos indígenas leen los signos convencionales con que se representan las líneas al pensamiento, los "sellos" o "marcas", que son emblemas misteriosos y cifradamente resumidos en códigos o discursos de pocas palabras, que se reconocen limitadamente sólo al interior de la etnia. Este reconocimiento cultural y social permite predecir los comportamientos, por lo que las transgresiones definidas en términos negativos que desencadenan consecuencias terribles no están precisamente detalladas (Sánchez Botero, 2008, p. 136).

Con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos" (...) se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en "epidemias" que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad. (Sánchez Botero, 2008, pp. 119-121).

Como habíamos manifestando en líneas anteriores, esos códigos de pocas palabras tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos Kichwas del Ecuador, como son "Ama killa, ama llulla, ama shua", no ser ocioso, no mentir y no robar.

Podemos concluir, como expresa la antropóloga colombiana que no existe control social en el derecho amerindio o prehispánico como sucede en el derecho occidental, por cuanto en el derecho indígena no existe quien "detecte esa hegemonía" (Sánchez Botero, 2008, p. 136), además, la comunidad es entendida como ese todo y nosotros como integrantes de esa comunidad son los que tiene esos códigos que se encuentran ocultos, pero presentes en la memoria, ya que cualquier actuación contraria afectaría esa armonía comunitaria.

Una vez que hemos descrito como se ven las conductas humanas que afectan a normas, para la cultura occidental son delitos y para la cultura andina son comportamientos que trasgreden las normas comunitarias.

En este instante debemos retomar el criterio del maestro Boaventura de Souza Santos, en el sentido de degradar a estas construcciones de su calidad premisas a simples argumentos para poder hacer una aproximación a la interculturalidad en estas construcciones.

Con las construcciones expuestas, tenemos diversas formas de comprender este tema propuesto, la primera la occidental desde un punto de vista filosófico dogmático su construcción se genera en la regulación de conductas que pueden afectar a bienes jurídico por lo que se expresa en la ley; y una segunda construcción que es la sociológica-criminológica, en la cual a través del control social se utilizan dispositivos estigmatizadores con la criminalización tanto primaria como secundaria.

Es decir, que al momento que relacionamos con la construcción andina es esta segunda construcción que es la sociológica ya que se considera como un proceso que se genera en observar a la sociedad, lo mismo sucede con la visión andina de construir los comportamientos sustentados en las relaciones de vivir en comunidad, con la diferencia de que la individualización de las conductas y su estigmatización es una destrucción o estigmatización para ese ser humano lo que no sucede con la visión andina.

Por lo mismo debemos partir, en primer lugar: incrementar la construcción de ir comprendiendo que es vivir en comunidad con libertades, en ese momento podremos realizar una democracia comunitaria en la toma de decisiones, es decir, participando en los espacios de decisión pública como en las elaboraciones de leyes, de asambleas de barrios en busca de conocernos con los vecinos y hacer vida de comunidad coexistiendo con nuestras libertades liberales.

Esta comprensión de vivir en comunidad nos ayudará a construir el respeto de la dignidad que tiene las personas que viven en la comunidad sin utilizar formas de exclusión por haber cometido un delito. En la actualidad con las políticas de la seguridad ciudadana implementadas por el Ministerio

del Interior José Serrano, como son el programa de los "más buscados", se exponen sus rostros en afiches, en la televisión y además se ofrecen recompensas. Así mismo, cuando se deliene a personas se les viste una camiseta de rayas horizontales color anaranjado, con el pretexto de identificar de los Policías, y se los exhibe en rondas oruedas de prensa informativas de la Policía Nacional, violentando el derecho al estado de inocencia esta fue implementada por el Fiscal General (encargado) Washington Pesantez Muñoz.

En segundo lugar, las conductas antijurídicas, la construcción de los tipos penales de delito leves debe complementarse con la construcción de interiorizar de las normas que tiene la cultura indígena, para que las personas integrantes de la comunidad occidental no cometan y si lo hacen sea la propia comunidad que fije estas normas de responsabilidad social sin que sea necesario la tipificación de las todas las conductas en la ley penal.

En cambio en el caso de las conductas graves que se pueden generar en la comunidades, que tiene relación con el crimen organizados, debemos construir que esas deben tipificadas en la ley penal estatal, tomando en cuenta que la sociedad andina tiene una vida más sencilla y no se aproximan todavía dicha criminalidad transnacional que se generan en la relación de la comunicación y de la sociedad de riesgo que vive la cultura occidental.

En tercer lugar, reformular la construcción de control social como jerarquización o hegemonía que ejerce en la imposición de las conductas e ideología deseadas, ya que en el momento que comprendamos vivir en comunidad en la que todos somos un todo podremos no excluir sino incluir, como consecuencia se produzca la reciprocidad con ello la interiorización de que los ciudadanos debemos saber, que el cumplir las normas nos ayuda a identificar nuestra comunidad llamada Ecuador.

Las políticas públicas de carácter criminal o penal deben incluir esta concepción de que se debe implementar construcción de vivir en comunidad y la solidaridad, con el respeto de los derechos individuales como las libertades en especial la personal.

#### *El proceso desde la interculturalidad*

Como habíamos manifestado en líneas anteriores el garantismo, surge como esa teoría que garantiza por parte del Estado la protección de los derechos reconocidos por la Constitución, siendo desde el punto de vista normativo tanto desde lo epistemológico como político, que se debe aplicar los axiomas y los valores de mas conocimiento y menos poder, menos violencia mas libertad.

En el primer caso desde lo epistemológico hace referencia a dos tipos de procesos penales garantista y decisionista: el primero se justifica como se debe construir la verdad, si la verdad es relativa o aproximativa o procesal conjuntamente dentro del proceso el rol del Juez que tiene, lo anterior se convierte en los fundamentos de este modelo.

Como debemos entender esto, el maestro italiano parte de los valores que debe tener *más conocimiento y menos*



*poder*, esto implica: en primer lugar, el principio acusatorio (no el sistema acusatorio) que es la división de la decisión y de la acusación, la primera sigue con el Juez la segunda esta en manos de la Fiscalía tiene el poder de investigar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada; en segundo lugar, al no tener el poder de investigación el Juez, no se hace juicios previos de los hechos y de sus responsables. Como consecuencia, el Juez mantiene un papel neutral frente a los sujetos, sin que pueda activar la producción de pruebas. En tercer lugar, el conocimiento lo adquiere de la contradicción que se produce entre la fiscalía y el acusado, el primero en su afán de verificar la existencia del hecho y el segundo en su afán de refutar la prueba

Es en instante el Juez se convierte en garantista y evita el abuso del poder de sancionar, cumpliendo un proceso con todas las garantías penales y procesales (Ferrajoli, Derecho y razón, 2001).

Desde el punto de vista político, tiene relación con la premisa menos violencia más libertad.

Se refleja desde la política criminal, la utilización del poder del estado de sancionar, se utiliza al derecho penal, que es la expresión violenta del derecho, debe ser mínima y solo actuar cuando: a. Se determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b. se describa las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c. las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d. Debe existir un proceso penal que cumplan con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Nuestra constitución ha trazado en forma clara privilegiar la libertad del ciudadano, por una parte, cuando ha determinado la ética laica como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano y como deber jurídico tienen las autoridades al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectar la misma, y por otra parte, en el caso de afectar la libertad ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia<sup>2</sup>.

Como se considera el proceso en el derecho indígena. El mismo se sustenta en el principio de la *reciprocidad*: hace que se generen derechos y obligaciones sociales, ya que los nativos tiene el interés social que esto funcione por lo mismo se obligan a dar y tomar por lo que el derecho para este autor de las comunidades cumple una función integradora. Otro de los principios es la *Oralidad* al no ser derecho escrito, su cultura se sustenta en la transmisión de sus saberes ancestrales mediante el lenguaje, en esa lógica el proceso tiene como punto esencial la oralidad en todo el proceso, en especial el momento de la conocer el hecho, la presentación de las pruebas, la toma de decisiones en asamblea de toda la comunidad. Finalmente el *Principio del*

*Debido Proceso*, también existe en este ordenamiento, se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que es el Cabildo y la Asamblea, se hace la investigación por una Comisión Investigadora, le piden al sospechoso de que diga la verdad que no mienta y que aporte prueba (el derecho a la defensa) si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.

Con todos estos principios, se constituyen como normas jurídicas prescriptivas, pero más que eso, por esa razón forman parte del derecho indígena o derecho propio y se vincula a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura, cumplen su función de mantener el orden social, como su armonía, de ser necesario se aplique en forma coercitiva a conductas antijurídicas. Pero este acto deben hacerlo las autoridades de esa comunidad.

Una vez precisados los procesos en cada uno de los sistemas jurídicos, podemos analizar que en el caso del proceso, debemos partir que *debe ser justo* en ambos procesos lo son, ya que tiene elementos que les dan esta categoría a.) Se conocen los hechos que se acusan por parte de parte acusadora, además, b.) Se debe investigar los hechos que en el caso occidental son falsos y en el caso andino son oscuros, c.) En ese instante existe el derecho a la defensa y la posibilidad de participar en forma amplia y democrática con la presentación de las pruebas. d.) Existe un proceso democrático, por cuanto la participación del derecho a la defensa, la autoridad puede tomar una decisión ya que se ha generado el conocimiento con la contradicción de las pruebas. e.) Así mismo, existe la motivación de la decisión, con el objetivo que dice Habermas de explicar las razones por las cuales se toma la decisión para convencer de que dentro del proceso justo se actuaron pruebas suficientes que llevaron a la verdad y por lo mismo justifican la toma de la decisión sea a favor del procesado o en contra del procesado.

Con la propuesta intercultural se debe partir, en primer lugar: el proceso occidental debe buscar complementarse en la etapa de juicio con la visión indígena, en que consiste esto, debe procurarse ser más participativo y comunitario, como conseguir aquello en la visión andina participa toda la comunidad en la toma de la decisión, con ello el proceso occidental debe ser, que participe toda la comunidad, como puede lograr aquello con la implementación de jurados, en el caso que seamos juzgados por nuestro pares, cumple cabalidad ser un proceso justo y participativo.

En segundo lugar, las garantías procesales como el derecho al silencio y a la no autoincriminación, debemos interiorizar el principio de la cultura andina de no mentir, ya que con ello lograremos por una parte, el respeto a los jueces o autoridades en los niveles de la sociedad ecuatoriana hasta llegar a la familia, por otra parte, en donde el asumir la responsabilidad de nuestros actos hace que la participación

2 Se refiere a esto, la Constitución del Ecuador, en su artículo, 76, 77 como también en el Código de Procedimiento Penal en el artículo 160; en esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad, solo en la ley de tránsito existe las mismas.



en la misma comunidad se genere la paz o la armonía quebrantada por nuestra conducta. Esto es comprender que al tener libertad tenemos responsabilidad frente a la comunidad y responder por lo que hacemos.

En tercer lugar, el caso de la comunidad andina, si la persona a pesar de la petición de que diga la verdad y que ayude a descubrir el hecho oscuro, no colabore tampoco se use métodos que puedan afectar la libertad que tiene de decir o no la verdad, sin engaños, torturas o coacciones psicológicas. Debe usarse si se descubre aquello como una afectación grave el respeto a la comunidad y a sus autoridades con ello se tome una forma mas intensa cualquier reacción, pero no se debe justificar el uso de medidas contrarias a los derechos reconocidos por la Constitución, de esa medida.

Como podemos entender la cita que Borrero García hace de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C359 de 1996 siendo ponente el Doctor Carlos Gaviria, al mencionar sobre los únicos límites que debe tener la jurisdicción especial indígena, expresados como prohibiciones o límites: la de imponer la pena de muerte, la esclavitud y la tortura. Añade el autor que también sería el debido proceso con las modalidades propias de cada comunidad.

Si tomamos en cuenta que nos rige un estado constitucional de derechos, los derechos reconocidos por la Constitución deben ser respetados y tutelados sean individuales y colectivos, lo que hay que lograr es el dialogo de la interculturalidad y no solamente imponer un lenguaje meta ético para romper la horizontalidad y volver a la dominación y jerarquización de las culturas vía derechos humanos inherentes por la condición de ser humano.

En cuarto lugar, el uso de la prisión preventiva como medida cautelar, como lo manifiesta Ferrajoli restringir para casos graves, debe buscarse medidas alternativas, aprender del caso andino que no tiene esta medida, ya que implica eliminar o suspenderlo a quien sufre ésta y afectar su vida en comunidad. Además, no se priva de la libertad sino que se lo deja en libertad dentro de la comunidad para que no se sienta solo.

En quinto lugar, el proceso indígena tiene como fin la reconciliación de las dos partes, es decir, brindarse perdón mutuo de ser el caso, o el perdón que brinda el transgresor al ofendido y este actúa perdonándolo "es actuar de manera honorable".

Debemos buscar que existan espacios para los delitos de penas leves que se puedan llevar a estos espacios para que pueda existir esa reconciliación o perdón y no someterse al derecho penal con ello cumplimos el principio de la mínima intervención.

En el proceso penal occidental se encuentra transformando de la justicia retributiva y del control social a justicia reparatoria y garantista (mínima intervención). Que implica, si se mantiene el primero el delito se lo considera como violación de la norma, en el segundo el delito es conflicto social, por ello que en el segundo se pasa al dialogo entre víctima y victimario, se deja de lado al estado, como consecuencia soluciona el conflicto.

En el proceso andino es una forma en que la sociedad soluciona el conflicto social y la alteración de la armonía comunitaria, por ello es la participación de toda la comunidad en la toma de decisión y en el momento que se repara a la víctima y se reacciona contra quien actúa en violentando las normas comunitarias, lo cual significa que si ambos tienen esta filosofía de eliminar el conflicto social sería uno de los puntos de unión en este dialogo intercultural.

*Los fines de la pena una aproximación desde la interculturalidad.*

En el capítulo dos de esta investigación se expuso que es la pena? Tomamos las construcciones de Bernardo Feijoo Sánchez, Ana Messuti y Luigi Ferrajoli,

La pena ha sido sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico, lo decisivo es que se trata de algo doloroso o desagradable tanto para quien recibe como para quien impone (Ferrajoli, Derecho y razón, 2001, p. 45).

Como se expresó los fines de la pena en el sistema occidental son desde dos puntos de vista desde la retribución y prevención dependiendo la construcción que se tenga será establecido los fines de la misma.

En cuanto, a la cultura indígena la persona transgresora de las normas o principios de la comunidad ha producido con su acción un daño, es decir, "quien lo hecha a perder", esta identificado como animal ya que no comprende o no puede seguir principios y reglas trazadas por la cultura. Representa el incumplimiento de un pacto de origen, donde lo calculado y previsto para desarrollar el horizonte de bienestar es irrespetado.

El fin de las formas de reacción tiene varios objetivos en primer lugar es restablecer la armonía comunitaria que provocó el llaki.

En segundo lugar, es devolverle el equilibrio interior del transgresor mediante el agua fría, la ortiga o la vara con ello se cumple que la conducta no se vuelva repetir.

En tercer lugar, la reparación tomando en cuenta la reciprocidad y la complementariedad que debe existir en la comunidad.

En cuarto lugar, si la conducta es grave es la expulsión de la comunidad, provocando que sea el castigo para que esta conducta no vaya a ser una forma de contaminación a las otras personas miembros de la comunidad y con ello se sigue viviendo en armonía.

Como dialogar los fines de la pena desde la interculturalidad, el derecho occidental en esta parte debe aprender y complementarse del derecho indígena en cuanto crear formas alternativas a la pena privativa de libertad.

Como construir un concepto de la pena intercultural es una reacción que tiene la sociedad o la comunidad frente a

una conducta o comportamiento antijurídico en contra de las normas que rigen a ellas, que no se debe buscar la exclusión de su integrante sino más bien buscar las formas en las cuales se integre a la vida de la comunidad en forma solidaria, en busca de la reparación del daño hecho tanto a la comunidad como al complemento, sin buscar que sea un ejemplo para la comunidad ni para el mismo, sino tomar a la pena solamente como retribución. Como conseguir lo anterior:

En primer lugar, buscar que la persona comprenda lo que es vivir en comunidad con ello el fin de la pena sería que se interiorice su capacidad de comprender los principios que rigen esa comunidad con ello evitaremos que altere y produzca la incertidumbre.

En segundo lugar buscar no excluir a la persona en forma ni provisional ni definitiva de la sociedad o de la vida en comunidad cuando se trate de conductas leves, haciendo trabajos comunitarios, ingresando en cursos de aprendizajes de proyectos comunitarios.

En tercer lugar, buscar la reconciliación de las partes en un proceso para que no exista un proceso penal con fines sancionatorios y con ello se vuelve a la armonía comunitaria.

En cuarto lugar, que como medida comunitaria realice trabajos de reparación en favor de la víctima u ofendido con el fin de que comprenda la complementariedad y reciprocidad comunitaria.

En casos graves como los de organización criminal la comunidad indígena debe ceder el juzgamiento y la sanción ya que en este caso estos delitos abarcan procesos sociales de desequilibrio que dentro de su propia criminalización son transnacionales por lo mismo no todos pueden ser ecuatorianos y por lo mismo provocaría una distorsión el manejo comunitario que se le puede dar al fin de la pena, tomando en cuenta que son personas que no conviven con nuestra construcción intercultural y solo buscan el lucro en el cometimiento de esos delitos, así mismo, son delitos que afectan en forma grave a la convivencia no solo del Ecuador sino de la humanidad.



Imagen tomada de <http://edwinchancusig.blogspot.com/>

## CONCLUSIONES

1. El Ecuador cuando se declaró intercultural, provocó que el discurso en primer lugar sea incluyente, al visibilizar las culturas existentes en nuestro país y que hasta ese momento habían sido excluidas.
2. La interculturalidad no solamente es un adjetivo para calificar al Estado, sino que tiene un gran contenido que implica el respeto de cada una de las culturas, teniendo el mismo poder en sus instituciones.
3. El hecho del reconocimiento de los derechos colectivos son un gran avance en la construcciones de los derechos humanos, esto implica que debemos repensar en nuestra forma de interpretar la realidad de una forma individual egoísta, abstracta, predeterminada hipotética.
4. Debemos reconstruir los conceptos de contrato social como una construcción hipotética, sino explicar al mismo como un proceso de acuerdos para que faciliten el diálogo en busca de consensos culturales.
5. La reconstrucción de la libertad para ser entendida dentro de los derechos colectivos como esa reafirmación de la identidad cultural, debe ser una forma en la cual debemos comprometernos para poder lograr la interculturalidad.
6. Debemos seguir construyendo la hermenéutica diatópica para poder seguir logrando la interculturalidad, ya que debemos comprender que las culturas son incompletas y que necesita de su complemento que es la otra cultura, no como sumisión sino como su cultura fuerte que permita el dialogo en igual de condiciones.
7. La interculturalidad desde la democracia en nuestro país se encuentra en deuda, debemos seguir logrando que los temas se conviertan en argumento y no en premisas que no permiten dialogar como lo hace y propone Boaventura de Souza Santos.
8. El reto de construir la interculturalidad ecuatoriana es una de las mayores propuestas que están en el debate del constitucionalismo y pensamiento jurídico, por ello debemos aceptar y comprometernos para seguir en hacer una realidad tanto teórica como práctica, para evitar que no pase de ser una simple declaración.
9. La pena privativa de la libertad en la filosofía indígena no tiene su aceptación cultural, por cuanto el hecho de los derechos colectivos hace que no tenga ninguna justificación, lo cual puede ayudar a la occidental en el sentido que no se saca nada con excluir a otro ser humano.
10. La superación y reconstrucción del discurso que propone la interculturalidad debe ayudarnos a todos los ciudadanos para cambiar y ser democráticos en nuestros comportamientos y discusiones.
11. La democracia es uno de los criterios que todavía en el Ecuador no se comprende en qué consiste, es por ello que debemos seguir en esta construcción sin desfallecer a pesar de los miles de obstáculos que se presenten.
12. La construcción será dura y larga, ojalá Ayala Mora no sea profético y dure cien años como la construcción del Estado laico.
13. Debemos seguir creando herramientas y literatura para entender esta interculturalidad.



Imagen tomada de <http://territorioenmovimiento.blogspot.com/>

### Bibliografía

Constitución del Ecuador. (2008).

Ferrajoli, L. (2008). Democracia y garantismo. Valencia: Editorial Trotta.

Allen Da Silva, K. S. (2006). Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial. Bogotá: Temis.

Souza, B. d. (2011). Perspectiva desde una epistemología del Sur. Quito: Abya-Yala.

de Souza Santos, B. (2009). Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad. In A. Acosta , & E. Martínez, Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad (pp. 23-42). Quito: AbyaYala.

Díez Ripollés, J. L. (2003). La Racionalidad de las leyes penales. Madrid: Editorial Trotta.

Sánchez Botero, E. (2008). Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paeces y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares. In R. Huber, Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena (pp. 119-142). Bogotá: Konrad Adenauer.

Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón. Barcelona: Trotta.



# ESTUDIO SOBRE LAS ESTRUCTURAS DE DOMINACIÓN EN EL SISTEMA EDUCATIVO CAPITALISTA ECUATORIANO, A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LAS NOCIONES DE HABITUS Y CAPITAL CULTURAL PROPUESTAS POR PIERRE BOURDIEU”

Alejandro Rodas Coloma.

*Profesor de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador*

*Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central. Máster en Liderazgo Democrático y Comunicación Política por la Universidad Complutense de Madrid-España. Tesista en la Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ha desempeñado varios cargos públicos entre los que se destacan: asesor de despacho en el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (MIDUVI), Director de Normativa y Legislación de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología (SENESCYT), Especialista Contencioso Electoral en el Tribunal Contencioso Electoral (TCE), asesor jurídico y político externo de la FENOCIN; asesor de despacho en la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA), asesor en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador. Actualmente se desempeña como docente universitario en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.*

## RESUMEN

En este contexto, vale precisar que, el sistema de educación capitalista se ha construido históricamente alrededor de un mito al autoproclamarse como un supuesto "instrumento democrático al servicio de la movilidad social". Sin embargo, el análisis de Bourdieu nos demuestra como el sistema educativo capitalista tiene como función real, el legitimar y asegurar la reproducción de la desigualdad de oportunidades en cuanto al elemento "cultural", al modificar los criterios de selección, de los privilegios socialmente condicionados en los denominados "méritos" o "dotes" personales. El pensamiento Bourdieano nos permite reflexionar sobre los problemas estructurales y estructurantes que posee la sociedad, particularmente, las asimetrías que se empiezan a dilucidar desde el contexto francés respecto a la educación. Cuyo resultado no se encuentra aislado de la dinámica ecuatoriana ya que partimos del hecho concreto, a propósito de que el tipo de educación que existe en el mundo occidental es eminentemente capitalista.

El habitus genera un sistema de disposiciones, de pensamientos, percepciones, expresiones, acciones que aparentemente son espontáneas, no obstante, reflejan la historia social interiorizada, en la cual el entorno social, económico y cultural influenciaron en sus condiciones de producción.

Las clases sociales están determinadas por estas regularidades objetivas que engendran conductas "razonables" o de "sentido común", lo cual construirá y consolidará las barreras sociales, económicas y culturales que garantizan la "reproducción social"

La "masificación de la educación", en una lógica capitalista, no ha logrado eliminar las barreras sociales que permitan ofrecer a todos los individuos las mismas oportunidades de acceso a la educación. La accesibilidad universal a la educación en la práctica se muestran como utopías planteadas hacia los sectores sociales en detrimento, es decir, las restricciones impuestas por el Estado.

**PALABRAS CLAVE:** *Estructuras de dominación, sistema educativos, habitus, capital cultural*

## ABSTRACT

In this study, it is clear that the capitalist system of education has been historically built around a myth that self-proclaims itself as a supposed "democratic instrument of social mobility". However, Bourdieu's analysis shows that the real function of the capitalist educational system is to legitimize and ensure the reproduction of unequal opportunities. It changes the term "culture", to the belief that such socially conditioned privileges are a so-called "merit" or personal "gifts". The Bourdieano thinking allows us to reflect on the structural problems that society has, in particular, the imbalances begin to elucidate from the French context regarding education. The Ecuadorian society is not foreign to this dynamic as we have permitted this "Wester" style education, which is eminently capitalist, to infiltrate itself among us.

The habitus generates a system layout of thoughts, perceptions, expressions and actions that are seemingly spontaneous; however, they reflect the internalized social history, in which the social, economic and cultural environment influenced their production conditions.

Social classes are determined by these objective regularities that generate "reasonable" or "common sense" behaviors, which will build and strengthen social, economic and cultural barriers that guarantee the "social reproduction".

The "mass education", in a capitalist logic, has failed to eliminate the existing social barriers and provide all individuals the same opportunities of access to education. Universal access to education in practice is referred to as utopias which are detrimental to the different social sectors, restrictions imposed by the state.

**KEYWORDS:** *Structures of domination, educational system, habitus, cultural capital*

## INTRODUCCIÓN

Pierre Bourdieu realiza un análisis de las estructuras de dominación en el sistema educativo francés, a partir del desarrollo teórico de sus conceptos de habitus, capital cultural, reproducción social, el sentido práctico y el sentido común. Así, la estructura social es concebida como el espacio donde la sociedad se da en una suerte de representación. El objetivismo, es para Bourdieu, lo que construye lo social como un espectáculo ofrecido a un observador que "toma un punto de vista" sobre la acción. Las practicas son, de esta forma, papeles teatrales, ejecución de partituras o aplicación de planes (Bourdieu, 1991).

En virtud de las premisas señaladas, la sociología de Bourdieu desarrolla una teoría de la práctica en contra de todo materialismo positivista. Así, los objetos de conocimiento son construidos, y no pasivamente registrados. El principio de esta construcción es el sistema de disposiciones estructuradas y estructurantes constituido en la practica y orientado hacia funciones practicas. Al eludir el realismo de la estructura, nos dice Bourdieu, se logra volver a la práctica, lugar de la dialéctica del modus operandum y el modus operandi, de los productos objetivados y los productos incorporados de la practica histórica, de las estructuras y de los habitus (Bourdieu, 1991). En este sentido, el mundo práctico que se constituye en la relación con el habitus como sistema de estructuras cognitivas y motivacionales es un mundo de fines ya realizados, modos de empleo o caminos a seguir, y de objetos dotados de un "carácter teleológico permanente".

En este contexto, vale precisar que, el sistema de educación capitalista se ha construido históricamente alrededor de un mito al autoproclamarse como un supuesto "instrumento democrático al servicio de la movilidad social". Sin embargo, el análisis de Bourdieu nos demuestra como el sistema educativo capitalista tiene como función real, el

legitimar y asegurar la reproducción de la desigualdad de oportunidades en cuanto al elemento "cultura", al modificar los criterios de selección, de los privilegios socialmente condicionados en los denominados "méritos" o "dotes" personales.

Por lo expuesto, este trabajo nos permitirá observar como se ejerce la denominada "violencia simbólica", a través de reglas no escritas, que responde al origen socio- económico, el rol de la "herencia cultural"-capital sutil compuesto de saberes. Es esta "reproducción social" (Bourdieu, 1971) en el sistema educativo capitalista, que Bourdieu analiza alrededor de la influencia del capital económico, cultural y social el cual denominará en su análisis con Jean-Claude Passeron, "Los Herederos" (1964) y que dicho sea de paso con esta escueta introducción, el presente trabajo se propone responder una problemática central, ¿Existen en el Ecuador "los herederos" en el sentido de Bourdieu y Passeron?

Con el objetivo de responder a esta problemática, este documento analizará en un primer tiempo, la base teórica que sustenta las nociones de "habitus", "capital cultural", "reproducción social" y "sentido practico"; a partir de la obra de Bourdieu "El Sentido Practico" (1991), "La Distinción" (1979) y la obra escrita conjuntamente con Jean-Claude Passeron "Los Herederos" (1964); para en un segundo momento, utilizar estos conceptos en el análisis del caso ecuatoriano, después de la reforma al sistema de educación superior, a partir de la vigencia de una nueva Carta Magna expedida en el año 2008 así como la aplicación de la Ley Orgánica de Educación Superior-LOES (2010), ambas normas, la primera organizativa y fundamental que tiene el encargo hacia el Estado para ejercer la rectoría en materia de educación superior a través de un organismo denominado Secretaría de Educación Superior, Ciencia y Tecnología y, la referida ley, encargada de poner en práctica los principios consagrados por la Constitución en relación con los procesos meritocráticos que deben cumplir los que aspiran obtener un cupo en las universidades públicas ecuatorianas.

## "Una aproximación teórica de la distinción social de los "herederos"



Pierre Bourdieu. Fotografía: Remy De La Mauvinlere / AP

La reproducción de las desigualdades sociales, a través del sistema educativo capitalista (Castillo, 2009), ha sido y continuará siendo uno de los temas que menos interés ha atraído por parte de los científicos sociales, nos dice Bourdieu. En la mayoría de casos, es un fenómeno desapercibido, que forma parte de una visión "normal" del mundo social, pues las clases privilegiadas han utilizado el sistema educativo como un instrumento eficaz para mantener, asegurar y perpetuar las estructuras de dominación capitalista.

Para Bourdieu, las condicionamientos asociados a una clase particular de condiciones de existencia producen "habitus", es decir, sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones sin responder a una búsqueda consciente de fines y las operaciones para alcanzarlos.

Estas estructuras son colectivamente orquestadas sin ser producto de la acción organizadora de un director de orquesta. El habitus es producto de la historia interiorizada, produce prácticas individuales y colectivas, así como asegura la presencia activa de las experiencias pasadas que tienden a asegurar y garantizar la conformidad de las prácticas a través del tiempo.

En este sentido, el mundo práctico que se constituye en la relación con el habitus como sistema de estructuras cognitivas y motivacionales es un mundo de fines ya realizados, modos de empleo o caminos a seguir (Bourdieu, 1991). El habitus se construye alrededor de las experiencias pasadas, refleja las estructuras características de una clase determinada de condiciones de existencia. El sistema de disposiciones se encuentra en el principio de la continuidad y la regularidad que el objetivismo otorga a las prácticas sociales, así como de las transformaciones reguladas de las que no pueden dar cuenta ni de los determinismos extrínsecos e instantáneos de un sociologismo mecanicista, pero igualmente puntual, del subjetivismo espontaneista. Con esta aproximación sociológica, Bourdieu rompe con la dicotomía clásica "objetivismo-subjetivismo".

El habitus genera un sistema de disposiciones, de pensamientos, percepciones, expresiones, acciones que aparentemente son espontáneas, no obstante, reflejan la historia social interiorizada, en la cual el entorno social, económico y cultural influenciaron en sus condiciones de producción. Por ello, se trata de una libertad "condicionada y condicional". Las clases sociales están determinadas por estas regularidades objetivas que engendran conductas "razonables" o de "sentido común", lo cual construirá y consolidará las barreras sociales, económicas y culturales que garantizan la "reproducción social".

El "sentido común" es así una espontaneidad sin consciencia ni voluntad que está influenciado por el hábitus que no permite una libertad reflexiva. Se produce un modus operandi que no es conscientemente dominado, el discurso va más allá de las intenciones conscientes de su auto aparente, funcionando como una especie de "autómata espiritual" (Bourdieu, 1991), que no es más que la historia objetivada, en la que se engendra una historia destinada a aparecer y que no permite deshacerse del sentido común que es reactivado por el habitus. Uno de los efectos fundamentales del acuerdo entre el sentido práctico y el sentido objetivado es la producción de un mundo de sentido común, lo cual asegura el consenso sobre el sentido de las prácticas y del mundo.

Es importante señalar la influencia del habitus primario, es decir, de las primeras experiencias que tienden a asegurar su propia constancia y defensa contra el cambio. Frente a esto, el "inconsciente" humano realiza una selección entre las nuevas informaciones, rechazando aquellas que puedan cuestionar la acumulación acumulada. Esto permite que las estructuras objetivas se reproduzcan y sigan siendo determinadas por las condiciones pasadas de la producción de su principio de producción (Bourdieu, 1991). Este campo estructurado de disposiciones permite que los grupos económica y culturalmente desfavorecidos lleguen a aceptar la situación que viven como "normal".

En este contexto, el arte de sopesar, de aprovechar las oportunidades, la capacidad de prever, el porvenir o el apostar por lo posible contra lo probable con el riesgo calculado, solo se pueden adquirir bajo ciertas condiciones, es decir, en el contexto de ciertos factores sociales. Es por eso que la denominada "méritocracia" no responde a un ascenso libre que dependería de elementos subjetivos como el "sacrificio", la "voluntad", la "perseverancia", etc; sino de la historia incorporada, la cual está marcada por el habitus que ayudó a construir el sentido común que se refleja en la práctica diaria de los individuos y asegura el mantenimiento de las desigualdades sociales.

Así, Bourdieu en su obra "Los Herederos" nos explica que las desigualdades iniciales de los diversos grupos sociales aparecen primero en el hecho que están muy poco representados en la educación superior y, por consecuencia, entre la población económicamente activa. En este sentido, el analizar la profesión de los padres y por consecuencia el nivel de capital cultural que transmiten a sus hijos, esto



último, influencia fuertemente en la producción del sistema de disposiciones estructuradas y estructurantes que constituye el habitus. Esto implica, a su vez, que el sentido común de los individuos procedentes de las clases populares es diferente al de las clases dominantes. Esto no quiere decir que el capital cultural sea directamente proporcional al capital económico como una regla general y definitiva. Al contrario, el capital cultural al depender directamente de la profesión de los padres y no del salario de los mismos, marca una diferencia importante. Por ejemplo, un profesor de colegio puede transmitir a su hijo un alto capital cultural, lo cual le podría permitir optar por realizar estudios superiores con menos barreras simbólicas pero, a la vez, este profesor de colegio puede poseer poco capital económico. Lo mismo ocurre inversamente, cuando se analizan casos en el que el capital económico no asegura una acumulación de capital cultural.

A inicios de la historia de la educación, la barrera "simbólica" que diferenciaba a los ricos de los pobres era el conocimiento del latín como lengua de enseñanza. Esta barrera se mantuvo gradualmente en el colegio y luego en la universidad. Al entrar a una supuesta "democratización" capitalista de la educación, los colegios públicos y la educación superior gratuita pública trataron de transmitir la idea que la educación era "un derecho de todos". Sin embargo, en la realidad de las relaciones sociales capitalistas, la educación sigue relegada a un grupo de personas favorecidas cultural o económicamente muestra de aquello hoy en día son los institutos privados o las mejor conocidas como "Ecoles".

Por lo tanto, las oportunidades de acceder a la educación superiores se basan, dice Bourdieu, en el resultado de una selección, a lo largo de toda la etapa escolar, que se ejerce con un rigor muy desigual de acuerdo al origen social de los sujetos (Bourdieu- Passeron:1971). Se trata de un proceso de eliminación. En este sentido, un hijo de un gerente tiene ochenta veces más de oportunidades para acceder a la educación superior que el hijo de un obrero. En el primer caso, el ingreso a la universidad o a una escuela de comercio es dentro del espacio familiar y social como un paso normal y hasta banal. Esto no ocurre en el segundo ejemplo, en el que para el hijo del obrero industrial el espacio universitario le es extraño. De esta forma, las clases populares no tienen sino la oportunidad simbólica de que sus hijos accedan a la educación superior. Esta afirmación mantiene una relación directamente proporcional entre la profesión de los padres y sus posibilidades de ingreso. Así se constata como el habitus influye en la autodeterminación social, la cual se refleja en las decisiones de lo "posible", lo "imposible" o lo "normal" y se convierte en un elemento inconsciente pero determinante de las opciones escolares.

En cuanto a las desigualdades sociales entre hombre-mujer, estas son mucho más marcadas en las clases populares. Las desigualdades sociales están también determinadas por la "restricción en la selección de estudios", la cual es concebida como "posible" o "imposible" de acuerdo a cada clase social, motivo por el cual, una vez que ingresan a la educación superior existe la posibilidad que hombres y mujeres no realicen los mismos estudios. En este sentido,

Bourdieu explica que sea cual sea el nivel social, los estudios literarios son siempre mayoritariamente "femeninos" y los estudios de ciencias mayoritariamente "masculinos". No obstante, el interés por las facultades de literatura no responde siempre a una opción, sino a un refugio de las clases ricas al estar obligados a realizar estudios superiores como una formación universitaria pero que después por su capital social y económico trabajen como gerentes de una empresa familiar. Lo mismo sucede, en el caso francés, con carreras como Historia del Arte e Historia general. Es por esta constatación que Bourdieu elige a la facultad de literatura para realizar su investigación sobre "Los Herederos", pues es ese capital cultural el que marca el habitus de las desigualdades sociales. Esta desigualdad también se observa en la edad de los estudiantes. Los estudiantes de clases desfavorecidas tienden a alargar su paso por los centros educativos y los de clases favorecidas a concluirlos en el tiempo considerado como normal. De todos los factores de diferenciación, el origen social es sin duda el que ejerce la mayor influencia en el medio educativo (BOURDIEU: 1971) que las mismas desigualdades de género o de edad. De esta forma el origen social extiende su influencia a todos los espacios y niveles de la vida del estudiante, es decir, a sus condiciones de existencia. El habitus y el tipo de vida cotidiana están relacionados con el origen social así como el nivel de recursos y su repartición en el presupuesto familiar, la intensidad y el sentimiento de dependencia varían de acuerdo al origen de los recursos económicos así como de la experiencia y de los valores asociados a su adquisición dependen del origen social.

En definitiva, la producción, mantenimiento y reproducción del capital cultural es el que marca las aptitudes y actitudes de los individuos que ven su campo de oportunidades escolares reducirse o incrementarse. Todo esto a pesar de haber pasado un supuesto "efecto homogeneizador" durante la escuela primaria y secundaria. Esto constituye un "mito" creado alrededor de la idea que "todo es posible, mientras se sueñe y se trabaje con esfuerzo", o simplemente, alrededor de la idea de la "meritocracia", la misma que no existe, lo que existe es un sistema de disposiciones que nos atan a nuestra historia pasada inconscientemente y marcan la vida del individuo alrededor de un mundo de lo "posible" y lo "imposible". Bourdieu habla incluso que las desigualdades en cuanto al capital cultural inician no en la escuela sino en la cuna.

Si bien Bourdieu y Passeron analizan el caso de la educación en Francia, sus metodologías de análisis, así como los factores y variables culturales, económicas y sociales que priorizan, constituyen una fuente de inspiración para futuros trabajos de investigación sobre la violencia simbólica ejercida a favor de las clases dominantes para mantener las estructuras de dominación, a través del sistema de educación capitalista. Es por esto, que resulta interesante realizar un acercamiento a la realidad del sistema de educación superior ecuatoriano a partir del planteamiento teórico de Bourdieu, sin esperar una profundidad en el tratamiento pero sí una primera introducción, en el contexto de una reforma al sistema de educación en el actual gobierno, dirigido por el Eco. Rafael Correa Delgado.



## El mito de la movilidad social en el sistema educativo ecuatoriano del siglo XXI

El caso de la institución "escuela", esta última no está completa ni es completamente viable más que si es objetiva duraderamente no solo en las cosas, es decir, en la lógica; sino también en los cuerpos, en sí, en las disposiciones duraderas para reconocer y efectuar las exigencias inmanentes. En tal virtud, es importante tomar en cuenta como la homogeneización objetiva del hábitus de grupo o de clase resulta, a su vez, de una homogeneidad de las condiciones de existencia que permite que las prácticas puedan estar objetivamente concertadas sin cálculo estratégico alguno. Así, todos los miembros de una misma clase tienen mayor número de probabilidades que cualquier miembro de otra de enfrentarse a las situaciones más frecuentes para los miembros de esa clase. Esto se traduce en las estructuras objetivas que la ciencia aprehende bajo la forma de probabilidades de acceso a bienes materiales, servicios y poderes. Inculcan un inconsciente, reflejado en el sentido común, que autodetermina el campo de "lo posible", de las carreras "abiertas" y "cerradas", de los puestos "accesibles" e "inaccesibles". Todo esto permite anticipar el porvenir objetivo, el sentido de la realidad, de lo "posible" e "imposible".

Como se explicó en la primera parte de este trabajo, la principal fuente de reproducción social es la "herencia" o transmisión del capital cultural acumulado de manera desigual según el origen social de los individuos. El sistema de disposiciones estructuradas y estructurantes orquesta de manera inconsciente las decisiones de individuo en su trayectoria estudiantil. La "masificación de la educación", en una lógica capitalista, no ha logrado eliminar las barreras sociales que permitan ofrecer a todos los individuos las mismas oportunidades de acceso a la educación. Es por esto que en esta parte del trabajo hablamos de "mito", porque la educación continúa siendo un medio de socialización estratégico, utilizado por las clases dominantes para mantener las estructuras de dominación capitalista.

En el contexto ecuatoriano, cambiar el sistema de educación público no ha sido una prioridad para los poderes políticos, particularmente, a partir del retorno a la democracia en 1979 cuando supuestamente se democratizó la estructura del Estado. En concreto merece la pena señalar que, los gobiernos de turno se dedicaron únicamente a generar un incipiente desarrollo a la educación primaria y en el mejor de los casos, la secundaria.

Este vacío ha permitido que la reproducción social se mantenga y asegure una sociedad estática, que no promueve la movilidad social. La calidad educativa de ciertos centros

académicos se ha circunscripto en "cupos de acceso" que dependen de capital social de quienes aspiran a ingresar, es decir, de sus relaciones sociales con ex alumnos, profesores o autoridades de centros educativos públicos que mantienen un prestigio y un mejor nivel de educación. Un ejemplo de esto, la Universidad Central del Ecuador<sup>3</sup> y que dicho sea de paso durante décadas gracias a una estructura partidaria se mantuvieron tanto privilegios para sus militantes así como persecuciones para sus detractores.

A pesar de que esta institución educativa es de carácter público, el ingreso se ve limitado por lo que coloquialmente se conoce como "palancas o compadrazgos", en lenguaje de Bourdieu sería el capital social. En un segundo plano, el capital cultural heredado por los padres que también estudiaron en dicha universidad influye en el éxito del ingreso del estudiante. En este

sentido, tiene mayor peso el capital social y cultural que el capital económico, pues la universidad de referencia si bien goza de un alto prestigio entre sectores de la población de estratos medio y medios bajos, aquello demuestra en la práctica también que, a pesar de ser un centro de estudios público no se mantiene el principio del "libre acceso" a cualquier persona sin importar su capital social, económico o cultural. Más aún cuando los criterios de selección antiguamente, es decir, hasta antes de la vigencia tanto de la Constitución de la República del Ecuador (2008) así como de la Ley de Educación Superior (2010) varias universidades públicas ecuatorianas se encontraban politizadas y el ingreso a las mismas se efectuaba bajo consignas partidarias como ya se dejó antes. (lo señalado explicaré a modo de conclusión al final del presente trabajo).

Ahora bien, no ocurre lo mismo en los centros de educación privada, los cuales están dirigidos en principio a individuos con un alto capital económico, sin que estos necesariamente tengan un alto capital cultural. Un ejemplo de esto es la Universidad San Francisco de Quito, al ingresar a este centro de educación superior los padres aseguran que sus hijos mantengan y desarrollen su capital social heredado por el medio social en el que nacieron. En este sentido, los contactos profesionales así como las relaciones conyugales se crean, se mantienen y se reproducen para seguir influyendo socialmente a lo largo de la vida estudiantil y profesional del individuo. Así, se refuerzan las desigualdades sociales y se mantienen las estructuras de dominación capitalista. No se puede hablar de una regla general, pues existen casos "excepcionales" que pueden hacer pensar que el "mito" de

la movilidad social se cumple y que la "democratización" de la educación es una realidad, sin embargo, se trata de trayectorias que sufrieron una influencia externa a su origen social, el cual reorientó el habitus primario hacia un habitus secundario diferente.

Empero, no se puede reducir el análisis a la dicotomía pública y privada. Puesto que se ha demostrado como en el mismo sistema de educación pública, ciertas instituciones educativas "prestigiosas" contribuyen a la reproducción social de una herencia social y cultural de las clases medias que valoran este tipo de centros educativos. Esta reproducción social se demuestra una vez más cuando se constata, por un lado, el desconocimiento del prestigio de estos centros de educación pública, y por otro, su falta de capital social para acceder a los mismos y, si lograrse ingresar-haciendo referencia a la idea de una educación pública de libre acceso-su limitado capital cultural no les garantizaría a alguien de la clase popular poder terminar los estudios en el mismo centro educativo.

En este mismo sentido, la educación privada no asegura el éxito escolar y laboral de los individuos. Los centros de educación privada mantienen diferentes niveles de prestigio educativo de acuerdo a los recursos económicos que se debe pagar. De esta forma, los centros educativos privados accesibles a las clases bajas mantienen un de bajo nivel de formación, no exigen un alto capital cultural de sus alumnos, no fortalecen el capital social, ni condicionan su acceso a un capital económico importante. En concreto, no constituyen un medio para acceder a la movilidad social, al contrario.

Por todo lo señalado, la reforma a la educación superior emprendida por el actual gobierno, no logra romper, ni al menos modificar estas barreras de movilidad social. Ya que la educación se vuelve aun mas exclusiva de los individuos que gozan de un alto capital cultural. Como se explicó al inicio del presente documento, el reflejo más importante de las desigualdades sociales se encuentran en el capital cultural. Este refleja la forma como se expresa la persona de modo verbal o escrita. En este sentido, las desigualdades sociales se reflejan en el habla y en la redacción.

Por ello, la implementación actual, respecto a los exámenes de ingreso a la universidad, crean una nueva barrera para la población que no ha tenido la oportunidad de borrar las obstrucciones sociales en la escuela o el colegio. Esto es mucho más marcado cuando las formas de evaluación se basan en la expresión escrita u oral, pues como se acaba de decir, el capital cultural se mide de estas dos maneras.

En el Ecuador, el Sistema Nacional de Nivelación y Admisión (SNNA) es el instituto burocrático encargado de asignar los cupos de acuerdo al puntaje obtenido por los aspirantes en el examen de admisión a la universidad. Este sistema demuestra el interés desde el Estado de institucionalizar la reproducción social en el Ecuador. Es decir, los estudiantes que no obtengan un alto puntaje en el examen de ingreso, -lo cual debe reflejar un alto nivel de conocimiento-, quedarán excluidos de la posibilidad de cursar sus estudios de tercer nivel en una universidad pública.

En consecuencia, reaparece el espacio de lo "posible" y lo "imposible". Si antes era complicado que el hijo de un albañil aspirara y accediera a una carrera universitaria en ingeniería civil, con esta nueva reforma es prácticamente imposible. Esto, a nombre de la planificación entre la oferta de profesionales graduados y la demanda laboral. En suma con las reformas emprendida por el gobierno no hacen sino mantener y reforzar las estructuras de dominación capitalista en la educación y por ende en la dinámica económica, social y cultural ecuatoriana. Puesto que, a ningún momento se ha planteado un cambio integral de la educación que permita borrar las barreras sociales en este espacio de socialización y asegurar una mayor igualdad entre los individuos.

Así, la perspectiva teórica planteada por Bordieu nos permite analizar de que forma el sistema educativo refuerza, ayuda a mantener y asegura una reproducción social contraria al mito de la meritocracia en virtud de que los dones, virtudes, actitudes, aptitudes y lenguaje están influenciados por el sistema de disposiciones que conforma el habitus.

Es esa historia heredada e incorporada la cual permite que las desigualdades sociales se mantengan. Mientras esa historia incorporada no cambie estructuralmente, no se podrá hablar de una educación con igual oportunidades de acceso.

Mucho menos se podrá conseguir en el Ecuador una armonización en el ingreso a la universidad pública por parte de sectores populares en las condiciones planteadas por los organismos estatales encargados de hacerlo, debido a que el déficit educativo en los niveles primarios y secundarios aún son evidentes y, en especial porque el cambio que se plantea en la Ley de Educación versa sobre la base de "elitizar" la educación, es decir, que ingresen únicamente a la formación de tercer nivel aquellos que demuestren sus conocimientos a partir de la obtención de "buenas notas" y los que no, deben optar por otro tipo de formación. Por lo tanto, el criterio lógico de que en las grandes capitales no se imparten los mismos conocimientos que en las áreas rurales, el gobierno nacional no ha tomado en cuenta y por ende la realidad de quienes acceden a la universidad pública en su gran mayoría provienen de las grandes ciudades y no de las zonas periféricas del país.

En virtud de lo destacado y como parte de la misma problemática, la construcción, adecuación y vigencia de la denominada Universidad del Conocimiento "YACHAIS", la misma que tiene el encargo de promover la educación y formación científica, particularmente, en ciencias "duras e investigativas", no solo que acalla la dinámica de la criticidad académica que es una razón propia en los espacios universitarios sino que a través de la formación de estudiantes técnicos en las ramas de las ciencias, es evidente la consolidación del proyecto educativo capitalista que si bien a primera vista resulta una política pública positiva debido al desarrollo económico y social que pueden generar a futuro este tipo de profesionales, no obstante, el acceso de estos nuevos estudiantes se realiza desde la selectividad y como es obvio el principio Bourdiano del habitus así como del campo cultural, económico y social es una realidad que no se puede discutir.

## CONCLUSIONES

- El pensamiento Bourdieano nos permite reflexionar sobre los problemas estructurales y estructurantes que posee la sociedad, particularmente, las asimetrías que se empiezan a dilucidar desde el contexto francés respecto a la educación. Cuyo resultado no se encuentra aislado de la dinámica ecuatoriana ya que partimos del hecho concreto, a propósito de que el tipo de educación que existe en el mundo occidental es eminentemente capitalista.

- Los criterios de accesibilidad universal a la educación en la práctica se muestran como utopías planteadas hacia los sectores sociales en detrimento, es decir, las restricciones impuestas por el Estado, si bien ya no son coercitivas, en la actualidad las dificultades planteadas (pruebas de ingreso y escogimiento del estado para ver quienes son aptos o no) confluyen en la elitización de la educación y por lo tanto, se vuelve imposible el acceso de los referidos sectores sociales a la educación de tercer nivel porque la desigualdades en la formación académica y sobre todo en el desarrollo social, son muestras palpables de las desproporciones a la que conduce la educación capitalista.

- La creación de nuevas universidades en el Ecuador, particularmente de aquellas que se encargarán del desarrollo científico y tecnológico, en virtud de las políticas públicas educativas promulgadas por el Gobierno Nacional sobre el cambio de la matriz productiva, ha generado gran expectativa en la sociedad ecuatoriana y a través de una nueva enseñanza se puede comprender que ya no se busca desarrollar el pensamiento social de quienes acceden a este tipo de centros académicos sino el aprendizaje se basa en ejes de modernización, eficacia y eficiencia. En síntesis, mediante este tipo de enseñanza se busca una sociedad técnica con un pensamiento crítico (característica preponderante de los gobiernos de corte progresista y más todavía de aquellos que izquierda que ejercen más que un discurso una práctica real y debidamente orientada) sesgado por no decir nulo frente a las estructuras de poder.

**Bibliografía:**

- Bobbio, N., Incola, M., & Guanf, P. (1981). *Diccionario Política*. Madrid: Siglo XXI.
- Bourdieu, P., & Passeron. (1983). *Los herederos*. Paris: Siglo XXI.
- Diniz, E. (1996). *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. São Paulo.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Macphersib, C. (1997). *La Democracia Liberal y su época*. Madrid: Alianza editorial.
- Sartori, G. (2006). *Qué es la Democracia?* . Lima: Ediciones Santillana.
- Molina, I. (2007). *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castillo, J. (2009, 11 28). *Rebellion*. Retrieved 5 22, 2014, from <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=96036>



# ORIGENES DEL AUTORITARISMO EN EL RÉGIMEN DE ALIANZA PAÍS<sup>1</sup>

Napoleón Saltos Galarza

*Docente de las Carreras de Sociología y Política de la Universidad Central del Ecuador*

## RESUMEN

El artículo forma parte de un trabajo más amplio sobre "Democracia ya autoritarismo". Parte de la modificación de la flecha del tiempo autoritarismo- democracia a la flecha democracia-autoritarismo en América Latina. Sobre el origen del autoritarismo en el régimen de Alianza País presenta tres tesis: la continuidad de la articulación de la lógica metabólica del capitalismo y el Estado moderno, bajo la forma de un Capitalismo monopolista de Estado dependiente, con procesos truncos de hegemonía; la base rentista para la constitución de un Estado "mágico", que tiene una autonomía reforzada ante los juegos políticos de las clases y las fuerzas políticas; el carácter barroco del régimen que combina formas bonapartistas en el acuerdo arriba, formas populistas en el consenso hacia abajo y formas autoritarias para enfrentar las iniciativas contra-hegemónicas. Señala que el carácter autoritario se condensa en las reformas jurídicas, y analiza, en particular, la construcción del Código Laboral y del COIP, y la disolución de la visión del Estado plurinacional y el *sumak-kawsay*.

**PALABRAS CLAVE:** *clave: autoritarismo, democracia, hegemonía, Código Penal, violencia, Alianza País*

## ABSTRACT

The article is part of a larger work on "Democracy and authoritarianism." Part of the modification of the time arrow authoritarianism-democracy to democracy-authoritarianism in Latin America. On the origin of the authoritarianism in the Alianza País regime it presents three theses: the continuity of the combination of the metabolic logic of capitalism and the modern state, in the form of a dependent state monopoly capitalism, with truncated hegemony processes; rentier basis for the establishment of a "magical" State, which has strengthened against the political games of autonomy classes and the political forces; baroque character of the regime that combines Bonapartist forms in the above agreement, consensus populist forms down and authoritarian forms to face counter-hegemonic initiatives. It notes that the authoritarian character is condensed in legal reforms, and analyzes in particular the construction of the Labor Code and the COIP, and the dissolution of the multinational State vision and *sumak-kawsay*

**KEYWORDS:** *authoritarianism, democracy, hegemony, Penal Code, violence, Alianza País*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 11

APROBADO: 2015 - 05 - 22

1 Una versión anterior se publicó en la Revista *Com Luttas*, Sao Paulo, 2014

*Fundación de derecho equivale a fundación de poder y es, por ende, un acto de manifestación inmediata de la violencia. Justicia es el principio de toda fundación divina de fines; poder, el principio de toda fundación mítica de derecho.*  
(Benjamin, 2001, pág. 40)

## 1. Reformas jurídicas

El régimen de Alianza País ha entrado en una nueva fase, posconstitucional. Después del 23F<sup>2</sup> se ha acelerado la reforma (enmienda) de la Constitución y la aprobación de un grupo de Códigos: Penal, Financiero, Laboral.

El derecho va a rastras del poder hegemónico. Lo jurídico expresa las necesidades del poder, no en forma mecánica, sino en una elaboración compleja, pues debe resolver la contradicción en la que se sustenta: coacción legítima, facticidad y validez (Habermas, 2001). La legitimación jurídica expresa hegemonías resueltas. El carácter constituyente de una norma, Constitución o ley, puede mostrarse precisamente en la inversión de esta relación, basada en un tiempo extraordinario de vigencia de la soberanía "popular" como poder contrahegemónico: un poder instituyente.

En esta perspectiva el tema no es únicamente la reforma jurídica, sino su relación con el poder, el carácter del régimen y del Estado; entra en juego el carácter de la democracia, o más bien se abre el campo de debate sobre democracia y autoritarismo.

## 2. La reforma del Estado

El retorno del Estado es una de las características de la presencia de los gobiernos "progresistas". El retorno implica una doble reforma del mismo: en su función económica y en su función política.

El retorno del Estado en la economía se articula a visiones neodesarrollistas que "postulan la necesidad de intensificar la intervención estatal para emerger del subdesarrollo. Adscriben a las teorías que rehabilitan esta incidencia, señalando que no hay mercados fuertes sin estados fuertes. Esta revalorización del intervencionismo no implica retomar el viejo keynesianismo, ni promover la reconstrucción del estado de bienestar. Alientan un nuevo equilibrio entre matrices "estado-céntricas" y "mercado-céntricas", para superar las viejas dicotomías y encontrar modelos capitalistas adecuados para cada país. Subrayan que la presencia estatal no debe obstruir la inversión privada y consideran que la gestión pública debe reproducir la eficiencia del gerenciamiento privado." (Katz, 2014)

En el campo político el sentido general en la reforma impulsada por Alianza País está marcado por una actuación "bonapartista" del Estado en la consolidación del bloque dominante. La crisis de hegemonía en medio de la que se gesta la entrada de Rafael Correa implica una neutralización de

los dos polos de poder dominante, tanto del poder oligárquico organizado en torno al Partido Social Cristiano, como de los intentos de reforma modernizadora desde las fracciones opositoras.

Pero al mismo tiempo, se presenta también una actuación populista y autoritaria ante la sociedad civil: nuevas formas de clientelismo con redistribuciones del excedente; y formas definidas por la relación amigo-enemigo para el control sobre todo de los brotes de contrahegemonía.

El retorno y la reforma no se presentan como la recuperación o la instauración de una esencia. Uno de los límites epistemológicos de la crítica desde la izquierda es el esencialismo clasista, lo que impide ver el proceso en movimiento y lleva a conclusiones falseadas, que se alejan de la conciencia de las masas. La hegemonía se constituye en sucesivos ajustes, por cuanto el consenso requiere "recoger" elementos sentidos por el pueblo, expresa una correlación de fuerzas en movimiento, marcada por un sentido general hegemónico.

El nuevo funcionamiento del Estado y la estrategia de Alianza País pasan por diversos momentos. El doble vacío, arriba y abajo, producido por la crisis de hegemonía entre 1995 y 2005, fue llenado por la emergencia de un "outsider" con vinculación a las fracciones modernizadoras y a los movimientos sociales. El acumulado de las luchas sociales abre un imaginario constituyente que rompe el empate catastrófico entre el polo "oligárquico" y el polo de la "burguesía modernizante". Este colocamiento permite a Rafael Correa y a Alianza País partir de una cierta autonomía ante las presiones parciales inmediatas tanto del bloque dominante como de las clases subalternas, y responder a una dinámica bonapartista de la totalidad.

Inicialmente el centro del funcionamiento está en torno a la reforma constituyente del Estado, como expresión de la confrontación al polo oligárquico y la alianza con los movimientos sociales, y el centro del sentido está en el predominio del discurso neoconstitucionalista-garantista y anti-neoliberal.

En la Constitución resultante de este período constituyente se articulan otras visiones, neo-institucionalistas, neodesarrollistas, disciplinarias, que progresivamente se colocarán en el centro. La visión plurinacional es más bien un componente de legitimación que no penetra en la reforma orgánica del Estado.

El 30S<sup>3</sup> marca el momento del paso hacia formas de "segurización" de la política, con la institucionalización de dispositivos de vigilancia y control y la reforma de la justicia.

<sup>2</sup> En las elecciones de gobiernos locales del 23 de febrero de 2014, Alianza País tuvo su primera derrota electoral desde 2006.

<sup>3</sup> El 30 de septiembre de 2010 mandos medios de la policía y de las tres ramas de las Fuerzas Armadas iniciaron una revuelta de reclamo ante los cambios sobre salarios y reconocimientos introducidos en la Ley Orgánica de Servicio Público. El acontecimiento se complicó por la presencia directa del Presidente en el centro de la revuelta. La violencia en contra del Presidente y el refugio de éste en el Hospital de la Policía fue luego interpretado por el régimen como un intento de golpe de Estado.

### 3. De la abundancia a la escasez

Ha concluido una primera fase del proceso de Alianza País: la fase de la abundancia asentada en la ola rentista del capital mundial; y en lo político, la fase de la consolidación y de la construcción de una nueva hegemonía, mediante una línea de consensos arriba, apuntalada por la propaganda y el marketing oficial, el control disciplinario de las oposiciones y disidencias, y la represión de las contrahegemonías.

En la planificación del régimen se planteó una primera fase de fortalecimiento político, para pasar luego a la reforma económica. Con ello se pretendió eludir los límites estructurales del patrón rentista y, aún más, se pretendió salir del rentismo mediante una acumulación rentista, como plantea el primer Plan 2009-2013. El voluntarismo político, la inflación de los discursos sobre los derechos de la naturaleza y el uso legitimador del *sumak kawsay* se estrellaron contra los límites de un patrón que impone su lógica inexorable mientras no se modifiquen las bases estructurales. El signo fue el paso del Plan A al Plan B en la explotación del Yasuni-ITT el 15 de Agosto del 2013.

El período de abundancia, que va desde 2003 al 2012, bajo los regímenes de Lucio Gutiérrez, Alfredo Palacio y Rafael Correa, con un gigantesco ingreso que estaría en torno a los 230 mil millones de dólares, se sustenta en una nueva ola rentista mundial, articulada en torno a la acumulación por desposesión. A partir de 2003, el precio internacional del petróleo empieza a subir desde 23 USD el barril de crudo WTI, hasta cerca de 150 USD en junio del 2008. La crisis hipotecaria del 2008 provoca una baja temporal, para luego ubicarse en torno a los 100 USD. Al mismo tiempo se abre una oleada de subida de los precios internacionales de las "commodities". El contraciclo de crecimiento de América Latina, incluido Brasil, se asienta en esta ola, con procesos de reprimarización de la economía.

"En América del Sur, a partir de los últimos meses de 2002 hasta mediados de 2011, con pocas excepciones, el auge de commodities ha sido un elemento clave en el desempeño económico. (...) Las causas de la caída del índice de las commodities a partir de 2011 no son en el fondo cíclicas, sino son efectos seculares/estructurales. Dado que estas tendencias fueron bien documentadas a lo largo de América Latina desde mediados del siglo XIX, ¿por qué los hacedores de las políticas económicas nacionales no tuvieron en cuenta el frágil y transitorio entorno económico internacional?" (Cypher, 2014)

La persistencia del patrón rentista abarca diversos procesos: el paso al Plan B para la explotación del Yasuni-ITT. La ampliación de la frontera petrolera más allá de la línea de resistencia de Sarayacu, hacia el Sur-oriente, con las nuevas rondas de concesión petrolera, aunque los resultados no han llenado las expectativas oficiales. Los intentos de paso a la refinación e industrialización del petróleo no han rebasado los anuncios y las primeras piedras. El

mayor fracaso está en el proceso seguido por la Refinería del Pacífico, que ha terminado hasta el momento con la ausencia de socio estratégico. La expansión de la minería, como la forma de compensar el declive de las reservas petroleras, con afectación a zonas de alta biodiversidad y a la vida de las comunidades campesinas e indígenas. La modernización del agro en torno a la consolidación del agronegocio. La participación en procesos de peaje global, con la articulación al Eje Manta-Manaos y la construcción de una red de carreteras, bajo la lógica rentista, como muestra de la modernización.

Esta base económica rentista marca el sentido de actuación de un Estado "mágico" que está en capacidad de una mayor autonomía respecto a los intereses de las fracciones de las clases del capital, a la vez que puede abrir líneas de relación populista-clientelar hacia abajo. También en Ecuador podemos ver el panorama que Coronil describe en la Venezuela de la abundancia: "El intercambio físico de dinero por modernidad solo trajo consigo la capacidad de producir la ilusión de producción: el dinero compró productos o fábricas modernas solo capaces de generar una modernidad trunca." (Coronil, 2013, pág. 15)

La otra fuente de la "abundancia" ha sido la concentración en el Estado de los ahorros y acumulaciones de la sociedad: desde los fondos del IESS hasta la intervención en los fondos de cesantía. La deuda externa pasa nuevamente a jugar un papel clave como dispositivo de transferencia de la acumulación social hacia el Estado<sup>4</sup>.

La lógica del Estado "mágico" ha sido la combinación de formas bonapartistas con una política neo-populista, en donde el clientelismo no se reduce a una asistencia individual, sino que se armoniza con un control colectivo, en una relación de provisión de fondos públicos, constitución de una capa de intermediarios, conformada por la tecnocracia estatal y la tecnocracia social y la presencia de una base social-electoral de ciudadanos estatales.

El período de abundancia rentista ha estado marcado por un alejamiento temporal del Eje Norte-Sur, liderado por Estados Unidos, amplificado por un discurso antiimperialista, y la articulación al eje Este-Oeste, liderado por los BRICs y en particular por China, que se ha convertido en el nuevo acreedor. La lógica de esta articulación ha sido la provisión de materias primas y commodities, pues la economía china se encuentra en una fase de transición desde formas de acumulación originaria hacia formas de acumulación basadas en el aumento de la composición orgánica del capital. La actual oferta de comercio con Rusia, como efecto del cerco impuesto por la alianza USA-UE ante el conflicto en Ucrania, sigue la misma lógica.

El nuevo período muestra el reaceramiento a los mercados tradicionales de capital: retorno del FMI y del Banco Mundial, empréstito-empeño (*swap*) del 50% de las reservas de oro a Goldman Sachs, emisión de bonos por 2 mil millones de dólares, firma del Acuerdo Comercial (TLC)

4 Un elemento difícil de cuantificar, pues faltan investigaciones sistémicas, es la incidencia de los dineros provenientes del lavado de dólares, tanto por la presencia del narcotráfico como de otras formas de dineros del crimen organizado.

con la UE. Los discursos antiimperialistas y las propuestas integracionistas empiezan a encontrar su real dimensión.

Este período y las políticas impulsadas han desembocado en una modificación del bloque hegemónico. Se ha mantenido y fortalecido la tendencia de concentración monopólica; se constituyen grupos económicos emergentes, a partir de la función de brokers entre el Estado y el capital trasnacional, una "burguesía compradora" como la denomina Samir Amin, sobre todo en el manejo de los recursos estratégicos – petróleo, telecomunicaciones, energía, obras públicas –; "entre los cuales se encuentran los descendientes de los viejos caudillos y los antiguos lugartenientes, ahora convertidos en "empresarios" con autonomía, a partir de la vinculación con el poder del Estado." (Saltos, 2013)

En este primer nivel hay que tomar en cuenta el surgimiento de una red de "empresarios" medios y pequeños vinculados a políticas públicas de provisión de bienes o de sustitución de importaciones.

Y, como centro de la reproducción ampliada del capital y su articulación al proceso mundial, el reciclamiento-modernización de los antiguos grupos monopólico-financieros en torno a los capitales del agro-negocio, la construcción y la importación-exportación.

Aquí está la base de las nuevas formas del capital: no se trata únicamente de la relación de las transnacionales a través de brokers, sino que se establece una especie de asociación entre los monopolios locales y los monopolios trasnacionales en torno al eje financiero-extractivista, con la mediación del Estado. "No se trata solo de un proceso de transnacionalización de la propiedad, sino de la transnacionalización de toda la estructura económica. Se quiere decir con esto que el desarrollo del aparato productivo obedece más que nunca a un movimiento del sistema capitalista en su conjunto, antes que a requerimientos puramente nacionales." (Cueva, 2013, pág. 25)

La autonomía del Estado ante las diversas fracciones del capital, a partir de la base rentista y el funcionamiento bonapartista, destaca el papel de la tecnocracia como un dispositivo para traslapar la política a la administración. Con ello, en contrapartida, las diversas fracciones del capital y sectores del bloque dominante ya no necesitan tener una representación directa, como sucedía en el período oligárquico dominado por el PSC, con modos de funcionamiento todavía ligados al parentesco y los intereses fraccionales; sino que pueden moverse en la dinámica general del capital y, por tanto, asegurarse condiciones más amplias de reproducción. El Estado puede jugar con mayor autonomía su doble papel de "Estado-popular-de-clase", como unificador de las clases y fuerzas dominantes, tanto a nivel local como transnacional, y desorganizador de las clases y fuerzas subordinada.



Imagen tomada de <http://tvmanabita.tv/>

#### 4. Populismo autoritario

En el período de la abundancia también se han dedicado presupuestos para una política redistributiva en diversos campos sociales – educación, salud – pero desde un manejo político, sin tener como fundamento el beneficio económico, la apertura de nuevas formas de propiedad y producción. La orientación no ha sido crear sujetos con poder autónomos, sino masas de apoyo político-electoral.

Se implanta un modelo "con orientación primario-exportador y fuerte intervención del Estado para ampliar el mercado interno, con el fin de promover la distribución del ingreso y disminuir los índices de pobreza." (Cacciamali & Cury, 2014)

La modernización capitalista tiene su lado "progresivo" ante formas de sobreexplotación precapitalistas, pero termina en nuevas formas de explotación y subordinación.

Se produce un escenario económico que genera la descomposición de los sujetos, tanto arriba por formas de despilfarrar, corrupción y acumulaciones basadas en la instrumentalización del poder del Estado; como abajo por formas de clientelismo.

Con ello también se modifica el ejercicio de la política. Ésta abandona el terreno de la visibilidad en dos direcciones: pasa al dominio de una publicidad "totalitaria" que sustituye la acción por la propaganda, y al dominio de un aparato de seguridad que copa progresivamente la vida de la sociedad. Consolidada la hegemonía política, la distancia y diferenciación entre sociedad política y sociedad civil se estrecha en un modelo de capitalismo monopolista de Estado, que implica no sólo el control monopólico económico, como estrategia de la acumulación, sino el monopolio de la violencia legitimada.

5 El caso emblemático es la iniciativa de Quinto Pazmiño que termina en el boomerang de los "palivideos" y en la desaparición física del autor.





Fotografía: Fabián Ponce G.

Imagen tomada de <http://www.ecuadorimes.net/>

Los devaneos iniciales de un aparato de inteligencia desde los esquemas partidarios<sup>5</sup>, se transforman en el retorno del aparato represivo de Estado institucionalizado, como continuación y ruptura del período Febres-corderista. Los escarceos del 911, como un instrumento de seguridad vial y urbana, se transforman en el ECU911, como estrategia panóptica de control de masas; y en la constitución de la SENAIN, como una parodia de NSA local, acompañada con redes de informantes colocados en el entramado institucional del Estado y en los nodos de la actuación de la sociedad civil.

Esta transformación se articula a la modernización del aparato represivo del Estado: la policiación del aparato represivo, en un movimiento de reducción cuantitativa de las Fuerzas Armadas, de concentración del mando hacia el Estado central y de ampliación cualitativa de sus funciones como instrumento de seguridad interna; ampliación cuantitativa y cualitativa de las fuerzas policiales; y constitución de redes de inteligencia y vigilancia. Todavía está en curso la articulación a los procesos globales, en donde la mediación de los acuerdos regionales actúa como puente hacia el alineamiento dentro del nuevo orden político mundial. El paso a un código penal del enemigo se articula a esta visión.

Aquí surge una paradoja, el funcionamiento de los regímenes autoritarios tiene como base el apoyo de las masas, mediante una metamorfosis: "La transformación de las clases en masas y la concomitante eliminación de cualquier solidaridad de grupo." (Arendt, 1974, pág. 20)

El bonapartismo se asienta en el respaldo de las masas que no tienen capacidad auto-representación. (Marx, 2013) En el proceso de Alianza País hay un desplazamiento progresivo de la alianza con los sectores populares orgánicos, al respaldo de una masa electoral.

Esta transformación se opera como un proceso, hasta la derrota estratégica de las fuerzas alternativas orgánicas. Las formas autoritarias son la expresión de una correlación estratégica negativa para las fuerzas revolucionarias. Aún más, "el aspecto más característico del terror totalitario, (es) el de desatarse cuando ha muerto ya toda oposición organizada y el dirigente totalitario sabe que ya no necesita temer nada." (Arendt, 1974, pág. 19) Aunque allí está también el límite al totalitarismo en nuestro país: la presencia de resistencias antisistémicas bloquean las tendencias autoritarias del régimen de Alianza País y las tendencias totalitarias del Estado capitalista.

El apoyo de las masas al proyecto de Alianza País no es

fruto de la propaganda oficial, como pretende la crítica liberal de los dueños privados de los medios de comunicación de masas, si bien ésta lo amplifica. La hegemonía parte de la construcción de una visión del mundo y de la vida que, en primer lugar, articule-organice-unifique al bloque histórico dominante, y, en segundo lugar desorganice a las clases subalternas y genere consenso-subordine a la sociedad en su conjunto. Esta visión del mundo y la vida implica la construcción de la unidad orgánica entre una determinada base económica, un patrón de acumulación, y una determinada supraestructura política-cultural, una determinada forma de funcionamiento del Estado y la política y de la ideología y la cultura. (Gramsci, 1980)

Alianza País ha logrado la constitución de una nueva hegemonía, que se expresa en la estabilidad y continuidad del régimen, después de una década de inestabilidades y crisis políticas. El eje articulador es un proyecto de modernización funcional avanzada, tanto interna como en la vinculación mundial. Las fuerzas del "progreso" han obtenido una nueva victoria, a costa de las fuerzas conservadoras de la oligarquía y el debilitamiento de las fuerzas populares. Pero con ello, la contradicción se principaliza con las fuerzas del "pesimismo" (Benjamin, 1980 - 1929) que ven en este camino de cambio cíclico la perspectiva de la catástrofe, no sólo en el horizonte ecológico, sino en el ataque a la vida, por lo que empiezan a plantear perspectivas de cambio antisistémico. Como dice Saramago: "los únicos interesados en cambiar el mundo son los pesimistas, porque los optimistas están encantados con lo que hay."

Sería un error calificar al régimen de Alianza País como un Estado totalitario, más bien se trata de formas autoritarias de régimen en combinación con otras formas, bonapartistas y populistas. Hay componentes del carácter totalitario del Estado que integran una totalidad barroca y superpuesta en el funcionamiento del Estado, que se presentan más bajo la forma de "autoritarismo". No se trata de una diferenciación de grado, sino de naturaleza. Por ello hay que ser muy cuidadosos teóricamente en la caracterización de los regímenes. El autoritarismo se caracteriza por la permanencia de oposiciones con capacidad de disidencia e incluso de alternativa. Empero la tendencia totalitaria del Estado moderno extremará las formas represivas y de control después de derrotas estratégicas, para evitar el resurgimiento del "enemigo".

Aquí es donde los aportes teóricos de Juan Linz y de Hannah Arendt son esclarecedores: hay diferencias



Imagen tomada de <http://www.lahora.com.ec/>



<http://gdb.martinoticias.org/>

marcadas entre el totalitarismo y el autoritarismo; y éstas se deben, no tanto a las tendencias de poder que apunta a formas de dominio total, sino a la capacidad de resistencia y contrahegemonía desde abajo. Más allá de las respuestas circulares del refuerzo de los dispositivos de vigilancia, control y represión, ante la indiferenciación de los ataques del "imperialismo" y de la "oligarquía", con las luchas y las críticas de los movimientos sociales, en nuestra América hay una larga historia de resistencia y lucha popular que posibilita rebasar el cerco.

El discurso oficial de la "restauración conservadora", en particular, apunta a bloquear el surgimiento de oposiciones y disidencias desde la izquierda, desde los movimientos sociales, al identificarlos con el juego a favor de la oligarquía y al imperialismo. La simplificación a un espacio político binario, a más de reproducir la visión schmittiana amigo-enemigo, se dirige sobre todo a la contención de cualquier forma de contrahegemonía desde los actores subalternos.

Aquí se basa la obstinación del Presidente Correa en la persecución a las disidencias políticas y la criminalización de las luchas sociales. No se trata de un hecho último. Hay una línea transversal que parte tempranamente del caso Dayuma en el 2008, mientras funcionaba la Asamblea Constituyente. Luego viene el caso Molleturo, con la muerte de Bosco Visuma, hasta llegar al 30S. A partir de allí, el carácter represivo adopta una nueva forma, la judicialización en contra de la protesta social: el caso de "Los diez de Luluncoto", la persecución y condena a los "tres del 30S", la persecución a los estudiantes del Mejía.

## 5. Los campos y tiempos de la conflictividad

El período de Alianza País confirma el cauce de los ciclos políticos de dominación en el Ecuador. Las líneas de conflictividad muestran dos periodos claramente definidos.

Inicialmente, el campo de conflicto entre el gobierno y la oposición de derechas es el central, y se expresa en tres líneas: la disputa por el escenario político institucional; el conflicto con los medios de comunicación; el conflicto con los gremios empresariales. (Unda, 2013) La llegada de Correa expresa un punto de disputa de hegemonía ante el viejo bloque oligárquico, liderado por el Partido Social Cristiano.

Al mismo tiempo, los nuevos sectores modernizantes establecen una alianza con los movimientos sociales, aunque surgen diversos conflictos.

El campo de conflicto entre el gobierno y los movimientos populares se fue configurando, desde el principio, aunque por entonces quedó oculto detrás del ropaje progresista de que hacía gala el correísmo, pero también detrás de la ilusión de que podría producirse un encuentro entre el proyecto del gobierno y el programa práctico generado por el movimiento popular en medio de la larga resistencia al neoliberalismo. Dos líneas: conflictos particulares, que tocaban aspectos en cierto sentido secundarios o incluso periféricos del nuevo modelo; y conflictos centrales, que apuntaban a aspectos estratégicos de la nueva forma de dominación, aunque todavía no se lo distinguiera así con claridad, sobre todo en los temas ambientales, vinculados a los conflictos indígenas. (Unda, 2013)

El acontecimiento simbólico es el caso Dayuma, durante la Constituyente: un conflicto por demandas locales se transforma en la primera criminalización de la lucha social, quizás por la cercanía-contaminación del Eje Manta-Manaos, que tiene en Orellana el eslabón ecuatoriano.

En la segunda fase, a partir del 2010, se agudiza la conflictividad entre el gobierno y los movimientos populares, hasta llegar a la ruptura en el 2014. Se organiza en torno a tres actores: el conflicto indígena sobre las afectaciones a la organización y a la autonomía tanto organizacional como territorial, con eje en la lucha antiextractivista; el conflicto con los trabajadores, en torno a nuevas formas de flexibilización laboral y el retorno a formas de explotación ligadas a la plusvalía absoluta; el conflicto con maestros y estudiantes en torno a la reforma educativa. (Unda, 2013) El signo es la persecución y criminalización de los luchadores populares, que afecta a más de doscientos actores sociales, bajo la codificación de los "delitos" de subversión y terrorismo.

En esta fase, la conflictividad entre el gobierno y sectores de la burguesía tiene un doble cauce: agudización del conflicto institucional e ideológico, con los medios de comunicación como actores centrales ante el debilitamiento y la crisis de los partidos tradicionales; y estrategias de negociación pasiva en los temas económicos y de securización de la política. "La conflictividad con la burguesía como clase (...) se establece, más bien, como una negociación al interior del propio proyecto de modernización: los empresarios cuestionan los nuevos impuestos, pero buscan el modo de afirmarse dentro del plan nacional de desarrollo y del cambio de la matriz productiva." (Unda, 2013)

En el estudio realizado por Paola Sánchez sobre los conflictos sociales en el período 1990-2012, (Herrera et al.,



Reves electoral 23f. Imagen tomada de <http://www.telesurtv.net/>

2013) ubica un momento de quiebre en la respuesta de Alianza País: a partir del 2010 hay un incremento del aplazamiento de la resolución de los conflictos (pasa de 10, 78% del período 2007-2009, marcado por la presencia de la Constituyente), al 14, 68%: "los movimientos y organizaciones sociales se han convertido en esos "enemigos internos" con los cuales el gobierno no dialoga, aun cuando con los representantes de los grupos económicos no tiene inconvenientes en sentarse a la mesa a debatir las políticas gubernamentales." (Herrera, Sánchez, Iturralde, & Latorre, 2013, pág. 65 y 67)

La clausura del diálogo va acompañada de un incremento de la judicialización del conflicto: la intervención judicial pasa del 3,6% en el período 2002-2006, al 10,4% en el período 2007-2009 y al 13,1% en el período 2010-2012. "El mayor porcentajes de los procesos de judicialización se encuentra concentrado entre los trabajadores (27,63%), las empresas (15,28%), los partidos políticos (13,83%), indígenas (10,49%) y la policía (6,43%)". Como resultado existirían alrededor de 200 casos de judicialización en contra de los dirigentes sociales; de los cuales, según "la APDH, el 68% se relacionan con luchas de resistencia frente a la expansión minera, el 16% relacionado con la defensa de los espacios públicos y el 11% relacionado con el agua." (Herrera, Sánchez, Iturralde, & Latorre, 2013, págs. 71-73)

Mientras tanto el nuevo ciclo hacia la "derechización" o, en términos de Cueva, la "oligarquización del polo burgués", permite un rearcamiento entre los polos del bloque dominante. "El conflicto entre el gobierno y la burguesía se presenta como una disputa al interior y por el proyecto hegemónico de modernización capitalista. Esto no excluye, ciertamente, la presencia de confrontaciones, como ante la ley de comunicación, pero éstas deben entenderse dentro de la disputa por el control de los "aparatos ideológicos del Estado", es decir, aquellas instituciones mayormente privadas, aparentemente no estatales, pero que juegan el papel central en la producción, circulación y reproducción de la ideología dominante." (Unda, 2013)

## 6. La inflexión

Actualmente entramos en un momento de inflexión de la correlación de fuerzas: Alianza País continúa siendo la fuerza hegemónica, pero hay signos de debilitamiento, por las modificaciones del contexto internacional, el paso del período de abundancia a problemas de escasez económica, con problemas de liquidez fiscal y la tendencia a una crisis económica, por el revés electoral del 23F, y por la emergencia de luchas y posiciones antisistémicas desde abajo.

La complejidad del momento actual en nuestro país está en que este declive se da en el marco de la consolidación de un bloque orgánico de poder. Con lo que se producen modificaciones en el alineamiento y correlación de fuerzas. El Estado pasa a una forma de bonapartismo-

orgánico, con un proceso de "oligarquización" del proyecto de Alianza País y de "depuración interna" con hegemonía de los sectores neodesarrollistas; el autoritarismo toma formas más definidas en una estrategia de "guerra total" contra la oposición antisistémica.

## 7. Reordenamiento jurídico

Estas modificaciones se condensan en el reordenamiento jurídico seguido después de la vigencia de la Constitución. El control de la mayoría de asambleístas superior a los tres tercios en las elecciones del 17 de febrero del 2013, le permite a Alianza País acelerar la aprobación de una serie de leyes. Con 100 Asambleístas de 137, más el apoyo de los aliados, el régimen puede aprobar leyes rezagadas en el período anterior.

El centro de la reforma política del Estado está en la organización del poder, la autoridad y la violencia (Arendt, 1974); el proceso definitivo está en que la "fundación de derecho equivale a fundación de poder y es, por ende, un acto de manifestación inmediata de la violencia." (Benjamin, 2001)

Generalmente se reduce la violencia a su forma física y se deja a un lado otras formas de violencia, en particular la violencia simbólica, como fundamento del funcionamiento del Estado. Una segunda reducción operada desde los intereses del poder es silenciar la diferenciación de diversos tipos de violencia. Walter Benjamin diferencia entre violencia mítica y violencia divina, entre violencia conservadora y violencia creadora. (Benjamin, 2001)

El poder, la hegemonía una vez que se consolida tiende a tomar una forma conservadora, o en términos de Cueva, se "oligarquiza". El paso al poder constituido marca la distancia del Estado ante la sociedad civil y, luego, la suplantación de la sociedad civil por la sociedad política, con diversas variantes de tendencias totalitarias. El dilema



para un proyecto de cambio está en la institucionalización conservadora o en la capacidad de permanencia de una proyección constituyente, ligada a la soberanía popular.

Toda reforma del Estado implica una reforma de la violencia, la diferencia está en su proyección: una violencia mítica-conservadora orientada al orden o una violencia divina-creadora, orientada a la transformación del Estado hasta su propia desaparición. En términos del discurso político actual: o democracia autoritaria o democracia radical y plena.



Imagen 30s, tomada de <https://cinelinvisible.files.wordpress.com/>

El carácter de Estado y del régimen se define por la orientación de la violencia: ¿cuál es el enemigo principal? Podemos ver un doble tratamiento: un post-neoliberalismo blando para tratar al bloque dominante y un autoritarismo selectivo para tratar al bloque social contrahegemónico.

Dos elementos de violencia: el derecho se asienta en la coerción, pero, además, el centro de toda reforma del poder se refiere a la regulación de la violencia. La violencia cumple doble función: funda y mantiene el derecho. "La violencia como medio es siempre, o bien fundadora de derecho [rechtsetzend] o conservadora de derecho [rechtserhaltend]. En caso de no reivindicar alguno de estos dos predicados, renuncia a toda validez [Geltung]" (Benjamin, 2001)

La coacción no opera en forma directa, sino sobre la base de la validez de la norma. En lo jurídico se condesan las "razones" de la hegemonía. "En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción –es decir, la circunstancia de que el acto establecido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo" (Kelsen, 1982)

En los Estados periféricos se opera la consolidación de la hegemonía local sobre la base de "trasladar" las formas más extremas del control jurídico sistémico. Una especie de perversión del poder constituyente; la transformación de la legitimidad en legalidad.

Estas modificaciones se expresan en un desplazamiento desde la "rectoría del Estado" enunciada en el plano jurídico como fundamento de las diversas leyes, a la "rectoría del régimen", ejercida en el plano político, como estrategia de la nueva hegemonía. Jurídicamente se pasa de la visión garantista del Estado de justicia centrado en los derechos, a la estructuración en torno a los bienes públicos, dentro de los cuales se incluyen los bienes jurídicos.

En las reformas de Alianza País se juegan formas de parasitismo teórico: la recuperación de teorías jurídicas de Occidente, para convertirlas en base de legitimación del poder.

En este nuevo campo se opera un paso desde una visión garantista, en donde el bien jurídico es autónomo de la norma, proviene de la vida y, por tanto tiene capacidad de imponer límites a la acción de los jueces, hacia una visión inmanente, en donde la norma es la fuente del bien, con lo cual queda abierta la puerta para la discrecionalidad de los jueces y las coacciones del poder. De allí parte el afán de tipificación exhaustiva de los delitos en el COIP.

Una variante de este desplazamiento está en la relación entre bienes públicos y servicios públicos, dentro de los cuales se ubica, por ejemplo, a la información y la comunicación. Esta caracterización permite desplazar la decisión desde el ámbito privado y comunitario al ámbito estatal.

Las reformas abarcan todos los campos: recursos hídricos, educación, educación superior, monetario y financiero, penal. En el segundo semestre del 2013 se aprueban 14 leyes y en el primer semestre del 2014 doce más, dos tercios de las cuales provienen de iniciativa del Ejecutivo. Aunque la clave final está en la propuesta de "enmiendas a la Constitución".

Las reformas de la violencia se definen en las relaciones fundamentales, entre el capital y el trabajo, entre el capital y los pueblos, y en la demarcación del campo penal. Por ello, aquí vamos a analizar dos temas, el Código Orgánico Integral Penal y el proyecto de Código laboral.





Protestas contra el código laboral.  
Imagen tomada de <http://www.telemundo33.com/>

## 8. El proyecto de Código laboral

Si bien, el Gobierno de Correa se vio obligado a retirar el Proyecto de Código Laboral después de las masivas movilizaciones de los trabajadores y de los movimientos sociales el 17 de septiembre de 2014, allí se expresa la visión orgánica de Alianza País sobre el tema laboral.

La utopía del Capital es una economía sin trabajadores. (Saltos, 2014) El proyecto de Reforma del trabajo sigue un camino de deconstitución de la identidad colectiva y clasista de los trabajadores. Restablece formas de plusvalía absoluta, con la ampliación de la jornada de trabajo y la reducción de la estabilidad en el trabajo. Sigue un juego perverso: incrementa los derechos individuales y disuelve los derechos colectivos.

En el proyecto de Código Laboral, como sucede en las leyes aprobadas en los diversos ámbitos durante el periodo de Alianza País, hay una orientación hacia la concentración jurídica del poder y la autoridad en el "Estado"; aunque luego el poder del Estado se reduce a la decisión del "régimen". Se sustituye el viejo régimen tripartito, que persiste únicamente para las Comisiones salariales, por un nuevo régimen concentrado en la rectoría del Estado.

Pero no se trata sólo de la concentración de las decisiones, sino del control y eliminación de medios no violentos por el temor del poder a perder el monopolio de la violencia legitimada: se "restringe el derecho al uso de medios completamente desprovistos de violencia, debido a las reacciones violentas que podrían provocar. Dicha tendencia del derecho contribuyó a la retirada del derecho a la huelga, contrario a los intereses del Estado. El derecho lo sanciona porque intenta evitar acciones violentas a las que teme

enfrentarse. Antes de concederlo, los trabajadores recurrían al sabotaje e incendiaban las fábricas." (Benjamin, 2001, pág. 35)

Históricamente el derecho a la huelga se instituye como un medio no violento para la solución de los conflictos laborales, ante las prácticas de sabotaje. La huelga obrera implica el reconocimiento del Estado de un nivel de "violencia" legítima en manos de los trabajadores, para evitar formas de violencia abierta. El movimiento obrero proyectó la huelga hacia una respuesta política, hacia la solución de conflictos "políticos". También allí la huelga nacional "revolucionaria", que apunta al cambio de las relaciones económicas y de poder del capital, se presenta como un medio "limpio" (Benjamin, 2001), ante otras formas de violencia directa, bajo diferentes formas de "guerra civil".

La tendencia actual es a la reducción y neutralización del derecho a la huelga y a la apertura de estrategias de criminalización de las luchas sociales.

"La huelga se desarrollará siempre, solo afuera de las instalaciones de la empresa o lugar de trabajo.

Se prohíbe en el sector público paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados, transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones." (Art. 500 del Proyecto de Código Laboral)

Esta tendencia no se da sólo en nuestro país, en realidad es una propuesta impulsada por la representación patronal dentro de la OIT, como condición para cualquier consenso.

6 Plantea: "en el artículo 229, que se suprima el inciso tercero, que dice: "las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo". Respecto al artículo 326, numeral 16: "En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas y profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyan en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo", la enmienda dice que luego de las palabras "a profesionales" se incluya "y demás servidores públicos" y que se suprima la frase final que alude al amparo del Código del Trabajo.

La disolución del derecho de huelga no sólo es un retroceso en los derechos colectivos, sino un signo de la consolidación de una democracia autoritaria que gesta en su seno respuestas violentas. No sólo es un tema de correlación de fuerzas, sino que es el signo de las formas extremas que adopta el capital senil en su decadencia, la pérdida de capacidad de hegemonía como consenso y la necesidad de imponer regímenes autoritarios.

Una vez derrotado este intento, el Gobierno abre la vía de las enmiendas constitucionales para disolver la organización sindical, sobre todo pública<sup>6</sup>. Disuelta la organización sindical, ya no hay necesidad de referirse a los derechos colectivos, todos los trabajadores y empleados pasan a ser considerados "funcionarios" y pasan al régimen de la Ley Orgánica de Servicio Público.

La utopía final del capital es que, ante la imposibilidad estructural de eliminar toda forma de trabajo, al menos se garantice la presencia de trabajadores disciplinados.

## 9. "El Código del enemigo"

El propósito de los diversos Códigos orgánicos apunta a una racionalización de la multiplicidad de leyes en un texto único.

Las reformas penales apuntan a cubrir todos los espacios de la vida, no puede quedar una variante sin codificación como delito. "La ambición del COIP de integrar en un solo ámbito punitivo todas las esferas de la vida social implica tender una densa red jurídico/disciplinaria/policial sobre toda la sociedad, en la cual incluso la subjetividad personal pueda ser objeto de control, disciplina, represión y judicialización. (...) Esta convergencia no es solo sustantiva, ni procesal, ni ejecutiva, es fundamentalmente política. Es la evidencia del peso y la impronta de esa red jurídico-disciplinaria y policial sobre el conjunto de la vida social. En adelante, todas las infracciones por mínimas que sean, entran en la estructura penal-punitiva de la forma-prisión. Desde el maltrato a una mascota (COIP Art. 249), hasta los crímenes de lesa humanidad (COIP Art. 89), todos ellos se inscriben y se estructuran bajo la lógica de la forma-prisión." (Dávalos, 2014)

Esta integración se realiza bajo la forma de una lista de delitos y penas, sin poner en juego el viraje enunciado en la parte dogmática sobre la prevención y la rehabilitación. Con ello se reproduce la forma postmoderna de los códigos penales "desiguales y fragmentarios" y se retorna a la lógica del "Código del enemigo" (Pavarini, 2009, pág. 151 y 202)

En el COIP, el centro argumentativo en la parte dogmática es la teoría de la acción finalista que surgió como una respuesta al manejo y torsión de los regímenes totalitarios que lograron "hacer suyos con extrema habilidad, conceptos tradicionales, los tergiversó y aprovechó en su beneficio." "El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal." (Welzel, 1951, pág. 9)

si antes el principio era que "toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario", con el viraje autoritario el nuevo principio cambia: "toda persona es culpable hasta que se demuestre lo contrario."

La base de la teoría de la acción finalista es la distinción entre acción y culpa: la acción vincula el hecho objetivo con la voluntad subjetiva (querer realizar); la culpa se mueve en el lado objetivo de la reprochabilidad. Con ello se buscaba superar la visión naturalista-utilitarista del derecho orientado a la mantención el orden, para restablecer "la función ético social como la misión más importante del derecho penal". (Welzel, 1951) El totalitarismo nazi, en una vuelta de tuerca, rompe la diferencia entre acción finalista y culpa, para establecer el imperio de la norma como orden superior, como bien público. Posteriormente, en la doctrina Bush se concluye la inversión y el carácter finalista de la acción se convierte en culpa: hay que castigar no el hecho, sino la intención. Con ello, la prevención pierde su naturaleza de evitar el acto como base de la culpa y se pone por delante la culpa. Es decir se da la vuelta a la relación entre justicia y derecho: si antes el principio era que "toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario", con el viraje autoritario el nuevo principio cambia: "toda persona es culpable hasta que se demuestre lo contrario."

"Mientras que la teoría de la acción finalista del derecho penal tenía como objetivo el restablecimiento de una dimensión ética-social para la capacidad punitiva del Estado, la forma-prisión readecua el contenido ético de la teoría finalista de la acción y la reinscribe al interior de un proceso disciplinario en la cual la acción finalista no es una garantía ni de prevención ni de ética sino más bien una causal de premeditación que puede ser utilizada en contra del principio constitucional de la presunción de inocencia. El COIP logra una nueva retorsión axiológica en el derecho y en su consistencia deontológica, porque su objetivo real es aquel de extender la capacidad de castigo a todos aquellos que, según la metáfora de Alianza País, están por fuera de la "fortaleza asediada". (Dávalos, 2014)

## 10. Se cierra el ciclo

Pero no se trata únicamente de los problemas, variaciones y contradicciones en la hechura de la norma; su carácter se expresa sobre todo en la ejecución. Se abren dos contradicciones en el marco del pluralismo jurídico: una, dentro del sistema "occidental", como mezcla de prevención y rehabilitación, suplantada por culpabilidad previa y castigo penal. Y otra en la relación con el derecho consuetudinario-indígena, como lo vemos en tres procesos: los juicios a los wao bajo acusación de "genocidio", los ataques a Sarayacu a raíz del refugio concedido a Jiménez-Villavicencio-Figueroa; y las resoluciones de la Corte Constitucional – la Doctrina Pazmiño – sobre la jurisdicción de la justicia indígena en el caso de La Cocha.

La sentencia de la Corte Constitucional sobre el caso de la Cocha<sup>7</sup> confirma la visión neocolonial del poder y la incapacidad de reconocer el carácter plurinacional del Estado que proclama la Constitución. Restringe la jurisdicción indígena al tratamiento de casos menores, dentro del territorio de las comunidades y dirigida a los miembros de las comunidades: una justicia en apartheid, encerrada en guetos. La "jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona (... es) facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario". De esta forma se confirma la centralidad del Estado uninacional y se renuncia a la posibilidad de formas alternativas de justicia.

El artículo 171 de la Constitución, señala que las "comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres". No hay restricciones sobre el ámbito y las materias. Allí el Estado dejaba abierta la puerta para la jurisdicción de la justicia indígena sobre ámbitos que pueden regir el ejercicio de la violencia, las sentencias sobre homicidios, como sucedió en la Cocha. Con la sentencia y con las reformas del COIP está ampliación desaparece, bajo el restablecimiento del monopolio de la violencia legitimada en manos del Estado uninacional.

El choque de visiones se muestra en la resolución de la Corte:

"3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte



Clever Jiménez, refugiado en Sarayacu  
Imagen tomada de <http://www.radioecuantena.com.ec/>

declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento."

"La naturaleza jurídica de la justicia indígena es comunitaria, colectiva, difiere del paradigma individual de la justicia estatal – occidental que jerarquiza la naturaleza individual. En la justicia indígena la naturaleza es comunal, comunitaria, se rige por lazos de comunitariedad, por ello se define a los colectivos humanos originarios milenarios como comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. La comunidad es autoridad, organización, reciprocidad, solidaridad, complementariedad, integralidad, relacionalidad, es vivir, sentir, convivir, convivir colectivamente. Ahora la muerte es un desequilibrio comunal o enfermedad social que afecta no solo a la víctima, victimario y su familiares, afecta a la comunidad y desarmoniza completa y absolutamente a todos, no solo a quien va a la cárcel y cementerio, también a los huérfanos, dolientes y a toda la comunidad por ello la justicia indígena no busca reparar el desequilibrio parcial sino integral, por tanto no hay conflicto inter partes o partes procesales." (Pérez, 2014)

La Corte se vale del juego estructural de toda norma jurídica de la modernidad capitalista: "Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad. Por tanto, mientras se respetase el nombre de la libertad y sólo se impidiese su aplicación real y efectiva – por la vía legal, se entiende –, la existencia constitucional de la libertad permanecía íntegra, intacta, por mucho que se asesinasen su existencia común y corriente." (Marx, 2013, pág. 24)

La segunda parte del Art. 171 dice: "El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena

7 Sentencia en el caso 0731-10-EP, conocido como La Cocha, cuyo antecedente remonta al 9 de mayo de 2010, cuando en la comunidad La Cocha y Guantopolo-Cotopaxi, el pueblo Kichwa Panzaleo aplicó justicia indígena a Flavio e Iván Candelejo Quishpe, Wilson y Kléver Chaluisa y a Orlando Quishpe Ante, por ser autores del asesinato de Marco Olivo, también oriundo de la misma comunidad. (Pérez, 2014)





Protestas de médicos.

Imagen tomada de <http://www.radioecuantena.com.ec/>

sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria." Con ello, la Corte Constitucional puede decidir la muerte de la justicia indígena. Mientras se conserve el nombre de la justicia indígena, reducida a su mínima expresión y vaciada del poder de decisión, el régimen de Alianza País, puede argumentar que hay un respeto pleno a la disposición constitucional, "por mucho que se asesinase su existencia común y corriente".

Se cierra el ciclo: el reconocimiento del Estado plurinacional implica el reconocimiento del pluralismo jurídico. "La raíz que sostiene toda la estructura jurídica política de un pueblo es la libre determinación, el tronco es la plurinacionalidad e interculturalidad y de ello brotan varias ramas como el pluralismo jurídico que es la convivencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su estricto cumplimiento en un mismo territorio. En consecuencia, el pluralismo jurídico cuestiona el monopolio de las instituciones estatales como las únicas

autorizadas a crear derecho y aplicar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación. (...)El pluralismo jurídico plantea el desafío de garantizar la convivencia de los sistemas de justicia ordinario y especial indígena mantengan una activa, constante, directa y estrecha coordinación, basada en el diálogo horizontal, la cooperación, el respeto, la tolerancia y el aprendizaje mutuo y permanente." (Pérez, 2014)

El proceso abierto en el tiempo constituyente hacia un Estado plurinacional, vuelve a cerrarse como signo de la recomposición de la hegemonía del Estado uninacional.

Una respuesta similar se da en el COIP ante las demandas de los médicos, con la ampliación del homicidio culposo por mala práctica médica y el sometimiento a la justicia ordinaria, (Art. 146 del COIP), sin tomar en cuenta la especificidad, como plantearon los médicos en una larga lucha de resistencia.

El resultado es no sólo la criminalización de las luchas sociales, sino el restablecimiento del monopolio de la violencia legitimada en manos del Estado reformado.



## 11. Biopoder y sumak-kawsay

El derecho legisla sobre la vida y la muerte. La política en el capitalismo actual se presenta como un paso de la soberanía a la biopolítica. Foucault diferencia "entre soberanía y biopolítica. Para él la biopolítica es la expresión más intensa de la superposición entre derecho y violencia que constituye la forma excluyente del bando soberano." Diferencia dos formas de bio-poder: un biopoder negativo que defiende la vida a través de la muerte, la tanatopolítica, la "inmunitas" por encima de la "comunitas"; y un biopoder positivo, una biopolítica de la vida. (Esposito, 2007)

El paquete de reformas norma todos los espacios de la vida, bajo formas disciplinarias y de control. La disyuntiva principal se desplaza de las contradicciones dentro del bloque dominante a la contradicción con los actores y fuerzas subordinadas, los trabajadores y los pueblos indígenas.

El sumak-kawsay es la visión civilizatoria de los pueblos indígenas, ligada a la propuesta del Estado plurinacional y la interculturalidad. El sumak-kawsay puede visibilizarse en este tiempo porque se abre el espacio del biopoder; es un concepto alternativo a la forma actual de biopoder-biopolítica. Su raíz proviene de una visión alternativa a la visión occidental-capitalista.

Sin embargo el poder marca el sentido del sumak-kawsay. La entronización del sumak-kawsay en la Constitución y en la propaganda oficial encarnan este paso: el tiempo constituyente, el momento de la soberanía popular es suplantado por el control.

Empero en este campo emergen las nuevas resistencias antisistémicas, como luchas contra el extractivismo y el rentismo, en defensa de la vida y el agua.

## 12. Conclusión

Después de la "larga noche neoliberal", el retorno de Estado no implica el paso a una democratización de la sociedad y de la política. Como señala Agustín Cueva, la tendencia estructural "es la fusión de la fuerza política del Estado con la fuerza económica del capital monopólico, es decir, la conformación de un capitalismo monopolista de Estado, con modalidades concretas de acción no estrictamente idénticas a las de los países imperialistas, debido a la condición supeditada de nuestras formaciones sociales." (Cueva, 2013, pág. 15) Alianza País representa la recuperación del ciclo, en un nuevo nivel.

En el abigarramiento de las formas de funcionamiento del Estado latinoamericano presentadas por Zavaleta, (2006) hay reordenamientos según las especificidades y los tiempos de las diferentes formaciones económico-sociales del Continente: en el caso de Alianza País podemos ver el desplazamiento de la serie inicial bonapartismo-populismo-autoritarismo a la serie bonapartismo-autoritarismo-populismo.

- Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Benjamin, W. (1980 - 1929). *El surrealismo la última Instantánea de la inteligencia europea*. (J. Aguirre, Trad.) Madrid: Taurus.
- Benjamin, W. (2001). *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. (E. Sublrats, Ed., & R. Blatt, Trad.) España: Taurus.
- Cacciamali, M., & Cury, E. (2014). *Inserción en la economía mundial, acumulación y mercado de trabajo en América Latina. Diferencias entre el norte y el sur de la Región*. En A. (. Girón, Democracia, financiarización y neoextraccionismo ante los desafíos de la industrialización y el mercado de trabajo. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas.
- Coronil, F. (2013). *El Estado mágico. Naturaleza, dinero y modernidad en Venezuela*. (E. Lander, Ed.) Caracas, Venezuela: Editorial Alfa.
- Cueva, A. (2013). *Autoritarismo y fascismo en América Latina*. (C. d. Crítico, Ed.) Quito: Gráficas Silva.
- Cypher, J. (2014). *Neoextraccionismo y primarización: términos de intercambio en América del Sur*. En A. (. Girón, Democracia, financiarización y neoextraccionismo ante los desafíos de la industrialización y el mercado de trabajo. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas.
- Dávalos, P. (Abril de 2014). *Crimen y castigo. El Código Penal de Alianza País*. Recuperado el 14 de Septiembre de 2014, de <http://pablo-davalos.blogspot.com/2014/04/crimen-y-castigo-el-codigo-penal-de.html>
- Esposito, R. (Diciembre de 2007). *Entrevista. Reconstruyendo el pensamiento*. Recuperado el 12 de Agosto de 2014, de <http://reconstruyendoelpensamiento.blogspot.com/2007/12/bios-inmunitascommunitas-por-roberto.html>
- Gramsci, A. (1980). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*. Madrid: Ediciones Nueva Visión.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez (Tercera Edición ed.)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Herrera, S., Sánchez, P., Iturralde, P., & Latorre, S. (2013). *¿A quién le importan los guayacanes? Acumulación, gobiernos y conflicto en el campo*. Quito: IEE-CDES.
- Katz, C. (2014). *¿Qué es el neodesarrollismo? I - Una visión crítica. Economía*. Recuperado el 6 de Julio de 2014, de <http://www.argenpress.info/2014/07/que-es-el-neo-desarrollismo-parte-i-una.html>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Argentina: Eudeba.
- Marx, C. (2013). *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*. Madrid: Fundación Federico Engels.
- Pavarini, M. (2009). *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: FLACSO.
- Pérez, C. (13 de Agosto de 2014). *La justicia indígena amenazada de muerte*. Recuperado el 14 de Agosto de 2014, de [lalineadefuego](http://lalineadefuego)
- Saltos, N. (2013). *La banalidad del bien*. En F. Villavicencio, *Ecuador made In China* (págs. 25-35). Quito: Gráficas Silva.
- Saltos, N. (28 de Julio de 2014). *La utopía del capital*. Recuperado el 14 de Septiembre de 2014, de <http://lalineadefuego.info/2014/07/28/la-utopia-del-capital-el-fin-del-trabajo-por-napoleon-saltos-galarza/>
- Unda, M. (27 de Junio de 2013). *La trayectoria de Correa a la luz de los conflictos*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2014, de <http://lalineadefuego.info/2013/07/01/la-trayectoria-del-correismo-a-la-luz-de-los-conflictos-2007-2013-por-mario-unda/>
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. (C. Fontán, Ed.) Buenos Aires: De Palma.
- Zavaleta, R. (2006). *Formas de operar el Estado en América Latina (bonapartismo, populismo, autoritarismo*. En M. Iburgüen, & N. Méndez, René Zavaleta Mercado. *Ensayos, testimonios, revisiones* (págs. 33-54). Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila Editores.

# GÉNESIS DE LA CIUDADANÍA: MECANISMO ORDENADOR DE LAS RELACIONES DE FUERZA Y DOMINACIÓN:

---

Dr. Marcelo Bonilla Urbina

*Profesor de la Escuela de Sociología y Ciencias Políticas, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador*

## RESUMEN

El estudio que expongo a continuación constituye una reflexión teórica destinada a comprender las dinámicas de inclusión y exclusión social y cultural, generadas a partir del nacimiento de la ciudadanía como mecanismo de cohesión social, política y cultural del Estado-Nación y su posterior transformación hasta los actuales momentos. De forma específica, esta reflexión está dirigida a construir elementos teóricos en miras a comprender los actuales procesos de exclusión ciudadana que sufren principalmente las minorías culturales (de inmigrantes y nacionales) en el contexto de la conformación de la Unión Europea y la Globalización.

**PALABRAS CLAVE:** *exclusión-inclusión, ciudadanía, Estado, Unión Europea*

## ABSTRACT

The study is a theoretical reflection aimed at understanding the dynamics of inclusion and social and cultural exclusion generated from the birth of citizenship as a means of social cohesion, political and cultural nation-state and its subsequent transformation to the present time. Specifically, this reflection is aimed at building theoretical elements in order to understand current processes of civic exclusion that suffer mainly cultural minorities (ethnic and national) in the context of the creation of the European Union and globalization.

**KEYWORDS:** *exclusión-inclusión, citizenship, State, European Union*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 12  
APROBADO: 2015 - 05 - 27

## Introducción

En el presente artículo presento un modelo teórico que de cuenta de la ciudadanía como un mecanismo de inclusión y exclusión social del Estado Nación de la edad moderna, en miras a comprender sus actuales transformaciones en el contexto de la época de la Globalización y la conformación de la Unión Europea.

En este sentido, un objetivo central del presente estudio es dilucidar cómo y por qué el mecanismo de la ciudadanía afecta a las llamadas minorías, conformadas principalmente por naciones sin estado, como por los grupos de inmigrantes, cada vez más numerosos en las grandes metrópolis de los países industrializados.

La ciudadanía es conocida como la institución político-jurídica que abarca y define los derechos y deberes entre los ciudadanos y el Estado moderno, es la expresión y aplicación más clara de la noción de contrato social que nace en el marco del desarrollo y conformación del Estado – Nación en Occidente (siglos XVII y XVIII); por lo tanto, es una representación de carácter histórico pues ha tendido a extenderse y perfeccionarse de acuerdo a las luchas sociales y políticas que diversos grupos y movimientos sociales han llevado adelante en miras a la institucionalización y desarrollo de las garantías civiles, políticas y sociales que la conforman<sup>1</sup>. Sin embargo, tal proceso de extensión a la vez a implicado la construcción de nuevas exclusiones y relaciones de poder.

En la primera parte del presente artículo titulada: "La ciudadanía mecanismo de exclusión e inclusión del Estado – Nación" explicaré cómo la ciudadanía se articula a la representación y estructura del Estado moderno; adicionalmente, analizaré cómo las dos principales corrientes del pensamiento político occidental, las de origen liberal y las de origen socialista, comulgan y comparten una definición y estructura básica común del Estado contemporáneo, que como demostraré, funciona de acuerdo a una lógica monocultural, causa de los seculares y actuales fenómenos de exclusión social y cultural.

En la segunda parte del presente artículo titulada: "Génesis de la ciudadanía como mecanismo de construcción de las jerarquías sociales y las diferencias culturales", reflexionaré sobre el proceso de expansión del estatuto de ciudadanía en Occidente, desde la conformación de los derechos civiles, continuando por el desarrollo de los derechos políticos y los sociales, el desarrollo de la declaración de derechos humanos, hasta el actual proceso de contracción y estancamiento. Analizaré como el mencionado proceso de expansión del estatuto de la ciudadanía ha tenido dos características: en primer lugar, el ser androcéntrico, y en segundo lugar, el ser etnocéntrico. A partir de esta reflexión, explicaré como este estatuto que delinea y contiene los derechos y deberes del ciudadano, es decir, su vínculo con el Estado – Nación, funciona como mecanismo de construcción de las clases sociales y las diferencias culturales al interior de la sociedad nacional.

En la tercera parte titulada "La reforma de la estructura del Estado y la inclusión del otro" abordaré una propuesta teórico-política de inclusión del otro (las minorías de inmigrantes y las minorías nacionales), que contiene puntos de orientación para el desarrollo de reformas en el actual sistema de ciudadanía occidental a partir de dos aportaciones, la primera elaborada desde una perspectiva republicana y social por el filósofo alemán Jürgen Habermas (1999), y la segunda elaborada desde una perspectiva liberal, por el politólogo canadiense Will Kymlicka (1996). Esta reflexión está dirigida a plantear la imperiosa necesidad un nuevo modelo de ciudadanía, fundamentado en una lógica de tipo intercultural.

En la conclusión explicaré la importancia de construir un espacio público comunicacional, que permita intercambios igualitarios en miras a consolidar la libre expresión y un nuevo desarrollo de derechos civiles, políticos y sociales en el marco de una sociedad pluricultural, y en miras a la construcción de un nuevo modelo de ciudadanía, fundamentado en una lógica de tipo intercultural, de acuerdo a las necesidades sociales de la actual era de la redes y la globalización.



## La ciudadanía mecanismo de exclusión e inclusión del Estado – Nación

Para comprender el funcionamiento de la ciudadanía como mecanismo de exclusión e inclusión, primero será necesario remitirnos a los orígenes del concepto y la institución del Estado – Nación contemporáneo. Al respecto, el filósofo alemán Jürgen Habermas en su obra "La inclusión del otro" explica que en la definición de esta institución confluyen dos conceptos que a lo largo de la historia marcharon paralelos, y que entre los siglos XVII y XVIII se entrecruzaron y fundieron; el primero de ellos el de Estado:

...hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como externamente; en términos espaciales, se refiere a un territorio claramente delimitado; y, socialmente a la totalidad de los miembros, es decir, "al pueblo propio de un estado" (Jürgen Habermas, 1999: 83).

El mismo autor sintetiza al segundo concepto de la siguiente manera:

Conforme al uso clásico de la lengua de los Romános, tanto "natio" como "gens" son conceptos opuestos al de civitas. Las naciones son, en primer término, comunidades de origen que están integradas geográficamente mediante asentamiento o por relaciones de vecindad, y culturalmente por medio de una lengua común, así como por costumbres y tradiciones comunes (Jürgen Habermas, 1999: 86).

Estas dos instituciones se mantuvieron separadas a lo largo de la antigüedad y la época feudal; esta última etapa caracterizada por un orden de tipo corporativo, fundamentado en relaciones de servidumbre y vasallaje, cuya cúspide estaba encarnada en el monarca, a quien los diferentes señores y príncipes de un territorio debían lealtad tributaria (en términos de impuestos y apoyo en la guerra) a cambio de una cierta soberanía y poder sobre sus dominios (prerrogativas forales o regionales). Podríamos describir este sistema como un conjunto de principados, ciudades, comarcas y reinos organizados de forma piramidal (jerárquica), cuya cohesión se fundamentaba en relaciones de nobleza y linaje encarnadas en el monarca, concebido como símbolo del un poder delegado por Dios. Dentro de este orden, la adscripción identitaria de una persona o grupo se remitía a su linaje, comarca o ciudad particular, no estaba en conexión directa con el poder político del monarca.

Diversos fenómenos de alta complejidad terminaron por desestructurar este orden feudal, entre otros: a) las guerras religiosas, provocadas por la emergencia de la Reforma protestante durante el siglo XVII, que desencadenaron la separación del poder religioso y del Estado, y b) el desarrollo de la institución de la propiedad privada y el orden capitalista, que desestructuró la propiedad feudal y los lazos de vasallaje

y corporativismo, y a su vez separó el orden político del económico.

De este proceso emerge un estado especializado, de tipo secular, encargado de la esfera administrativa de la sociedad, y de facilitar las condiciones para la reproducción económica y social de la comunidad.

El Estado moderno es simultáneamente Estado administrativo y Estado fiscal, lo que significa que se limita esencialmente a tareas administrativas. Traspasa las tareas productivas, que hasta entonces habían sido percibidas en el marco del poder político, a una economía de mercado diferenciada del aparato estatal. A este respecto, se ocupa de "las condiciones generales de producción", es decir de la infraestructura y del marco jurídico necesarios para un tráfico capitalista de mercancías (Jürgen Habermas, 1999: 84).

Al darse estas separaciones entre poder político y poder religioso, entre poder político y la economía; y al desintegrarse el orden de lealtades feudales, los individuos fueron sustraídos de sus lazos de vasallaje para convertirse en trabajadores de un sistema de mercado; en este momento los antiguos mecanismos de cohesión (nobleza, linaje, relaciones corporativas locales), tuvieron que ser remplazadas por un nuevo sistema de cohesión social: la ciudadanía, como soporte de las relaciones de un pueblo con el nuevo Estado.

Es así como nace este nuevo sistema de cohesión social, la ciudadanía, que además de los vínculos (deberes y derechos) entre el Estado y sus ciudadanos, también englobó todo el conjunto de estrategias simbólicas destinadas a construir el individuo-ciudadano desarrolladas en aquella época, como expresión y cristalización de las nociones y principios de libertad, igualdad y propiedad privada, piedras angulares de la soberanía del Estado – Nación occidental.

Enzo del Búfalo en un análisis sobre los estudios de Michel Foucault (1963, 1972, 1975) relativos a la génesis del poder en Occidente explica este proceso como una individuación que se genera en la fase de tránsito que va desde la desaparición del orden político europeo basado en la autoridad del señor Feudal, antiguo poder ordenador del territorio social, hasta la aparición del Estado y autoridad del Príncipe como representación soberana de un orden fundamentado en la propiedad privada (Enzo Búfalo, 2001: 57-74). La ciudadanía aparece en este momento como el estatuto jurídico y como el conjunto de mecanismos simbólicos de incorporación de esquemas de individuación,



Imagen tomada de [www.building.com/ule.com](http://www.building.com/ule.com)

principalmente a través de los sistemas escolares de enseñanza.

Así, en este contexto, nace el concepto de Estado – Nación, definido como la comunidad política, caracterizada por un origen y destino históricos, soberana e independiente, caracterizada por habitar en unos territorios sobre los que ejerce su autoridad<sup>1</sup>. Esta nueva noción, a su vez, supuso una segunda fusión conceptual a su interior, entre las ideas de ciudadanía y nacionalidad. La antigua noción del lazo o vínculo del individuo con la administración de la antigua Ciudad Estado, se entrelazó con la también antigua noción de pertenencia identitaria a un pueblo (nacionalidad)<sup>2</sup>.

La idea de nación apunta al supuesto de que el demos de los ciudadanos tiene que estar enraizado en el ethnos de los miembros de un pueblo (francés, alemán, español, etc.) para poder estabilizarse como asociación política de miembros libres e iguales de una comunidad jurídica (Jürgen Habermas, 1999: 110).

Así el principio de una supuesta homogeneidad cultural, de pertenencia a una cultura determinada (francesa, inglesa, española, alemana, etc.), fue el vértice que apuntaló la construcción de las soberanías territoriales, diferenciado a un Estado Nación de otro, a través de la pertenencia a una tradición o acervo histórico; pero este principio también determinó los límites del principio de igualdad hacia el interior de los nuevos Estados – Nación, diferenciado a los ciudadanos de la cultura mayoritaria, de los individuos que pertenecían a pueblos o culturas sin Estado, que existían en el interior de los nacientes Estados – Nación.

Es decir, lo que actualmente se denomina como "multiculturalidad", la existencia de diversas culturas y formas de vida al interior de una formación territorial, es una situación

que ha sido constante en historia de la humanidad, y en la época de la formación de las naciones europeas siempre lo fue, lo paradójico es que a pesar de esta realidad, la institución política que tuvo viabilidad histórica ese momento, el Estado Nación, se originó a partir de una lógica monocultural, que determinaba o subordinaba el principio de la igualdad social al de pertenencia a una cultura dominante. Así los diversos grupos, pueblos y naciones que no habían alcanzado este rango de Estado – Nación, fueron subordinados, su voz silenciada y su proceso de inclusión supeditado a la asimilación en la cultura dominante.

Los estados nacionales surgen la mayor parte de las veces a costa de "subpueblos" oprimidos o marginados. La formación de Estados nacionales bajo el signo etnonacional siempre estuvo acompañada de sanguinarios rituales de limpieza y siempre ha sometido a nuevas minorías a nuevas represiones. En Europa de finales del XIX y del siglo XX ha dejado las huellas crueles de la emigración y la expulsión, del desplazamiento forzado, de la privación de los derechos y el exterminio físico – hasta llegar al genocidio- (Jürgen Habermas, 1999: 121).

Esta dinámica de asimilación, exclusión y eliminación es producto de la tensión immanente en los conceptos modernos de Estado – Nación, y ciudadanía, entre los principios de igualdad y de homogeneidad cultural; pues como hemos mencionado, las florecientes naciones de la época ilustrada europea se levantaron sobre espacios multiculturales, a través de un proceso de homogeneización cultural; sojuzgando y entorpeciendo desde este momento, el desarrollo y forma de vida de diversos pueblos y grupos humanos. En este sentido, la igualdad entre los ciudadanos que propugnaban los pensadores ilustrados de las jóvenes naciones occidentales, se construyó a costa de la subordinación cultural de "los otros"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Esta nueva fusión y creación del imaginario político, como hemos mencionado, fue producto de un complejo proceso que tuvo como hito histórico inicial los tratados de Paz Westfalia de 1648 con la conformación de "las clásicas naciones – Estado del norte y del Oeste de Europa", y continuó con la conformación de las naciones tardías a lo largo del siglo XVIII y XIX (Habermas, 1999: 81). El modelo de estado en cuestión, sustentaba su legitimidad en dos elementos: la homogeneidad cultural del pueblo (asegurado por la fusión entre los principios de ciudadanía y nacionalidad) y la voluntad soberana del mismo.

<sup>2</sup> Guillermo Cabanellas en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" define a la ciudadanía en su dimensión política como el "vínculo [...] que une a un individuo con el Estado; ya por nacimiento, ya por voluntad o residencia prolongada."/Conjunto de derechos y obligaciones de carácter político" (Cabanellas, 1998: 153). Debemos aclarar que cada Estado utiliza un sistema diferente de pertenencia cultural; por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos alemán y español se utiliza como criterio preferencial para acceder a la ciudadanía el ius sanguinis (descendencia), mientras en los Estados Unidos se utiliza el ius soli (lugar de nacimiento).

<sup>3</sup> Al respecto Will Kymlicka explica: "El pensamiento decimonónico solía distinguir las "grandes naciones" – como Francia, Italia, Polonia, Alemania, Hungría, España, Inglaterra y Rusia- de las "nacionalidades" más pequeñas, como los checos, eslovacos, croatas, vascos, galeses, escoceses, serbios, búlgaros, rumanos, eslovenos. Se consideraba que las grandes naciones eran civilizadas y que impulsaban el desarrollo histórico. Las nacionalidades más pequeñas eran primitivas, inmobilistas e incapaces de todo desarrollo cultural y social. (Kymlicka, 1996: 81)

Esta subordinación también fue posible por la incorporación en el pensamiento político de Occidente de una visión lineal de la evolución social, a través de la cual se consolidó la creencia de que el Estado – Nación, y su mecanismo de cohesión interna, la ciudadanía, constituían instituciones correspondientes al estadio de evolución más alto al que la humanidad había llegado hasta aquel entonces.

Will Kymlicka en su libro "Ciudadanía Multicultural", realiza un análisis detallado de cómo esta perspectiva evolutiva, que en realidad se fundamentaba en prejuicios culturales, determinó el que pensadores liberales y socialistas compartieran lo que yo he denominado como una lógica monocultural de los procesos políticos y sociales<sup>4</sup>. Así la homogeneidad cultural se convirtió en principio indispensable para la construcción ya sea de la sociedad liberal, en la que priman valores de tipo individualista, o la sociedad sin clases, en la que priman valores colectivos. Por lo tanto, la tensión entre el universalismo promulgado por el principio de la igualdad de derechos, y la diferencia cultural potenciada por el principio de homogeneidad cultural, es parte constituyente de pensamiento político de Occidente, llámese de tipo colectivista o de tipo individualista.<sup>5</sup>

## Génesis de la ciudadanía: mecanismo de construcción del estatus y la diferencia

Desde sus orígenes el estatuto de ciudadanía se expande de forma gradual al interior de las sociedades del Estado – Nación, no solo permitiendo el acceso a nuevos derechos a los ciudadanos a través del principio de igualdad, sino también marcando las diferencias entre los estratos sociales, y delimitando las diferencias culturales internas y externas.

T.H. Marshall en su estudio clásico "Ciudadanía y clase social" (1992), definió a la ciudadanía de la siguiente manera:

La ciudadanía es aquel estatus<sup>6</sup> que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica. Aunque no existe un principio universal que determine cuales son los derechos y obligaciones, las sociedades donde la ciudadanía es una

institución en desarrollo crean la imagen de una ciudadanía ideal que sirve para calcular el éxito y es objeto de aspiraciones. Las conquistas que se producen en la dirección así trazada proporcionan una medida más acabada de la igualdad, un enriquecimiento del contenido de ese estatus y un aumento del número de los que disfrutan de él (T.H. Marshall, 1992:37).<sup>7</sup>

El citado sociólogo, con fines didácticos define tres fases de evolución del estatuto: la primera, durante el siglo XVIII, cuando se asientan y consolidan los derechos civiles, la segunda, que cubre el siglo XIX, cuando se desarrollan los derechos políticos como una continuación y profundización de los anteriores, y durante el siglo XX, cuando se desarrollan los derechos sociales (Marshall, 1992:36). A lo largo de su escrito aclara que esta división no es rígida, pues la expansión del estatuto de la ciudadanía es gradual y evolutiva, se puede graficar como una especie de edificio o estructura cuyos cimientos constituyen los derechos civiles.

Hay que tomar en cuenta que Marshall describe este proceso hasta el año de 1949, año en que presentó sus teorías sobre "la ciudadanía y la clase social" en la Universidad de Cambridge (Boothmore, 1993:85), razón por la que no tuvo oportunidad de analizar los cambios posteriores surgidos con el desarrollo del Estado del Bienestar, y su posterior crisis a partir de la década de los años 70; tampoco pudo analizar la actual contradicción existente entre la universalidad de la "Declaración Universal de Derechos humanos" y el imperio de la normatividad nacional, y la situación de exclusión social de las actuales poblaciones de inmigrantes en las grandes ciudades de los países industrializados. Debo subrayar, que si bien su análisis se fundamenta en el estudio de los derechos de ciudadanía en la sociedad inglesa, la periodización general que propone es aplicable, a manera de marco general, al estudio del desarrollo de la ciudadanía en Occidente y ha sido citada y utilizada por múltiples autores en el campo de la Ciencias Políticas.

Marshall describe el ascenso y evolución del estatuto de la ciudadanía como un juego de equilibrio entre en dos principios, uno igualador y otro generador de jerarquías sociales, que refleja a la vez un equilibrio entre la políticas sociales y el mercado, estado y sociedad. Al autor en cuestión le interesaba el efecto igualador que podría tener

4 Kymlicka explica. "En palabras de Engels, "por el mismo derecho por el cual Francia tomó Lorena y Alsacia –y por el que más pronto o más tarde tomará Bélgica– Alemania tomará Scheleswig; es el derecho de la civilización contra la barbarie, del progreso contra la estabilidad...[Este es] el derecho a la evolución histórica"...Marx y Engels no eran los únicos que sostenían este parecer. Recordemos que Mill afirmaba que para los vascos era preferible asimilarse a los franceses que "languidecer ensimismados, inhóspitos vestigios de épocas pasadas, girando alrededor de su propia órbita mental" [Mill, 1972:363,364] (Citado en Kymlicka, 1996:103).

5 Así por ejemplo Kymlicka muestra la coincidencia entre pensadores liberales y socialistas en cuanto a la necesidad de un principio de homogeneidad cultural para la constitución de un Estado-Nación. Por ejemplo cita al liberal John Stuart Mill: Entre gentes que no tienen afinidad alguna, especialmente si leen y habla lenguas distintas, la unanimidad necesaria para el funcionamiento de instituciones representativas no puede existir...En general, una de las condiciones necesarias de las instituciones libres es que las fronteras de los gobiernos coincidan esencialmente con las de las nacionalidades" [Mill, 1972:230-232] (Citado por Kymlicka, 1996:80). Por otro lado Kymlicka explica que de igual manera pensadores socialistas como David Miller creían que: la justicia igualitaria sólo es posible si los ciudadanos están vinculados uno a otros por "lazos comunes", por un fuerte sentido de "pertenencia común" e "identidad común" que "debe existir a nivel nacional". Puesto que "las subculturas amenazan con socavar el aglutinador sentimiento de identidad", el Estado debe promover "una identidad común como ciudadanos que trascienda las identidades separadas [de las gentes] como miembros de etnias y otros grupos sectoriales..." [Miller, 1989:237, 279, 284, 288] (Citado por Kymlicka, 1996:107).

6 Para T.H. Marshall el estatus es sinónimo de condición de igualdad, asegurada por un conjunto de derechos civiles, políticos y sociales que se reparten de forma simétrica entre los miembros de una sociedad; por lo tanto, no debemos confundir este estatus, con el que comúnmente se define como la posición (superior o inferior) de un individuo o grupo en la estructura de clases sociales. Es decir, para Marshall estatus quiere decir, mecanismo igualador, que funciona como un principio opuesto al de la lógica de mercado que produce desigualdad entre diversos individuos y grupos sociales (Marshall, 1992:74).

7 El texto original de Marshall que analizamos en el presente estudio fue publicado en versión inglesa, los años de 1950 y 1965 y se titula "Class, Citizenship and Social Development".



el desarrollo de la ciudadanía sobre el sistema de clases sociales (T.H. Marshall, 1992:37).

En relación a la primera fase de evolución de la ciudadanía, la de los derechos civiles, conformados por los derechos de libertad de la persona, expresión, pensamiento, religión, propiedad privada, contratación y justicia, Marshall aclara que fue fundamental la labor de los tribunales de justicia en la consolidación de los mismos.

...Este logro del siglo XVIII, fue en gran medida tarea de los tribunales, tanto en su práctica diaria como en una serie de casos famosos, en algunos de los cuales se enarbolaron contra el parlamento en defensa de la libertad individual (1992:26).<sup>8</sup>

Los tribunales a través de sus dictámenes consolidaron las libertades individuales como por ejemplo la de la de "practicar el oficio que se ha elegido en el lugar que se ha elegido" (1992:26); para lo cual fue estratégica la lucha en contra de los monopolios heredados del antiguo sistema corporativo medieval

La antigua creencia en que los monopolios locales y de grupo eran de interés público, dado que el comercio y la economía no pueden mantenerse o prosperar sin orden ni concierto..., se sustituyó por otra nueva: que las restricciones eran una ofensa de la libertad del individuo y una amenaza para la prosperidad de la nación (1992:26).

Marshall analiza situaciones análogas de defensa de los derechos civiles en los campos de la libertad de pensamiento, religión, contratación, y aclara que si bien estos logros se consolidaron el siglo XVIII, estos derechos seguirían evolucionando a lo largo del siglo XIX y XX con la institucionalización del derecho de Habeas Corpus, la abolición de la censura de prensa, y el desarrollo del sistema de defensa judicial público.

El sociólogo inglés explica que el segundo piso de la ciudadanía conformado por los derechos políticos, se consolida en el siglo XIX, a través de una gradual extensión del derecho al voto, que en principio estuvo reservado a los detentadores de la propiedad y luego se extendió a inquilinos y arrendatarios que podían probar poseer un mínimo renta. Es decir, la vía de acceso al derecho al voto era el éxito económico.

Ningún ciudadano en su sano juicio y respetuoso de la ley quedaba excluido del voto en razón de su estatus personal; era libre de ganar dinero, de ahorrarlo, de adquirir propiedades o alquilar una casa, así como de disfrutar todo derecho político vinculado a esos logros económicos (1992:26).



Según Marshall, al final de la segunda década del siglo XX, este proceso de expansión de los derechos políticos alcanzó su cima cuando el derecho al voto se extendió a "todos los hombres" en razón, no de su estatus económico, sino personal. Sin embargo, no sería hasta mediados de la década del XX, cuando se abolió el voto plural<sup>9</sup>, el momento en que se consolida la universalización de derechos políticos (1992:31).

El tercer piso del edificio de la ciudadanía descrito por el sociólogo inglés, se conforma de los derechos sociales. El citado autor indica que en su estructura fue fundamental el desarrollo de los derechos educativos, en especial el primer impulso de la educación pública elemental a finales del siglo XIX (1992:35).

A medida que avanzaba el siglo XX crecía la conciencia de que la política democrática necesitaba un electorado educado, y la manufactura científica precisaba de trabajadores y técnicos formados. La obligación de mejorarse y civilizarse es pues, un deber social, no solo personal, porque la salud depende del grado de civilización de sus miembros, y una comunidad que subraya esa obligación ha empezado a comprender que su cultura es una unidad orgánica y su civilización una herencia nacional (1992:35).

Como podemos observar Marshall, interpretaba el derecho a la educación, como un derecho y deber social, que funcionaba como mecanismo cohesionador, transmisor de una cultura nacional, que era sinónimo de una forma de vida o estatus que el lo calificaba como "civilizado". Durante el siglo XX, con la extensión de la educación gratuita al nivel secundario y superior, la educación además de mecanismo identitario de la nación se constituyó en una maquinaria de construcción de los estratos sociales, a través de un complejo sistema de selección de estudiantes, cuyo resultado final fue la formación de diversos tipos de profesionales calificados para los diversos niveles de mercado ocupacional.

<sup>8</sup> Marshall aclara que si bien la institución de la ciudadanía ya existió como mecanismo o principio igualador en las ciudades medievales de Europa; en su estudio le interesa específicamente la historia de la institución de la ciudadanía en el contexto del desarrollo del Estado-Nación (1992:24).

<sup>9</sup> Marshall en este caso se refiere a la abolición en Inglaterra del voto plural. Además, en relación a este derecho debo señalar que si bien Marshall hace una ligera mención sobre el hecho de que las mujeres inglesas no lo alcanzaron hasta 1918, es una constante en su estudio el vacío de una explicación que permita comprender los mecanismos de exclusión de género que han impedido que la mujer se integre en condición de igualdad el proceso de construcción del edificio de la ciudadanía que el describe.



La clasificación continúa con la distribución en tres tipos de escuela secundaria; las oportunidades se hacen más desiguales y la probabilidad de seguir educándose se limita a unos cuantos elegidos, pero no la conseguirán todos, sino sólo aquellos que pasen otras pruebas. Al final, la confusa mezcla de semillas que se depositaron al principio en la máquina sale en paquetes definitivamente etiquetados, y listos para ser distribuidos en los jardines adecuados (Marshall, 1992:35).

Según el autor citado, el proceso de igualación, de creación de una forma de vida civilizada, a través de la construcción de derechos sociales, evolucionó desde formas de subsidio, con la forma de impuestos progresivos, que se imponían de acuerdo a una escala que fijaba diversos grados de acuerdo a la renta (ingresos) de cada individuo, hasta la provisión universal de servicios al máximo de capas sociales: a través de la seguridad social que incluía pensiones de jubilación, sanidad, educación, vivienda, etc. Este proceso según Marshall no tiene una finalidad cuantitativa, de igualar las rentas o ingresos entre los individuos de las diferentes clases sociales, sino una finalidad cualitativa, el expandir en la sociedad unas condiciones comunes de vida, que conforman lo que él denomina como "vida civilizada" (1992:59); este es el efecto igualador de la ciudadanía, que sin embargo, va a la par de una estratificación compleja de la sociedad que se realiza a través del sistema de educación.

El derecho del ciudadano en este proceso de selección es un derecho a la igualdad de oportunidades, con el objeto de eliminar los privilegios de la herencia. Se trata de un derecho a desarrollar las diferencias; es un derecho igual a ser reconocido como desiguales (Marshall, 1992:67).

La negociación colectiva<sup>10</sup> fue otro los logros en el campo de los derechos sociales, durante las primeras décadas del siglo XX, como producto de la acción de un nuevo actor colectivo que tuvo un papel protagónico, el sindicalismo; así en términos de Marshall se instituye una "ciudadanía industrial secundaria", por medio de la cual los sindicatos no solo podían negociar "en el auténtico sentido del término, sino también consolidar los derechos civiles...como una operación normal y pacífica del mercado". La emergencia del sindicalismo también implicó un cambio en el rol del Estado, que se implicó como un mediador de las disputas industriales (Marshall, 1992:69-70).

En otras épocas, el sindicalismo tuvo que hacer valer los derechos sociales desde fuera del sistema donde residía el poder, pero hoy los defiende desde dentro, en colaboración con el gobierno, hasta el punto que en las cuestiones importantes la cruda negociación económica se convierte en algo más parecido a un análisis político conjunto (T.H. Marshall, 1992:70).

Tom Bottomore en su ensayo "Ciudadanía y clase social cuarenta años después"(1992), redondea y completa el análisis que Marshall había publicado en 1950, tomando en cuenta los cambios sociales producidos en Europa. Así la primera crítica complementaria esta dirigida a aclarar que no solo es importante estudiar el efecto igualador de la ciudadanía sobre el sistema de clases sociales, basado en un juego de principios opuestos, entre ciudadanía y clase social, estatuto social y mercado, sino, también tener en claro que el proceso de extensión de los derechos civiles, políticos y sociales ha sido producto de una lucha clases.

Pero el influjo de la clase en la ciudadanía es inconfundible, fueron los burgueses quienes, oponiéndose a la aristocracia feudal, conquistaron los derechos civiles, y hasta cierto punto los políticos, primero en las ciudades medievales, y luego, a escala nacional, en las primeras fases de desarrollo del capitalismo industrial. La lucha decimonónica por extender los derechos políticos corrió a cargo de los movimientos obreros...Las luchas se prolongaron durante el siglo XX, incluyendo ya los derechos sociales (Tom Bottomore, 1992:111-112).

Bottomore en este ensayo complementario, escrito 40 años después del de Marshall, explica que la Inglaterra de los años 80, había seguido los pasos de los Estados Unidos al desarmar las instituciones del Estado del Bienestar, volviendo a esquemas políticos del liberalismo decimonónico, razón por la cual se había incrementado de forma alarmante los índices de pobreza y marginalidad en su sociedad en el contexto de una recesión económica mundial, escenario totalmente diferente al de crecimiento económico de los años 40 y 50. Si embargo, a pesar de este análisis, planteaba expectativas positivas, pues consideraba que el proceso de integración de Inglaterra en la entonces Comunidad Europea (CE), invertiría esta involución (1992:107-109)<sup>11</sup>.

Lo cierto es que el proceso ha ido en línea contraria a lo que Bottomore había visualizado, pues el desarme del las instituciones del Estado de Bienestar a través de privatizaciones estratégicas, es una tendencia que está en expansión hacia los otros países de la actual Unión Europea, y que ha inicios del siglo XXI, en la llamada época de la Globalización va acompañado de una intensa precarización de las relaciones laborales y la deslocalización de importantes empresas, que se trasladan a otros continentes, como parte de un proceso de transnacionalización del capital.

Sin embargo, Bottomore alcanzó describir tendencias importantes como los cambios en la composición de clases sociales que han neutralizado y aletargado las acciones políticas de extensión de los derechos sociales en Europa, como por ejemplo, la ampliación de la clase media, y la

<sup>10</sup> Marshall no analiza la aparición y consolidación del derecho de huelga, que creo es fundamental, como una extensión del derecho civil a asociarse.

<sup>11</sup> El discípulo de Marshall explicaba: la "nueva política económica" practicada durante toda una década, desde finales de los ochenta, ha dejado la economía británica en condiciones aún más lamentables, de forma tal que el Estado de bienestar se enfrenta ahora un porvenir muy inseguro, en claro contraste con la mayoría de países de la Europa Occidental, entre ellos los restantes miembros de la Comunidad Europea, que han resistido mejor la recesión económica -gracias, en parte, a la eficacia de la planificación-, han sabido conservar una economía "mixta", de propiedad pública y privada (en algunos casos, ampliando incluso la primera), y, en determinados casos han podido extender los servicios sociales (Bottomore, 1992:107-109).

paralela desarticulación de las alianzas entre los movimiento sindicales y los partidos socialistas, sobre las que se habían construido los programas de desarrollo de las políticas de bienestar. Dichos cambios se debían en términos de Bottmore a transformaciones en la de la estructura social, creadas por el propio Estado de Bienestar.

No obstante, la expansión de la clase media en su conjunto, unida al crecimiento económico y la extensión de los servicios sociales, ha producido cambios muy significativos en los comportamientos políticos y sociales...Durante los años setenta y ochenta, en algunos países, aunque muy especialmente en Gran Bretaña, una parte de los obreros más cualificados y mejor retribuidos cambiaron su alianza con los partidos socialdemócratas por otra con los partidos liberales o conservadores (1992:115-116)..

Esta tendencia no se ha circunscrito a Gran Bretaña, pues en el resto de países europeos, las elites sindicales han realizado alianzas similares. Otra tendencia que pudo captar Bottmore fue cómo se habían borrado los límites y las distancias programáticas entre los programas políticos de los partidos de izquierda y derecha. El mencionado sociólogo explicaba que para los principales movimientos sindicales y partidos socialistas, el objetivo de su acción política en los tiempos actuales ya no es producir una transformación radical de todo el circuito productivo a través de la implementación de políticas societales, pues la discusión entre partidos socialistas y liberales gira y se circunscribe a los montos mayores o menores a invertirse en el gasto social (1992:94)<sup>12</sup>. Adicionalmente Bottmore analizó: la emergencia de los movimientos ecologistas, y como consecuencia de sus acciones la inclusión de los derechos ambientales en el edificio de la ciudadanía. Otro proceso que incluyó en su análisis fue la desestructuración de los Estados Socialistas de Europa Oriental, con el consecuente desmantelamiento del conjunto de derechos sociales que se habían desarrollado en los mismos (sanidad, educación gratuita, seguridad social, vivienda barata), y el impulso fuerte en éstos mismos países de movimientos sociales en pro la construcción de derechos civiles e individuales que habían sido fuertemente reprimidos por los regímenes políticos del llamado "socialismo real" (1992:97).

Sin embargo, después de este recuento, dejo al final las dos críticas fundamentales que Bottmore hizo a Marshall, la primera, el no haber profundizado en el conocimiento de la

construcción de las diferencias de género en el desarrollo de la ciudadanía, tomando en cuenta que la mujer es la actora social que dentro de los grupos sociales del Estado Nación ha sido excluida sistemáticamente, e incluida de manera tardía en el edificio de la ciudadanía. Hay que recordar que la mujer no accede a los derechos políticos en muchos países de Europa Occidental hasta fines de la primera década de los 50. Tan sólo las presiones y movilizaciones de los movimientos feministas pudieron terminar con esta exclusión política (Tom Bottomore,1992:115-116). La otra crítica fundamental es que Marshall no tomó en cuenta el fenómeno de la pluriculturalidad, cuyas dos fuentes principales fueron los flujos de inmigrantes trabajadores hacia Europa Occidental al final de la segunda guerra mundial y la emergencia de nuevos nacionalismos hacia su interior (Irlanda del Norte, el País Vasco) (Tom Bottomore,1992:105-106).

En mi opinión a través del esquema de Marshall no se puede explicar a la ciudadanía como mecanismo de exclusión cultural, tanto en la dimensión de género, como en la de la pluriculturalidad, debido a que la visión del desarrollo de la ciudadanía que aplicó era androcéntrica y etnocéntrica.

En este punto, es necesario subrayar que la discriminación de género se conforma por un conjunto de estrategias simbólicas y sociales que atraviesan todos los campos sociales, incluidos los de las minorías culturales (nacionales y de inmigrantes), está es su principal característica: la transversalidad. Como muy bien lo aclara Bottomore, no han sido suficientes las reformas y extensiones de derechos civiles, políticos y sociales para generar una inclusión completa de la mujer en la sociedad Occidental, ya que todavía continúan vigentes ciertos mecanismos de exclusión, insertos en la tradición cultural (Tom Bottomore,1992:104)<sup>14</sup>. En definitiva, Marshall, nunca tomó en cuenta en su análisis la categoría de la cultura como un campo simbólico de reproducción social del poder, y en este caso específico, como campo de reproducción de las asimetrías en las relaciones de género, en razón de su perspectiva androcéntrica.

En cuanto al fenómeno de la pluriculturalidad, al igual que en el tema del género, Marshall no tomó en cuenta el factor cultural, su modelo explicativo respondía al del Estado-Nación supuestamente homogéneo, en este caso el de Inglaterra; razón por la cual su concepto de ciudadanía contenía la fusión conceptual clásica del Estado liberal que

<sup>12</sup> Bottmore para explicar este proceso de dilución de límites entre programas políticos de izquierda y derecha, además del cambio en la composición de clases sociales que influyó en la conformación de nuevas alianzas sociales, hace referencia al contexto histórico: Durante las décadas pasadas, los partidos socialistas han abandonado en gran medida su compromiso histórico con la planificación y la propiedad pública, en parte como reacción a la experiencia de las sociedades del socialismo estatista y en parte influidos por las nuevas doctrinas que ensalzan las virtudes de la empresa privada y el mercado libre, y condenan la ineficacia de las empresas públicas y la irracionalidad de la planificación.

<sup>13</sup> Esta la razón por la que los movimientos feministas en su agenda política incluyen como objetivo no sólo el cambio de los estatutos jurídicos y políticos en miras a lograr la inclusión social de la mujer, sino también luchan por cambios en la dinámicas culturales, dominadas por estereotipos que marcan la marginación simbólica de las mujeres.

<sup>14</sup> Es un hecho histórico que debido a relaciones culturales asimétricas (de subordinación) las culturas minoritarias en la mayoría de países de Europa y en gran parte del mundo, no pudieron, durante largos periodos de su historia, desarrollarse en igualdad de condiciones con las naciones dominantes o mayoritarias; situación que determinó en muchas ocasiones, la negación de derechos civiles, políticos y sociales de muchos de sus miembros. Debemos aclarar que ha sido una estrategia muy común y generalizada en Occidente el que los Estados - Nación reprimieran el desarrollo de las culturas minoritarias a través medidas que impedian el ejercicio de sus derechos lingüísticos; hecho que su vez determinó la imposibilidad de desarrollar sus derechos educativos, vitales para la inclusión social. Sólo con el reconocimiento de poderes autonómicos y de autogobierno se ha logrado detener, relativamente, este proceso.

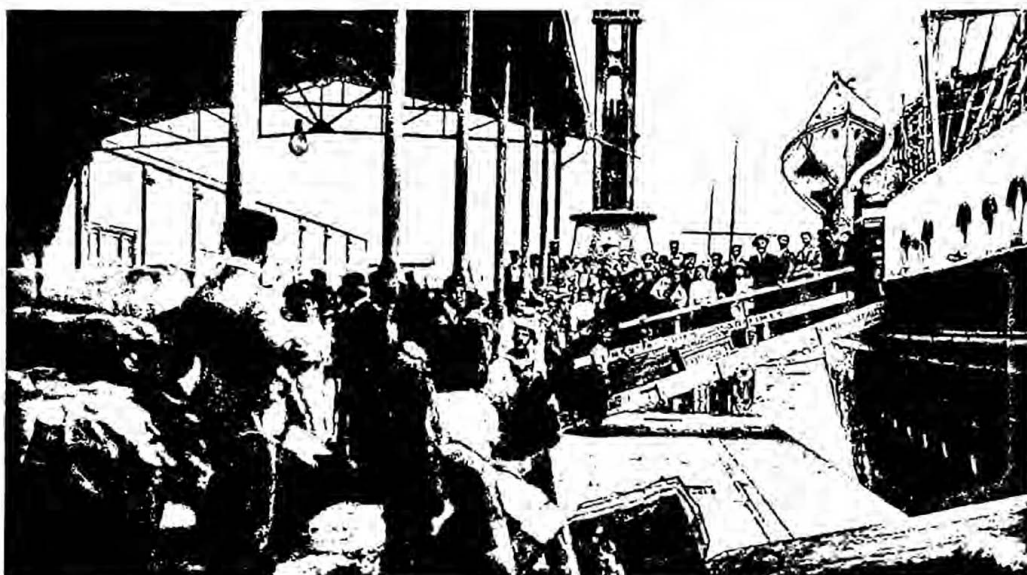


Imagen tomada de <https://lookingtomyroots.wordpress.com>

hemos analizado en el capítulo anterior entre el sentido de pertenencia a una cultura (nacionalidad), y el vínculo político del individuo con el Estado (ciudadanía). En este sentido, la visión monocultural y etnocéntrica imperante en su definición de ciudadanía, no le permitió abordar las problemáticas de los pueblos o naciones minoritarias y los grupos de inmigrantes<sup>15</sup>.

Tenemos que complementar este análisis remarcando tres fenómenos que ni Marshall y Bottomore, tuvieron la oportunidad de analizar: primero, la intensificación de nuevos flujos migratorios en la actual época de la globalización hacia las metrópolis de los países industrializados, desde diversas zonas del planeta (China, la India, Pakistán, el Norte de África, y América Latina); segundo, los flujos de información a nivel global debido a la expansión de grandes cadenas de comunicación, tendencia que va paralela y en relación al asombroso desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación (NTIC); Todos estos hechos han evidenciado, visibilizado, y potenciado el pluralismo cultural como condición constante de la sociedad humana; y además han desencadenado la reflexión y lucha social de diversos movimientos sociales (de inmigrantes, de naciones sin Estado, de género, de generación, ecologistas), por lograr la cristalización del derecho a la comunicación y cultura como requisito *si ne qua non* para inclusión social en todo el complejo de derechos civiles, políticos y sociales, que forman parte de la escalera o edificio de la ciudadanía (Marcelo Bonilla y Gilles Cliche, 2001: 603–608), tema al que volvemos en la conclusión del presente trabajo.

En cuanto a la pluriculturalidad que se origina en el actual proceso de los flujos migratorios, Marshall y Bottomore tampoco alcanzaron a contemplar el actual fenómeno de reconstrucción de los mecanismos de exclusión del Estado –

Nación, mediado por acuerdos en el marco de la actual Unión Europea, a través de los cuales se han establecido normas migratorias que criminalizan a los inmigrantes, a través de creación de dos categorías, la de los inmigrantes regulares e irregulares, o sin documentación. Este proceso ha ido en paralelo con el desarrollo de normas y un sistema de carácter punitivo, de castigo especializado, que se ejecuta a través del encierro de los denominados “sin papeles” en centros de internamiento. Por lo tanto, el actual sistema jurídico y político europeo por el momento, niega la posibilidad de una apropiada inclusión de los inmigrantes en el nuevo edificio de la ciudadanía europea<sup>15</sup>.

Finalmente, debo recalcar el papel de gran importancia del movimiento social y político que a partir de 1948 intenta impulsar y generalizar un sistema y una cultura de los “Derechos Humanos”, que si bien Bottomore lo menciona en su estudio, no lo profundiza. Debo recordar, que La “Declaración Universal de Derechos Humanos”, fue la consecuencia y respuesta clara antes los grandes atropellos y crímenes contra la humanidad que en nombre del Estado y la Nación se cometieron en Europa, y que dieron como resultado dos guerras mundiales caracterizadas por grandes desplazamientos forzados, genocidios, la negación de los derechos de quienes eran considerados inmigrantes o extranjeros. Sin embargo, esta declaración durante mucho tiempo solo ha tenido efectos de tipo moral, pues ha chocado con la estructura y orden del Estado-Nación; mientras la Declaración propone una extensión universal de derechos civiles, políticos y sociales; la lógica del Estado-Nación únicamente reconoce la universalidad de tales derechos a su interior, en relación a un principio de pertenencia monocultural.

<sup>15</sup> Como producto de las nuevas políticas exteriores generadas a partir de la conformación de la Unión Europea, fue aprobado el 22 de diciembre del año 2000 el nuevo régimen de extranjería en España que entró en vigencia el 23 de enero del año 2001, el mismo que imposibilita y obstaculiza seriamente el acceso del extranjero extracomunitario a derechos ciudadanos mínimos. Esta tendencia a la restricción de los derechos de los extranjeros extracomunitarios, se ha hecho extensiva a los demás países de la Unión Europea.



## La reforma de la estructura del Estado y la inclusión del otro

El actual contexto histórico político europeo, caracterizado por una intensificación de la realidad pluricultural debido a procesos de intenso flujo migratorio, la visualización de minorías nacionales y la emergencia de la Unión Europea como una entidad supra – estatal impele, a los movimientos sociales y a los pensadores políticos, a plantear alternativas y reformas a la estructura y conceptos relativos a la sociedad política, en base al análisis detenido de toda una experiencia histórica de los pueblos europeos en cuanto a las consecuencias funestas del endiosamiento de los mecanismos exclusión nacional y ciudadana .

Los pueblos europeos, a saber, han aprendido en las catástrofes de dos guerras mundiales que tienen que superar aquellas mentalidades en las que se enraizan los mecanismos nacionalistas de exclusión. ¿Por qué razón no debería crecer de ahí la conciencia de una pertenencia político-cultural común – aunque sea del amplio trasfondo de tradiciones compartidas que han alcanzado significación en la historia universal, así como sobre la base de un plexo de intereses y una densidad comunicativa surgida a lo largo de décadas de Comunidad Económica Europea? (Jürgen Habermas, 1999: 133).

Así, pensadores como Habermas, reflexionan el contexto histórico de conformación de la Unión Europea como una oportunidad para repensar a la sociedad, y revisar la vigencia de los conceptos de Estado-Nación y ciudadanía. De la cita transcrita se deduce que el mencionado filósofo propone un nuevo sistema de cohesión social para la naciente Unión Europea. Este nuevo sistema de cohesión estaría formado por una nueva cultura política, que remplazaría al antiguo sistema de pertenencia a una nación dominante. En mi opinión, la propuesta en cuestión es válida y constructiva, sería importante dejar en claro, como objetivo final, la necesidad de terminar con la fusión conceptual que ha originado los seculares fenómenos de exclusión social y ciudadana en Occidente y el mundo contemporáneo, y separar de forma radical las instituciones, nociones, de Estado y Nación.

Es decir, es necesario que el desarrollo de esa nueva cultura política, este impregnado de valores lo más universales posibles. Según Habermas este nuevo principio cohesionador estaría garantizado por un sistema o procedimiento democrático consensuado, que a su vez aseguraría la plena inclusión social.

...su quid consiste ciertamente en que el proceso democrático asume a la vez el papel de garantía en caso del fallo del sistema en aquello que hace referencia a la

integración de una sociedad cada vez más diferenciada (1999: 133).

Entiendo por procedimiento democrático el conjunto de principios, normas de acción y comunicación que regulan la participación ciudadana, entendida como el vínculo del individuo, los grupos, pueblos y naciones con el Estado al cual está adscritos no en razón de pertenencia étnica o cultural, sino en razón de vivir, participar y deliberar en una sociedad<sup>16</sup>. Por lo tanto, de acuerdo a mi perspectiva, uno de los objetivos también sería deconstruir el actual concepto de ciudadanía, separándolo de el de nacionalidad, con el objetivo de dejar sin vigencia los diversos mecanismos de exclusión étnica que se han desarrollado a través de la aplicación preferente de los principios del ius sanguinis (vínculos a través de la sangre) o el ius solis (vínculos por nacimiento), en el Estado – Nación occidental

Según Habermas, este nuevo sistema podría énfasis en la realización de los derechos civiles, políticos y sociales, es decir en la soberanía interna, a través de un procedimiento democrático que permitiría una óptima inclusión social; en tanto que la soberanía externa pasaría a un segundo orden, al contrario de lo que sucede en el Estado - Nación actual en el que la delimitación de la fronteras externas, marcan el desarrollo de las políticas policiales y militares como actos de soberanía.

Si autodeterminación democrática quiere decir participación simétrica de ciudadanos libres e iguales en el proceso de decisión y de legislación, con la democracia el tipo y el ejercicio de la soberanía interna se modifican en primera línea...Si por el contrario autodeterminación democrática significa autoafirmación y autorrealización colectivas de miembros homogéneos o simpatizantes de una comunidad, el aspecto de la soberanía externa se desplaza hasta el primer plano (1999: 133).

Dentro de este nuevo modelo político, el ejercicio de la participación ciudadana, se establecería a través de redes de comunicación. Así la cohesión o integración social no tendría su fundamento en una identidad o "sustrato de un pueblo europeo", sino el debate y consenso ciudadano sobre la base de unos principios y procesos de una cultura política común; para lo cual será necesario la constitución de una red comunicativa y espacio público en los que tengan protagonismo "organizaciones no estatales, iniciativas y movimientos ciudadanos", y "los partidos europeos" (1999: 134-135)..

Desde el otro lado del Atlántico, Will Kymlicka, politólogo canadiense elabora otra propuesta de reforma política a

16 El concepto expuesto lo deduzco de la reflexión que hace Habermas sobre la necesidad de que la soberanía de la autoridad en nuevo tipo de organización política de tipo republicano debería asentarse sobre la base de un proceso deliberativo o comunicacional y no sobre el modelo liberal del contrato social, de acuerdo al cual se concibe al individuo como un átomo aislado: La crítica justificada a esta variante del derechos natural pasa por alto, no obstante, la comprensión intersubjetivista de la soberanía popular como procedimiento con la que el republicanismo tiene, sin lugar a dudas, la mayor afinidad. Según esta interpretación en lugar del modelo, inspirado por el derecho privado, de contrato entre participantes en el mercado, tenemos la práctica de la deliberación de participantes en la comunicación que desean tomar decisiones racionalmente motivadas (1999: 117).



partir de la experiencia política y legislativa canadiense de armonizar derechos individuales de carácter universal con los derechos colectivos de la minorías nacionales (francesa e indígena) de este país norteamericano. El citado autor cita un fragmento de un texto gubernamental de su país para explicar este equilibrio entre los dos diversos tipos de derechos.

En la experiencia canadiense, no ha bastado con proteger únicamente los derechos individuales. Aquí, la Constitución y las leyes ordinarias protegen también otros derechos, que se conceden a los individuos en su calidad de miembros de determinadas comunidades. La acomodación de ambos tipos hace que nuestra Constitución sea única y refleja el valor canadiense de igualdad como forma de acomodar la diferencia. Que los derechos comunitarios coexistan con los derechos individuales es la verdadera esencia del Canadá (Gobierno de Canadá, 1991a: 3).

De acuerdo a esta perspectiva, Kymlicka defiende la tesis de que la defensa de los derechos de la minorías nacionales o de inmigrantes no es contradictoria con los principios universales de libertad, igualdad y justicia, pues los nuevos derechos colectivos construidos en función de grupos específicos funcionan como mecanismos de inclusión cultural y social, y su efecto último es producir la igualdad social.

El autor explica cómo estos nuevos elementos normativos responden a una realidad que las corrientes hegemónicas del liberalismo no dieron valor alguno, la de la pluriculturalidad. En este sentido, Kymlicka recuerda que tanto en lo que respecta a las naciones europeas, como a las americanas, el orden político liberal se construyó sobre la existencia de realidades pluriculturales, tanto por la existencia de naciones y pueblos que habitan previamente sobre sus actuales dominios como por la realidad de los flujos migratorios, relevantes en los actuales momentos. (Kymlicka, 1999:77-109). En este contexto, el objetivo de los derechos construidos en función de grupos específicos es romper con la asimetría y desigualdad originada en la aplicación general de un derecho que no toma en cuenta condiciones de vida específicas (nacionalidades minoritarias e inmigrantes principalmente) (Kymlicka, 1999:77-109).

Existen muchos pensadores liberales que ven un peligro en la aplicación de estos derechos bajo el argumento de que son incompatibles con las libertades individuales, y de que algunos grupos pueden utilizarlos para restringir las libertades de sus integrantes; es decir, como mecanismos para el control del disenso interno. Al respecto, el autor canadiense aclara que es necesario diferenciar entre dos tipos de derechos en función de grupos específicos: los que constituyen protecciones externas, y los que constituyen protecciones internas. Las protecciones externas están dirigidas a solventar situaciones de desigualdad entre la

cultura mayoritaria dominante y las culturas minoritarias, mientras las protecciones internas están dirigidas a dotar a las minorías de nuevas formas control interno. Kymlicka explica que la políticas liberales deberían poner énfasis en la políticas externas que no entran en contradicción con los derechos individuales (Kymlicka, 1999:57-76). Estas protecciones externas según el citado autor pueden ser de tres tipos:

- Derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad que hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afectan globalmente.
- Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobre estimada por la mayoría en decisiones de particular importancia para su cultura.
- Los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas que no podrían estar apoyadas mediante el mercado (por ejemplo, subvencionando programas que fomenten las lenguas y las artes de los grupos)...(Kymlicka, 1999:61)<sup>17</sup>.

Como podemos observar, mientras la propuesta de Kymlicka se asienta sobre una interpretación abierta del liberalismo, a partir de armonizar los principios universales de igualdad, justicia, libertad con los nuevos derechos colectivos en función de grupo, la propuesta de Habermas se asienta sobre una crítica de los elementos constitutivos del estado liberal hegemónico, la fusión de las entidades y conceptos de Nación y Estado, y la necesidad de elaborar nuevos mecanismos de cohesión social. Lo común de estas dos propuestas es que su objetivo es lograr una óptima inclusión del otro en el edificio de la ciudadanía. Sin embargo, tengo que precisar que la diferencia fundamental entre las dos propuestas radica en que mientras Habermas plantea una transformación de carácter estructural y conceptual en la institución del Estado, Kymlicka plantea un camino de reformas creativas a partir de una profundización y reinterpretación los principios liberales. En todo caso, estas dos propuestas ofrecen una posibilidad de armonizar los órdenes jurídico-políticos del nuevo modelo estatal que plantean, con el de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que lastimosamente, aún habita en una dimensión teórica, con un mínimo nivel de aplicación a la realidad.

En la siguiente y última parte mi trabajo intentaré reflexionar sobre las condiciones comunicacionales necesarias para implementar los cambios estructurales como los que propone Habermas para Europa, y las de carácter liberal propuestas por Kymlicka en base a la experiencia canadiense.



## Conclusión

...solo una salida deliberativa que construya un espacio público en que los derechos ciudadanos sean igualitarios para los distintos miembros de la comunidad política (es decir, donde la palabra de cada actor tenga el mismo valor y el otro sea considerado como igual), permitirá un intercambio libre, propositivo, en el que se dé un ejercicio pleno de la ciudadanía por parte de los distintos actores (PNUD; Informe de Desarrollo Humano - Bolivia, 2002:203).

Esta definición induce a pensar en la necesidad de construir una dimensión comunicacional en ese edificio descrito por Marshall de la "Ciudadanía", que permita una profunda inclusión social de las minorías en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales. Esta dimensión es la condición y contexto, donde se pueden producir las reformas necesarias impulsadas por los movimientos sociales (feministas, de inmigrantes, minorías nacionales, jóvenes, etc.). En esa medida, el conseguir la concreción un derecho a comunicación y cultura debe constituir una de las prioridades de dichas organizaciones.

Como ya he remarcado a lo largo de la reflexión sobre la ciudadanía como mecanismo de exclusión e inclusión, la actual estructura del Estado-Nación imperante, lleva consigo codificada la fusión de dos tipos de procesos y conceptos, El Estado y la Nación, la Nacionalidad y la Ciudadanía. Esta codificación y fusión, que ha originado una lógica de tipo monocultural, no permite una apropiada integración de los grupos minoritarios de inmigrantes, cada vez más numerosos en las sociedades industrializadas; ni ha permitido relaciones de carácter igualitario entre las diferentes culturas que han habitado los territorios de los Estados modernos.

En este sentido, el estudio que he presentado esta dirigido a subrayar la dimensión que Marshall no había tomado en cuenta en su revisión del proceso de construcción de la ciudadanía en Occidente: la cultural y comunicacional. Por lo tanto, la ciudadanía no sólo constituye una estructura de tipo jurídico que contiene principios civiles, políticos y sociales, también constituye un mecanismo cultural, de cohesión social, que regula los procesos de exclusión e inclusión. Si los movimientos sociales quieren potenciar su poder inclusivo, como Habermas y Kymlicka nos sugieren, es necesario reconstruir o reformar sus mecanismos culturales de exclusión, es decir su lógica de pertenencia monocultural.

Pero, además de estas reformas en la estructura política y su núcleo que constituye la ciudadanía, un objetivo estratégico debe ser el lograr consolidar la dimensión de un derecho y una cultura comunicacional que permita intercambios igualitarios y horizontales entre grupos e individuos. En este sentido, comparto con Carlos Camacho Azurdry la idea de que es necesario extender los derechos civiles de libertad de expresión y pensamiento, que se consolidaron en el siglo XVIII a través de la libertad de prensa, y se universalizaron a todos las personas través del artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos (Carlos Camacho, 2004:5), para que también se incluyan en él los derechos culturales de grupos minoritarios.

En esta línea la definición derechos a la comunicación que propone Cees J. Hamelink (2002) citada por Camacho (2004:5) es pertinente en cuanto englobaría: 1) los derechos de información: libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión, de acceso a la información, y los medios públicos, 2) derechos culturales de los pueblos: a promover,

preservar, participar de su vida cultural y de la diversidad cultural, a proteger su patrimonio y propiedad cultural – lingüística, a la educación y establecer sus propios medios de comunicación, 3) derechos de protección: a la intimidad y privacidad, frente a formas de comunicación discriminatorias en términos de color, raza, religión u origen social, a ser protegido frente a información distorsionada, derecho a la independencia profesional de los empleados de agencias y medios de comunicación; 4) Derechos colectivos: el derecho de las comunidades de acceso a la comunicación pública, al desarrollo de infraestructuras comunicacionales, a la distribución igualitaria del conocimiento y habilidades, el derecho colectivo a reproducir y mantener su sistema de conocimientos ancestrales, a que estos sean protegidos de la apropiación por parte de las industrias del conocimiento. 5) Derechos de participación: en los procesos de comunicación pública, en la toma de decisiones relativas a los procesos de producción y distribución de la cultura y conocimiento, al desarrollo y aplicación de la nuevas tecnologías de información y comunicación.

Finalmente, dado por sentado la realidad y morfología pluricultural de la sociedad, creo que se presenta el imperativo para los movimientos sociales no sólo de impulsar las reformas jurídicas-estructurales esbozadas, sino principalmente, la construcción de una nueva cultura de participación ciudadana formada por un sistema de hábitos<sup>18</sup> que permitan una comunicación de tipo intercultural, caracterizada por intercambios y procesos participativos de tipo igualitario.

Las relaciones sociales son relaciones de poder, por ello en la comunicación también se manifiestan estas relaciones de poder. Los interlocutores no siempre están en un plano de igualdad. Tampoco siempre se trata de un desequilibrio amenazante, sino que actúa de manera implícita, por ejemplo, estableciéndose quien es el forastero en la interacción.

Por todo esto, a la hora de iniciar una comunicación intercultural deber realizarse dentro de la mayor igualdad que sea posible. Esto no significa ignorar la existencia de posiciones de poder distintas entre los interlocutores. Se trata de reconocerlas e intentar reequilibrarlas en lo posible (Miquel Rodrigo Alsina, 1999:81).<sup>19</sup>

18 Aplico la definición de hábitos elaborada por Pierre Bourdieu: "estructura de tendencias y principios que guían la creación de prácticas y representaciones de una colectividad" (Bourdieu, 1991: 92).

19 Rodrigo Alsina citando a J. Etlull [1993. 497-499], explica que para que se de una situación de comunicación intercultural deberían darse las siguientes condiciones: 1) una situación de diferenciación entre grupos o pluriculturalidad (diversidad); 2) una comprensibilidad en los mensajes que se transmiten entre los grupos; 3) un reconocimiento recíproco entre los grupos, 4) una aceptación entre los grupos y 5) la no monopolización de los medios de comunicación (Miquel Rodrigo Alsina, 1999:80-81).

## Bibliografía

Baca Olamendi, Laura (2000) "Ciudadanía Multicultural". En: Laura Baca Olamendi, Judit Bokser Liwerant, Fernando Castañeda y otros (comps.): *Léxico de la Política*. México D.F.: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. pp:54-57.

Bobes, Velia Cecilia (2000) "Ciudadanía". En: Laura Baca Olamendi, Judit Bokser Liwerant, Fernando Castañeda y otros (comps.): *Léxico de la Política*. México D.F.: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. pp: 50-53.

Bonilla Urbina Marcelo, Gilles Cliche (2001), "Conclusión general: hacia la sinergia entre la investigación del impacto social de las TIC y la acción política para la construcción de un desarrollo equitativo". En Marcelo Bonilla, Gilles Cliche (eds.): *Internet y sociedad en América Latina y el Caribe, investigaciones para sustentar el diálogo*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede – Ecuador.

Bourdieu, Pierre (1991) "El Sentido Práctico". Madrid: Taurus Ediciones.

Cabanellas, Guillermo (1998) "Diccionario enciclopédico de Derecho Usual". Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Camacho Azurduy, Carlos A. (05/2004) "El derecho a la información como práctica de formación y desarrollo de la ciudadanía comunicativa", en:

[http://www.iigov.org/documentos/?p=4\\_00125](http://www.iigov.org/documentos/?p=4_00125)

Del Búfalo, Enzo (2001) "El problema del poder en Foucault". *Revista Latinoamericana de Estudios Avanzados*, 13: 57 - 79, Caracas: Centro de Investigaciones Postdoctorales de la Universidad Central de Venezuela.

Elias, Norbert (1987) "El proceso de Civilización". Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Foucault Michel (1963). "Naissance de la Clinique". París: Presses Universitaires de France.

Foucault Michel (1972). "Histoire de la folie, à la' âge classique". París: Éditions Gallimard.

Foucault Michel (1975). "Surveiller et punir". París: Gallimard.

González Sthepan, Beatriz (1996). "Economías Fundacionales: diseño del cuerpo ciudadano". En Beatriz González Sthepan (comp.): *Cultura y Tercer Mundo, 2. Nuevas Identidades y Ciudadanías*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.

Habermas Jürgen (1999), "La inclusión del otro". Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

Habermas Jürgen (1991), "Ciudadanía Política i Identitat Nacional". Barcelona: Publicaciones de la Universitat de Barcelona.

Kymlicka Will (1996), "Ciudadanía Multicultural". Ediciones Paidós Ibérica: 2002.

Marshall, T.H. (1965) "Class, Citizenship and Social Development". Nueva York: Anchor Books, Doubleday & Co.

Marshall, T.H. y Bottomore Tom (1992), "Ciudadanía y Clase Social". Madrid: Alianza Editorial.

Rodrigo Alsina, Miquel (1999), "Comunicación Intercultural", Barcelona: Anthropos Editorial.

### Documentos y textos oficiales

Declaración de Derechos Humanos de 1948, Precedida de un estudio sobre sus antecedentes, sus principios y su inserción en el mundo contemporáneo por el profesor Cristóbal R. Garro (1985). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Informe de Desarrollo Humano 2002, Bolivia: PNUD.

Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. En: [www.imsersomigraciones.upco.es](http://www.imsersomigraciones.upco.es)

Ley Orgánica 8/2000. En: [www.imsersomigraciones.upco.es](http://www.imsersomigraciones.upco.es)