



CRÍTICA Y DERECHO

REVISTA JURÍDICA

e-ISSN 2737-6281
p-ISSN 2737-629X

"Análisis jurídico a los
derechos en contexto"

Posgrado Facultad de
Jurisprudencia

Vol. 2 (2)
julio-diciembre
2020



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
POSGRADO

Crítica y Derecho
Revista Jurídica

VOLUMEN 2 - NÚMERO 2

www.uce.edu.ec
www.uce.edu.ec/web/fjcps
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec



Autoridades

Dr. Fernando Sempertegui Ontaneda, Ph.D.
RECTOR

Dra. María Augusta Espín, Ph.D.
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Dra. María Mercedes Gavilánez, Ph.D.
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Eco. Marco Posso, M.Sc.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Patricio Sánchez Padilla, M.Sc.
DECANO

Dr. Ramiro García Falconí, M.Sc.
SUBDECANO

Dra. Brenda Viviana Guerreo Vela, M.Sc.
DIRECTORA DEL POSGRADO

**Universidad
Central del
Ecuador**

**Facultad de
Jurisprudencia
Universidad
Central del**



Crítica y Derecho

Revista Jurídica Semestral

Diciembre 2020
Volumen 2, Número 2
e-ISSN 2737-6281
p-ISSN 2737-629X

EDITOR

Marcelo Remigio Castillo Bustos, PhD.

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Brenda Guerrero, MSc.
Universidad Central del Ecuador

Dr. iur. Diego José Moreno Cruz, Ph.D.
Universidad Externado de Colombia

Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo
Universidad de Barcelona

Dr. Juan Montaña Pinto, Ph.D.
Universidad Central del Ecuador

Dr. Antonio de Cabo de la Vega
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Viviane Monteiro Santana
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Dr. Vicente Valiente Iváñez
Universidad de Barcelona

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Consejo de Posgrado
Ciudadela Universitaria Av. América
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec

Quito – Ecuador





Crítica y Derecho

Revista Jurídica Semestral

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Editorial

Editor

Marcelo Remigio Castillo Bustos

<https://orcid.org/0000-0002-2615-7482>

Universidad Central del Ecuador. Quito-Ecuador

El derecho como un conjunto de principios y normas orientados a regular las relaciones humanas en la sociedad, está inspirado en ideales de orden, justicia y libertad. De ahí que, la observancia del derecho es coactiva por parte del poder público y determinante en la toma de decisiones inherentes a la convivencia. Si bien, el derecho como conjunto de principios y normas jurídicas se configura en el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que, emerge como una ciencia con profundas connotaciones en el desarrollo histórico de la sociedad.

Si bien, hasta la actualidad, no existe una definición consensuada de Derecho, no es menos cierto que, al ser este, un estudio de la filosofía del derecho y de la teoría del derecho, se ha instituido como una ciencia y un arte a la vez; ciencia, debido a que tiene un objeto de estudio propio, como es la interpretación, integración y sistematización del ordenamiento jurídico para su justa aplicación en favor de la sociedad, y; arte, puesto que emerge como una manera particular de analizar la realidad y los derechos humanos como pilares esenciales de la construcción de una vida plena, en reconocimiento, valoración y respeto de la identidad, autonomía y capacidad transformadora del sujeto.

Desde una perspectiva filosófica, el Derecho está dado por las relaciones existentes entre la vida humana, los valores y las normas jurídicas, de ahí que, como un sistema, está directamente relacionado con los otros sistemas de conocimiento y en conjunto con estos, conlleva al desarrollo y la transformación sociocultural. Se destaca que, el derecho más allá de ser un cúmulo de ciegas obligaciones, se instituye como la síntesis de los acuerdos establecidos entre seres humanos. Por tanto, en contraposición del incremento indiscriminado de normas, es indispensable elevar la consciencia humana en función del respeto a sí mismo, a los demás y a todo lo que existe en el universo. Es decir, el derecho realizado en los derechos. Lo cual, se enriquece permanentemente a través de la investigación.

Cuando Mahatma Gandhi decía: *cuida tus pensamientos, porque se convertirán en tus palabras. Cuida tus palabras, porque se convertirán en tus actos. Cuida tus actos, porque se convertirán en tus hábitos. Cuida tus hábitos,*

porque se convertirán en tu destino, invocaba al carácter consciente del ser humano en todas sus posibilidades. Lo cual, es base fundamental para lo que será capaz de pensar, sentir y actuar en un contexto dado. Ello concuerda con el pensamiento de Mary Wollstonecraft, pues, ella, señalaba que *es justicia y no caridad lo que necesita el mundo*, lo cual, ratifica que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas debe propender a la revelación de limitaciones e insuficiencias en las maneras de concebir y aplicar los acuerdos jurídicos como mecanismo que permite plantear alternativas de solución en beneficio de la sociedad en su más amplia significación y sentido.

Rudolf von Ihering, importante e influyente pensador de la doctrina jurídica decía: *el Derecho posee y defiende el ser humano su condición moral de existencia, sin el Derecho desciende al nivel del animal. El pueblo que no lucha por su Derecho, no merece tenerlo*. Ello revela una vez más que, el derecho no es absoluto en contexto ni tiempo alguno, por lo que requiere ser estudiado con exigencia y dedicación para promover las necesarias transformaciones en función del desarrollo sociocultural individual y colectivo que, en función de los cambios permanentes que experimenta el universo, alcanza nuevos estadios de realización.

El volumen 2, número 2 de la Revista Jurídica Crítica y Derecho bajo el título: Análisis jurídico de los derechos, acoge trabajos de diferentes autores que han hecho de su quehacer jurídico un espacio de fértil investigación científica. Como decía Eleanor Roosevelt, *no dejes de pensar en la vida como una aventura. No tienen ninguna seguridad de al menos que puedas vivir con valentía, emoción, imaginación; al menos que puedas elegir un desafío*; los autores de manera intrépida se internalizan en las ciencias jurídicas para revelar aportes con importantes connotaciones en el quehacer jurídico a nivel local, regional y universal. Ello es una muestra más, de la persistente investigación científica en las Ciencias Jurídicas, en pro de la sociedad.

José Terán, con su trabajo denominado: *Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador*, analiza los aspectos centrales de las medidas cautelares constitucionales, como mecanismos que favorecen el acceso de las personas a la justicia y a una tutela judicial efectiva de sus derechos. Este es un estudio cualitativo centrado en la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El autor, parte del análisis crítico-reflexivo en torno al funcionamiento del procedimiento cautelar constitucional, recurre a un fichaje bibliográfico para determinar los principales documentos doctrinales y legales, y, demuestra que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce las medidas cautelares constitucionales. Sin embargo, revela que estas, poseen una connotación diferente a la cautela ordinaria, por la naturaleza del derecho que protegen.

Rodrigo Albuja, bajo el título: *El Derecho Indígena, su compatibilidad con los Derechos Fundamentales y su aplicabilidad en el sistema jurídico nacional*, analiza al derecho indígena como derecho fundamental reconocido por la Constitución de la República del Ecuador y por tratados internacionales. El autor, estudia la doctrina relacionada con este derecho, analizó la normativa legal desde el marco jurídico vigente en función de la realidad que viven las personas amparadas por el derecho indígena y el desapego de la ejecución de los preceptos constitucionales hacia este ordenamiento jurídico, y destaca la vulneración a los referidos derechos, en las sentencias emitidas por la Corte

Constitucional del año 2014 en adelante. De ahí que, remarca que la garantía de la aplicabilidad y efectividad del derecho indígena es una responsabilidad de las instituciones del derecho, de la academia y de la sociedad en su conjunto.

Jorge Pérez, con su trabajo denominado: *La protección y garantía constitucional para el deporte ecuatoriano*, reconoce que esta protección y garantía surge como una exigibilidad, misma que emerge como la facultad de reclamar por diferentes mecanismos el cumplimiento de los derechos. Para el autor, el deporte es un derecho humano que se encuentra en la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que, es necesario para el desarrollo, la salud y el bienestar individual y colectivo. Este trabajo destaca que es necesario estimular la práctica de experiencias deportivas auténticas, en las que, los deportistas indistintamente de su condición tienen las mismas oportunidades en las diferentes disciplinas deportivas. El trabajo destaca también, que la práctica deportiva es un factor influyente en el desarrollo físico e intelectual desde una cosmovisión centrada en el desarrollo de valores y exhorta a que la educación física a nivel de formación en deporte y recreación motive y oriente la reflexión crítica, el trabajo productivo y la comunicación.

Jefferson Quezada, con la investigación: *Factores incidentales de conducta de los agentes de seguridad penitenciaria en el contexto de su trabajo*, describe los factores incidentales de la conducta de estos funcionarios públicos. El estudio destaca que las relaciones e interrelaciones de los agentes de seguridad penitenciaria con las personas privadas de la libertad, se evidencian en diversos modos de comportarse como consecuencia de las condiciones socio laborales. La recolección de información se realizó mediante entrevistas en profundidad. Los datos revelan que los agentes de seguridad penitenciaria investigados mantienen un adecuado control emocional dentro y fuera de su lugar de trabajo. No obstante, se sienten preocupados por su seguridad e incluso por la seguridad de sus familias, y; evidencian cambios significativos en su comportamiento. Concluye que, debido a las actividades rutinarias, las limitaciones inherentes a la seguridad y las exigencias laborales, los investigados sufren afectaciones socioemocionales considerables.

Ana Romero, Franklin Ponce y Alexander Lárez; son autores del trabajo titulado: *Enseñanza de un curso de metodología de la investigación jurídica en entornos virtuales*, y; señalan que la incorporación de la metodología de la investigación jurídica como parte de las asignaturas de las carreras de derecho en Ecuador, refuerza el perfil del egresado y le ofrece herramientas para desempeñar diferentes roles dentro de la profesión. Según los autores, en la actualidad, la dinámica formativa ha ido cambiando. De ahí que, teniendo como objetivo analizar el uso de las herramientas de aprendizaje aplicadas en el entorno virtual de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica, en el programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo, realizan este estudio descriptivo-documental. Los resultados de la investigación demuestran que la enseñanza en modalidad virtual fue adecuada con respecto a los materiales empleados, la comunicación con el docente y los compañeros, el uso de los medios de comunicación interactivos, el empleo del EVA, la plataforma TEAMS y la calidad formativa del curso. Por lo que, concluyen que, según los investigados, la formación les pareció estimulante y les permitió adquirir nuevo conocimiento tanto sobre la asignatura, así como, de los recursos tecnológicos.

Guillermo Torres, con la obra: *La falsedad material y la falsedad ideológica documental en el Código Orgánico Integral Penal*, realiza un análisis al Código Orgánico Integral Penal en torno a la falsedad material e ideológica como tipo penal, tomando en cuenta que se trata de una de las normas más importantes del cuerpo jurídico en Ecuador. Se trata de una investigación descriptiva, cuyos resultados demuestran que existe una restricción en cuanto a la precisión sobre los delitos de falsedad, ya que se abordan de manera general, sin considerar las particularidades ideológicas y materiales del tipo penal. El trabajo concluye que, siguiendo los procedimientos jurídicos y administrativos correspondientes, debe realizarse una reforma normativa que conceptualizarse y caracterice a la falsedad como un tipo penal en función de las exigencias contextuales, para evitar subjetividades en su análisis, interpretación y aplicación.

Los trabajos investigativos presentados en esta publicación constituyen importantes aportaciones al conocimiento en el campo de las Ciencias Jurídicas. Por tanto, se agradece a los autores por su dedicación y entrega en todas las etapas investigativas y se motiva a los lectores a continuar visitando nuestro medio de difusión del conocimiento científico, puesto que, la Revista Jurídica Crítica y Derecho está al servicio de la sociedad, en términos de equidad y justicia.

Quito, D. M. enero, 01 de 2021

INDICE	Págs.
Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador José Luis Terán Suárez	1
El Derecho Indígena, su Compatibilidad con los Derechos Fundamentales y su Aplicabilidad en el Sistema Jurídico Nacional Rodrigo Alejandro Albuja Quintana	14
La protección y garantía constitucional para el deporte ecuatoriano Jorge Washington Pérez Valverde	24
Factores incidentales de conducta de los Agentes de Seguridad Penitenciaria en el contexto de su trabajo Jefferson Adrián Quezada López	40
Enseñanza de un curso de metodología de la investigación jurídica en entornos virtuales Ana Julia Romero González Franklin Alcides Ponce Montoya Alexander Ramón Lárez Lárez	50
La falsedad material y la falsedad ideológica documental en el Código Orgánico Integral Penal Guillermo Paúl Torres Caivinagua	61





Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis jurídico a los derechos en contexto

Las medidas cautelares constitucionales en Ecuador

Precautionary constitutional measures in Ecuador

Román José Luis Terán Suárez

Doctor en Derecho (Ph.D)

Profesor en la Facultad de Jurisprudencia. Universidad Central del Ecuador. Ecuador.

Email: jostersua@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7020-8857>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2786>

Recibido: 2019-06-15 / Revisado: 2020-11-01 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



Crítica y Derecho: Revista Jurídica. Vol. 2(2), (enero-junio, 2021). pp. 1-13.

RESUMEN

Este trabajo analiza los aspectos centrales de las medidas cautelares constitucionales en Ecuador, como mecanismos que favorecen el acceso de las personas a la justicia y a una tutela judicial efectiva de sus derechos. El estudio se centra en el período 2008-2020, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. A partir de este fundamento, el objetivo es realizar un análisis crítico-reflexivo en torno al funcionamiento del procedimiento cautelar constitucional en Ecuador a partir de las reglas que ofrecen las leyes antes referidas. Para ello, se empleó una cualitativa, en el que la revisión bibliográfica – documental fue el principal método. Se aplicó un fichaje bibliográfico, que permitió determinar los principales documentos doctrinales y legales. A partir de ello, se demuestra el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce las medidas cautelares constitucionales, las que poseen una connotación diferente a la cautela ordinaria, por la naturaleza del derecho que protegen. No se profundiza en casos concretos, por lo que es meritorio continuar su tratamiento por los jueces constitucionales.

Palabras clave: garantías constitucionales, garantías jurisdiccionales, medidas cautelares, medidas cautelares constitucionales.

ABSTRACT

This paper analyzes the central aspects of constitutional precautionary measures in Ecuador, as mechanisms that favor people's access to justice and effective judicial protection of their rights. The study focuses on the period 2008-2002, validity of the Constitution of the Republic of Ecuador and the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, which aims to regulate the constitutional jurisdiction, in order to jurisdictionally guarantee the rights recognized in the Constitution and in international human rights instruments. From this foundation, the central objective is to perform a critical-reflexive analysis about the operation of the constitutional precautionary procedure in the country, based on the rules offered by the aforementioned laws. For this, a methodology focused on the qualitative approach has been used, in which the bibliographic - documentary review has been the main method used. This has been done with the use of instruments such as bibliographic signing, which has allowed to determine the main doctrinal and legal documents that have allowed us to meet the identified objective. From this, it has been demonstrated that, in effect, the Ecuadorian legal system recognizes constitutional precautionary measures, which have a connotation different from ordinary precaution, due to the nature of the law they protect. It is not deepened in specific cases, so it is worthwhile to continue deepening their treatment by constitutional judges.

Keywords: constitutional warranties, jurisdictional warranties, precautionary measures, constitutional precautionary measures.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares originalmente concebidas para la protección de bienes patrimoniales o para la conservación de la estructura del proceso, se justifican mayormente cuando el bien protegido son los derechos humanos garantizados en la

Constitución o en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Las garantías en sentido amplio son los medios de los que disponen los ciudadanos para hacer efectivos sus derechos constitucionales. Así, el término garantía, desde el punto de vista jurídico, está siempre vinculado con la idea de protección. Existen varias formas de garantizar los derechos fundamentales y para ello la Constitución de la República del Ecuador prevé tres tipos de garantías: normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

En lo que respecta a las garantías jurisdiccionales (acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección), éstas tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en tanto que, las medidas cautelares entendidas como una garantía constitucional más, tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. De esta forma, el fundamento de la tutela cautelar radica en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución, que se presenta como una garantía esencial de protección de derechos constitucionales, sin embargo, esta institución jurídica debe estar debidamente estructurada en el ordenamiento jurídico interno.

En el contexto señalado, uno de los principales factores de transformación del nuevo sistema constitucional ecuatoriano, es el contar con garantías que propendan a proteger y garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por eso es necesario analizar los aspectos fundamentales de las medidas cautelares constitucionales contenidas en el artículo 87 de la Constitución de la República desde la perspectiva de la protección de derechos humanos, esto es, como institución autónoma de protección preventiva de derechos humanos y/o constitucionales y, de esta manera, diferenciarlas de otro tipo de medidas cautelares que pueden ser adoptadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, así como evitar que durante la pendency de la litis se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

En este sentido, surgen las medidas cautelares constitucionales bajo dos presupuestos básicos de concesión: el peligro en la demora (*periculum in mora*) y la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*); y, por así reconocerlo expresamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (2009), también se debe considerar a la *adecuación* como un presupuesto de concesión de la medida cautelar, que está íntimamente ligada con la noción de proporcionalidad que deben tener las medidas cautelares.

En este sentido, este trabajo se plantea como objetivo realizar un análisis crítico del marco regulatorio del régimen cautelar en el sistema de justicia constitucional, desde la perspectiva de la LOGJCC, con sustento en elementos teóricos doctrinales que fundamentan dicha institución y de los propios fundamentos constitucionales de la tutela judicial efectiva, a los fines de realizar propuestas de solución que puedan ser tomadas en cuenta en función de corregir las falencias de que adolece el actual sistema.

Naturaleza de las medidas cautelares constitucionales

Las medidas cautelares constitucionales, que se rigen por los principios de provisionalidad o temporalidad, procedibilidad, urgencia, irreparabilidad del daño, ineficacia de la decisión e interés jurídico (Uribe, 2012), son instrumentos de

protección de los derechos constitucionales de las personas, y que para ello deberán ser adecuadas a la violación que pretenden prevenir o hacer cesar. Siguiendo la definición de Calamandrei (2017), la providencia cautelar es una medida de "(...) anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de esta" (p. 45). Por lo tanto, las medidas cautelares tienden a precautar la vigencia de una amenaza de daño o vulneración de derechos, y además generan mecanismos que impiden que un posible daño se convierta en un daño efectivo, permitiendo establecerlas como verdaderos mecanismos de protección de derechos constitucionales.

De esta manera, las medidas cautelares se encuentran configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Peligro en la demora (*Periculum in mora*); 2. Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*); y, 3. Adecuación, esto en conformidad con lo previsto en los artículos 27, 33 y 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En el primer caso, las medidas cautelares proceden cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo *inminente* y grave amenace con violar un derecho o viole un derecho. En el segundo caso, una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares y si verifica, por la sola descripción de los hechos, que se reúnen los requisitos previstos en la Ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares. En el tercer caso, las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener. De este modo:

(...) dada la naturaleza y el propósito de las medidas cautelares, en la práctica los jueces no han de requerir evidencia concluyente de que se encuentran presentes o concurren las circunstancias de inminencia o gravedad; no deben justificarse plenamente estas condiciones, basta con un cierto grado de verosimilitud de lo alegado, que existan aspectos que permitan presumir que la amenaza o violación existen (*fumus bonis iuris*), esto debido al peligro en la demora. (Villarreal, 2010, p. 84)

Entonces, las medidas cautelares constitucionales en cuanto protección preventiva de derechos humanos, son totalmente autónomas e informales, donde la regulación establece que todas las horas y días son hábiles, que la aplicación del derecho debe orientarse hacia el cumplimiento de las normas constitucionales, que para ordenarlas en nada impide que se actúe ante una petición verbal e incluso telefónica y que, en definitiva, serán las circunstancias específicas de cada acontecimiento las que marquen la pauta para que el juzgador actúe precautando el derecho; en tal virtud, la jueza o el juez debe limitarse solamente a verificar por la sola descripción de los hechos si se reúnen los requisitos para que operen o sean concedidas las medidas cautelares y de serlo deberá otorgarlas, caso contrario se estarían desnaturalizando las medidas cautelares. Por lo expuesto, se considera que la normativa constitucional y legal sobre medidas cautelares constitucionales debe aplicarse en sentido amplio y literal.

Ahora bien, para establecer las diferencias entre las medidas cautelares constitucionales y las otras medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es menester señalar que la doctrina, siguiendo básicamente la idea defendida por el ilustre procesalista Podetti (1969), las clasifica en: reales, personales, conservativas, innovativas, nominadas e innominadas. En el Ecuador, las medidas cautelares están contempladas principalmente en el ámbito civil, penal, propiedad intelectual y laboral.

En materia civil, las medidas cautelares tuvieron su antecedente legislativo en el Código de Procedimiento Civil (derogado) (2005), donde se desarrollaron bajo la

denominación de providencias preventivas, y en el juicio ejecutivo bajo la designación de medidas precautorias. Entre las medidas cautelares reales se reconocían, el secuestro de bienes muebles y en los frutos de los bienes inmuebles, la retención en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor y la prohibición de enajenar bienes; y, en cuanto a las medidas cautelares personales únicamente se encuentran la prohibición de ausentarse para los extranjeros. También está prevista la medida cautelar de inscripción de la demanda, que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles.

En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (2015), artículos 124, 126, 131 y 132, se establece que cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito; podrá, asimismo, solicitarse la enajenación de bienes inmuebles de la o del deudor. En cuanto a las medidas cautelares personales, se puede solicitar el arraigo.

En este escenario, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho en que las medidas cautelares están orientadas a garantizar la eficacia de los resultados del juicio, o la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, en el marco de los derechos humanos y fundamentales el propósito de las medidas cautelares constitucionales es preservar esos derechos de las personas, su función es proporcionar un remedio temporal a quien alega ser víctima de una violación de un derecho; es decir, se entiende que en el caso de las medidas cautelares, desde una concepción tradicional, el legislador las ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho; así, cumplen tal propósito el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar y demás medidas cautelares específicas y genéricas que el requeriente de la justicia tiene derecho a solicitar al órgano jurisdiccional y éste de brindar la adecuada tutela; y, al contrario, la función de las medidas cautelares aplicadas al ámbito de la protección de derechos constitucionales va más allá de la función propia del derecho tradicional, por cuanto, además de su carácter esencialmente preventivo, ellas protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida que buscan evitar daños irreparables.

Objeto de las medidas cautelares constitucionales

Las medidas cautelares, conforme lo establece el artículo 87 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El artículo 6 inciso segundo de la LOGJCC es más específico al determinar que "(...) las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho". En ese sentido, las medidas cautelares se podrán solicitar en cuatro circunstancias, cuyo objeto sería: 1. Evitar la amenaza; 2. Cesar la amenaza; 3. Evitar la violación; y, 4. Cesar la violación del derecho. Para Villarreal (2010):

La redacción de la Ley en este aspecto nos genera un poco de dudas. Consideramos que los supuestos tercero y cuarto, evitar y/o cesar la violación del derecho tiene sentido en cuanto objeto de las medidas cautelares, también lo tiene el supuesto segundo: cesar la amenaza del derecho, sin embargo, cuando se habla de evitar la amenaza como objeto de protección de la medida cautelar creemos que se trata de un supuesto incierto, difícilmente justificable". (p. 73)

En ese sentido, la amenaza es algo que debe existir en la realidad al momento de solicitar las medidas cautelares, por esto el supuesto de "cesar la amenaza" es correcto; mientras que, cuando se habla de "evitar la amenaza", se está ante un

supuesto incierto. Por eso, este autor sostiene que hay dos momentos en la violación o afectación del derecho: 1. El de la amenaza del derecho, en el que se evita, a través de la medida cautelar, que la violación se consuma; y, 2. El de la violación del derecho, en el que se interrumpe o cesa la violación a través de la medida. Sin embargo, al hablar de *evitar la amenaza* se entra en un supuesto poco objetivo, por lo que lo apropiado debió ser que las medidas cautelares tendrían por objeto *cesar la amenaza* –ya que la amenaza existe- y *evitar o cesar la violación del derecho*, o simplemente, como bien lo hace el artículo 6 de la LOGJCC, la finalidad de las medidas cautelares es “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”. Finalmente, cuando la violación del derecho ya tuvo lugar, el acto dañoso se ejecutó, por lo que la medida cautelar buscará suspender, cesar, interrumpir la violación del derecho.

En otras palabras, para entender la finalidad de las medidas cautelares constitucionales hay que tomar en cuenta el antes, durante y después de la violación del derecho. La medida cautelar debe operar siempre en el *antes* de la violación del derecho; la idea es prevenir que se provoque el daño grave a través de la violación del derecho. También las medidas cautelares se pueden solicitar *durante* la violación del derecho; la idea en este imaginario es frenar, detener la violación del derecho; de ahí que, al haberse producido la violación de un derecho se puede presentar la medida cautelar más la acción constitucional correspondiente. *Después* de la violación del derecho no caben las medidas cautelares, solo sería procedente la acción correspondiente verbigracia la acción de protección.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador (2015), ha dicho:

Las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurren tanto amenazas como vulneraciones o violaciones de los derechos constitucionales, sin embargo, los efectos en uno u otro caso son distintos. En el primer supuesto, es decir en caso de que concurren las amenazas, el objeto es prevenir una posible vulneración de los derechos, evitando que sucedan los hechos que se consideren atentatorios a derechos; en tanto que, en el segundo supuesto, es decir en el caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha transgresión. (p. 10)

Así, la medida cautelar cumple la función de suspender provisionalmente el acto presuntamente violatorio de derechos constitucionales, hasta que, vía sentencia, se declare o no dicha vulneración. Es decir, la medida cautelar, según se ha pronunciado la Corte Constitucional (2010), puede ser adoptada en primera providencia, cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no puedan esperar a la sentencia.

Según lo referido, las medidas cautelares constitucionales se han establecido como mecanismos para evitar la presunta vulneración de un derecho y los daños que ésta pueda causar. Éstas se adoptarán ante: 1) la existencia de una amenaza; y, 2) la existencia de una violación. Por lo tanto, las medidas cautelares constitucionales deben ser utilizadas dependiendo de la vulneración que se pretende evitar o detener y en observancia a los límites que el ordenamiento jurídico establece para cada una de ellas.

Características de las medidas cautelares constitucionales

Las medidas cautelares constitucionales tienen como características principales el ser provisionales, instrumentales, urgentes, necesarias e inmediatas (Carnelutti, 2018). La propia Corte Constitucional ecuatoriana (2013) se ha pronunciado en torno a estos elementos, determinado que son, provisionales, en el sentido de que tendrán vigencia el tiempo de duración de la posible vulneración; instrumentales, por cuanto establecen acciones tendientes a evitar o cesar una vulneración; urgentes, en razón de que la

gravedad o inminencia de un hecho requiere la adopción inmediata de una medida que disminuya o elimine sus efectos; necesarias, ya que las medidas cautelares que se apliquen a un caso concreto deberán ser adecuadas con la violación; e inmediatas, porque la jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.

Doctrinariamente también se han considerado como características de estas medidas, a más de las expuestas, la verosimilitud del daño y el peligro ocasionado, la no taxatividad, la flexibilidad y la adecuación. Respecto a la verosimilitud, las medidas cautelares serán concedidas cuando el juzgador evidencie el daño (Aguirrezabal, 2015). Ello se encuentra conteste con lo estipulado en la LOGJCC en su artículo 27 inciso segundo y ha sido considerado por la propia Corte Constitucional (2013).

En cuanto a la no taxatividad, Villarreal (2010) sostiene que "(...) la ley se limita únicamente a establecer algunos ejemplos de medidas cautelares constitucionales que servirán como pautas al juzgador" (p. 84). Con relación a la flexibilidad, Pérez (2005) y Marcheco (2017) considera que toda resolución cautelar es una decisión condicionada por las circunstancias en presencia de las cuales se acuerda –*rebus sic stantibus*- y por eso es modificable si las referidas circunstancias cambian. Respecto a la adecuación, Salazar (2013) las medidas cautelares deben ser adecuadas y pertinentes con el objeto a ser tutelado. Las medidas cautelares serán también relevantes. Debe entenderse a la relevancia en el sentido de la gravedad de los daños ocasionados.

Por estas características y por las condiciones que se reúnen al ser otorgadas, las medidas cautelares constitucionales son revocables, no alcanzan la categoría de cosa juzgada. Además, dado el carácter eminentemente preventivo, provisional y revocable, las medidas cautelares pueden ser modificadas o restablecidas, tomando como base las condiciones fácticas del momento de otorgamiento.

Tipos de medidas cautelares constitucionales

El artículo 87 de la Constitución de la República, establece que "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos (...)". Así pues, de la lectura de esta disposición constitucional y según lo ha planteado la propia Corte Constitucional (2014), se pueden distinguir dos tipos de medidas cautelares: la medida cautelar que se solicita conjuntamente en un proceso de garantías jurisdiccionales y la medida cautelar autónoma, es decir, aquella que se presenta independientemente de la existencia de un proceso. En esta línea, la propia Corte Constitucional, dictó la sentencia No. 034-13-SCN-CC, caso No. 0561-12-CN (2013), en la que se emitieron reglas jurisprudenciales vinculantes en referencia a la concesión de medidas cautelares, las cuales deben ser cumplidas obligatoriamente por los operadores de justicia, a fin de brindar una efectiva tutela judicial.

La regulación de medidas cautelares como institución autónoma de protección preventiva de derechos humanos y/o constitucionales es una novedad jurídica en el Ecuador y está inspirada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con las medidas cautelares dictadas por la Comisión y las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana. El trámite de concesión de medidas cautelares autónomas es totalmente informal, sencillo, se libera del formalismo jurídico que rigen las medidas cautelares en la concepción clásica. En cuanto a las medidas cautelares solicitadas juntamente con la garantía jurisdiccional, la jueza o juez podrá ordenarlas cuando declare la admisibilidad de la acción principal. Así las cosas, el constituyente otorgó la posibilidad constitucional de solicitar medidas

cautelares *conjunta* o *independientemente* de las acciones constitucionales de protección de derechos, sin distinción alguna.

Requisitos de procedencia de las medidas cautelares constitucionales

El juzgador debe considerar en su resolución que la garantía jurisdiccional de medidas cautelares no puede ser utilizada para generar intromisiones en la justicia ordinaria tal como lo han dispuesto la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas (2011) y la propia Corte Constitucional del Ecuador (2015); es decir no proceden cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos, según lo dispone el artículo 27 inciso tercero de la LOGJCC.

La única garantía jurisdiccional que puede conocer sobre vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso en decisiones judiciales es la acción extraordinaria de protección, así lo establece el inciso tercero del artículo 27 de la LOGJCC, lo que lleva a concluir que el resto de las garantías jurisdiccionales, como es el caso de las medidas cautelares autónomas o la acción de protección, no pueden ser aceptadas cuando se pretenda evitar, suspender o declarar vulneraciones en procesos judiciales de tipo ordinario.

En cuanto a los requisitos para la concesión de las medidas cautelares, a criterio de Gordillo (2015) son tres: 1. Que exista una situación tutelable, en función de la pretensión que se está ejercitando en el proceso; 2. Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*); y, 3. Peligro en la mora (*periculum in mora*). Otros autores sostienen que, a más de los requisitos indicados, debe concurrir la irreparabilidad del daño que podría producirse a consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental. A criterio de la Corte Constitucional del Ecuador (2013), los requisitos de procedencia de las medidas cautelares son cinco: a) peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión; b) inminencia de un daño grave (*periculum in mora*); c) que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; d) que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales; y, e) que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

Sustanciación, resolución e impugnación de las medidas cautelares constitucionales

El procedimiento para ordenar medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. Según lo previsto en el artículo 31 de la LOGJCC, el juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado. En este contexto, la petición podrá ser interpuesta juntamente con la demanda de cualquier garantía jurisdiccional, siempre que cumpla con el objetivo de detener la violación de un derecho fundamental. Las medidas cautelares serán resueltas de manera independiente y no mediará la calificación de la demanda para ser adoptadas.

El juez, al momento de conocer sobre la petición de medidas cautelares, si por los hechos cumple con todos los requisitos, debe otorgar las medidas correspondientes, sin que para lo dicho exista la necesidad de presentar pruebas que determinen dicha vulneración; de igual manera, no deberá notificar a las partes sobre la presentación de dichas medidas. A criterio de Uribe (2012) eso no excluye la posibilidad de que la jueza o juez, en caso de creerlo necesario, convoque a una audiencia a las partes involucradas donde puede ordenar las medidas cautelares, supervisarlas, delegarlas o revocarlas.

En caso de ordenar las medidas cautelares, el juez debe individualizar las obligaciones, positivas o negativas, que deberá cumplir el destinatario y las

circunstancias de tiempo, modo y lugar. Para ordenar las medidas cautelares, el juez usará los medios que sean necesarios, inclusive su actuación de forma verbal. En caso de negativa a la petición de medidas cautelares, ésta se hará mediante resolución, de la cual no cabe recurso alguno. Una vez aprobadas las medidas cautelares, el juez podrá delegar a cualquier entidad del Estado encargada de la protección de los derechos constitucionales, la adecuada supervisión de la ejecución de las medidas adoptadas.

En la resolución, el juez, debe formular una presunción positiva y razonable de "prima facie evidence" y otorgar la medida cautelar sin analizar el fondo del asunto. Estas medidas deben otorgarse en un auto resolutorio, no en sentencia. La resolución favorable o no, es inapelable, pues, no declara ni decide derechos subjetivos. El juez puede ordenar las medidas tanto de hacer como de no hacer, positivas o negativas que son de obligación del destinatario cumplir. Para este efecto, los jueces tienen atribuida las potestades coercitivas. El auto resolutorio que admita o niegue la petición de medidas cautelares no es susceptible del recurso de apelación; sin embargo, se podrán interponer los recursos horizontales de aclaración y ampliación contemplados en el 250 del COGEP.

La revocatoria es una de las alternativas que el juez tiene y ésta procede en tres casos: 1) cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos; 2) cuando se hayan cesado los requisitos previstos en la ley; o, 3) cuando se demuestre que la concesión de las medidas no tenía fundamento, para lo cual las personas involucradas deberán informar al juez la ejecución de las medidas cautelares. Dicha información también debe ser observada y suministrada por el propio juez, quien deberá verificar de manera directa que las medidas cautelares fueron cumplidas en los términos y en el tiempo establecidos por su judicatura. (Uribe, 2012)

Cabe señalar que, en este último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida podrá defenderse y presentar los hechos o argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. El auto de no revocatoria de las medidas cautelares podrá ser apelado en el término de tres días, conforme lo establecen los artículos 33 y 36 de la LOGJCC, no así el auto que las revoca. Finalmente, se considera que sí procede la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias de garantías jurisdiccionales, siendo las más frecuentes las que se presentan dentro de acciones de protección. Excepcionalmente, se puede presentar dentro de procesos de medidas cautelares constitucionales la acción extraordinaria de protección, sólo respecto de la resolución que niega las medidas cautelares, tal como ha dejado en claro la propia Corte Constitucional en su sentencia No. 052-2011-SEP-CC (2011) y el Auto dictado por su Sala de Admisión (2013).

MATERIALES Y MÉTODOS

En base a los objetivos que se han planteado, se ha realizado un estudio cualitativo con un enfoque descriptivo. En este sentido, para conocer el estado del tratamiento de las medidas cautelares constitucionales en el Ecuador, fue necesario emplear como método la revisión bibliográfica-documental, por medio del fichaje, lo que permitió no solo consultar lo más relevante en materia cautelar sino también, acceder a la normativa jurídica nacional y su jurisprudencia, la que, de conjunto, garantizaron el cumplimiento de las metas propuestas.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A partir del análisis que se ha realizado a lo largo de la investigación, se ha podido determinar que, en efecto, el objeto de las medidas cautelares de naturaleza constitucional es preservar el conjunto de derechos constitucionales, así como remediar con carácter temporal la afectación de esos derechos. En base a ello, de la doctrina y jurisprudencia que ha sido analizada, también se ha podido corroborar que las medidas cautelares constitucionales poseen una naturaleza diferente al resto de las providencias, porque los derechos que se intentan tutelar son de mayor relevancia.

Adicional a ello, también se ha podido determinar que, en la normativa ecuatoriana, la institución de las medidas cautelares constitucionales se puede considerar como una institución autónoma de protección preventiva de los derechos constitucionales y los reconocidos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, cuyo tratamiento es novedoso en el entorno legal nacional. Han sido los reiterados fallos y resoluciones que se han dado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, las que han motivado justificadamente la preocupación y ocupación del legislador ecuatoriano sobre esta materia.

De esta forma, tanto la Constitución ecuatoriana como la LOGJCC, se erigen como dos normas de innegable valor que le dan forma a las medidas cautelares constitucionales en el entorno judicial nacional. Aunque ciertamente, del estudio se pudo corroborar que la Ley en cuestión, posee algunos errores conceptuales, relacionados principalmente con la motivación o finalidad que se persigue, pues ciertamente, no existe coherencia en cuanto a que, como expresa el art. 26 de la LOGJCC lo que se intenta es evitar una amenaza, lo que es criticable desde el punto de vista técnico, pues “evitar” una “amenaza” es poco objetivo, y la norma en cuestión debió seguir con la coherencia que derivaba desde el art. 6, a más de que lo correcto en torno a ello, es lograr, por medio de la medida, cesar dicho riesgo.

También existe un consenso mayoritario en considerar que las medidas cautelares constitucionales se activan cuando los derechos contenidos en la Carta Magna son amenazados, o violentados; pero de la literatura y jurisprudencia consultada, se pudo evidenciar que los efectos, son diferentes; pues cuando existe amenaza sobre dichos derechos, la medida cautelar lo que intenta es prevenir que se efectivice la afectación; mientras que si ya se produjo la vulneración, la finalidad de la acción en sí, es hacer cesar dicha transgresión.

Adicional a ello, de la revisión bibliográfica efectuada, se ha podido constatar que, si bien es cierto, las medidas cautelares constitucionales revisten gran importancia, por la naturaleza de los derechos que resguardan, no son definitivas, sino que pueden ser modificadas total o parcialmente mientras duren sus efectos y ya no sea necesaria su permanencia. Esta realidad implica que solamente puedan revocarse, cuando las causas que la originaron hayan desaparecido, cuestión que también es ampliamente tratado en la doctrina y la normativa nacional ecuatoriana.

Además de lo expuesto, también se pudo determinar que, en efecto, las medidas cautelares constitucionales pueden ser presentadas juntamente con un proceso en el que se analice la posible o efectiva afectación de un derecho de esta naturaleza; o como proceso autónomo previo a la presentación de un proceso constitucional. Ello garantiza una amplitud concordante con las necesidades siempre variables de cada situación y posibilita la protección de estos derechos en cualquier circunstancia.

CONCLUSIONES

La acción de medidas cautelares constitucionales prevista en los artículos 87 de la Constitución de la República y 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es una garantía jurisdiccional que adquiere connotaciones especiales en el actual Estado constitucional de derechos y justicia, pues, al ser instrumento de protección de los derechos humanos y/o constitucionales, rompe el esquema tradicional de las medidas cautelares que son adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio, asegurando de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.

Luego de analizar las medidas cautelares constitucionales desde sus tres perspectivas: legal, doctrinaria y práctica, se ha podido concluir que son indispensables en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que cumplen un papel importantísimo dentro de la concepción actual de los derechos humanos; pues propenden a evitar la presunta vulneración de un derecho y los daños que ésta puede causar, lo que implica que proceden antes o durante la violación del derecho constitucional, pero no procederían con posterioridad, ya que existen otros mecanismos más eficientes para su protección.

Dada su naturaleza, las medidas cautelares constitucionales desempeñan un doble papel. El primero se traduce en la posibilidad de toda persona de no ver interrumpido el ejercicio de un derecho constitucional por la posible actuación irregular de una autoridad pública o de un particular; y, el segundo permite al Estado contar con un mecanismo de alerta para evitar que su actuación vulnere derechos constitucionales; así, la esencia de este tipo de garantías es precautar los derechos de las personas frente a un inminente peligro de su vulneración o, una vez producido, hacer cesar dicho atentado.

Pese a que la Constitución de la República de 2008 se refiere de manera expresa a las medidas cautelares constitucionales y dispone que se podrán ordenar conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, lo cierto es que en la realidad se deberán observar las características comunes de las garantías jurisdiccionales para diferenciarlas de aquellas que, por sus propias características, no podrían ser concedidas de manera conjunta con esta garantía.

REFERENCIAS

- Aguirrezabal, M. (2015). Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 35-66.
- Calamandrei, P. (2017). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Carnelutti, F. (2018). *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Consultado el 25 de julio de 2019, de Registro Oficial No. 449: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (28 de julio de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Consultado el 26 de julio de 2019, de Registro Oficial No. 52, Segundo Suplemento:

- <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/LOGJCC.pdf>.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (12 de mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Consultado el 26 de julio de 2019, de Registro Oficial Suplemento No. 506: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>.
- Ecuador, Congreso Nacional. (12 de julio de 2005). *Código de Procedimiento Civil (derogado)*. Consultado el 26 de julio de 2019, de Registro Oficial Suplemento No. 58, Codificación 11: <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>.
- Ecuador, Corte Constitucional. (2014). *Garantías jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0999-09-JP (Sentencia No. 001-10-PJO-CC 22 de 12 de 2010).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0502-11-EP (Sentencia No. 052-2011-SEP-CC 15 de 12 de 2011).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0187-12-CN (Sentencia No. 026-13-SCN-CC 30 de 04 de 2013).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0561-12-CC (Sentencia No. 0034-13-SNC-CC 30 de 05 de 2013).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0054-12-IS (Sentencia No. 016-14-SIS-CC 06 de 08 de 2014).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 1133-11-EP (Sentencia No. 104-15-SEP-CC 31 de 03 de 2015).
- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0090-15-SEP (Sentencia No. 314-15-SEP-CC 23 de 09 de 2015).
- Ecuador, Corte Constitucunal, Caso No. 0084-13-EP (Auto de Admisión 06 de 03 de 2013).
- Gordillo, D. (2015). *Manual Teórico y Práctico de Derecho Constitucional*. Quito: Editorial Workhouseal Procesal.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
- Guayas, Corte Provincial de Justicia, Caso No. 339-UARH-KZF (Sentencia (Segunda Sala de lo Civil y Mercantil) 25 de 05 de 2011).
- Marcheco, B. (2017). La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador. *Revista de Derecho*, 30(1), 263-285.
- Pérez, P. (2005). *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Podetti, R. (1969). *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Priori, G. (2006). *La tutela cautelar*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Salazar, E. E. (2013). Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: la necesidad de argumentación en función a sus requisitos especiales. *UCV-HACER. Revista de Investigación y Cultura*, 2(2), 125-145.
- Uribe, D. (2012). Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador. En C. C. Transición, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 83-102). Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- Villarreal, R. (2010, p. 84). *Medidas Cautelares. Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

Zavala, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A.

Zavala, J. (2011). *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis jurídico a los derechos en contexto

El Derecho Indígena, su compatibilidad con los Derechos Fundamentales y su aplicabilidad en el sistema jurídico nacional

Indigenous Law, its compatibility with Fundamental Rights and its applicability in the national legal system

Rodrigo Alejandro Albuja Quintana

Especialista en Contratación Pública
Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Ecuador.

Email: rodrigoalbuja@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6012-348>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2787>

Recibido: 2019-06-15 / Revisado: 2020-11-01 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



RESUMEN

Este trabajo analiza al derecho indígena como derecho fundamental, reconocido por la Constitución de la República del Ecuador y por tratados internacionales. Se realizó un amplio estudio de la doctrina relacionada con este derecho consuetudinario, asimismo, se analizó la normativa legal desde el marco jurídico vigente en función de la realidad que viven las personas amparadas por el derecho indígena y el desapego de la ejecución de los preceptos constitucionales hacia este ordenamiento jurídico, la vulneración se vio reflejada en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del año 2014 en adelante. Téngase en cuenta que, la doctrina emitida por este alto órgano de interpretación constitucional conforma jurisprudencia vinculante. Hay que considerar que el derecho indígena por su carácter histórico y cultural requiere la aplicabilidad de su ordenamiento jurídico en contexto dentro del garantismo de un derecho ancestral, del que Ecuador está en el deber de facilitar su aplicación dentro de la agenda política nacional. La garantía de la aplicabilidad y efectividad del derecho indígena es una responsabilidad de las instituciones del derecho, de la academia y de la sociedad en su conjunto. Por tanto, se requiere situar a la justicia indígena, dentro del desempeño judicial de primera instancia como jueces constitucionales y de instancias superiores.

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho indígena, ordenamiento jurídico, garantismo.

ABSTRACT

This work analyzes indigenous law as a fundamental right, recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador and by international treaties. An extensive study of the doctrine related to this customary law was carried out, likewise, the legal regulations were analyzed from the current juristic framework based on the reality experienced by people protected by indigenous law and detachment from the execution of the constitutional precepts towards this juridic, the impingement was reflected in the judgments issued by the Constitutional Court from 2014 onwards. Hold in mind that the doctrine issued by this high constitutional interpretation body forms binding jurisprudence. It must be considered that indigenous law, due to its historical and cultural nature, requires the applicability of its legal system in context within the guarantee of an ancestral right, of which Ecuador has the duty to facilitate its application within the national political agenda. The guarantee of the applicability and effectiveness of indigenous law is a responsibility of the institutions of law, of the academy and of society as a whole. Therefore, it is necessary to place the indigenous justice, within the judicial performance of the first instance as constitutional judges and of higher instances.

Keywords: fundamental rights, indigenous law, legal system, guarantees.

INTRODUCCIÓN

El derecho indígena visto como un ordenamiento jurídico social, que responde al contexto de las sociedades, siempre se ha enmarcado en el lado de la línea invisible, que solo puede ser ejercido y respetado por quienes están amparados por el derecho indígena, siendo el estado el precursor de este espacio sociopolítico segregarista, fundado en una historia de colonización permanente, que siempre ha dado la apertura

al monopolio jurídico del derecho, ya que la naturaleza estatal se caracteriza por su acaparamiento normativo. De esta manera el derecho indígena, su contextualización, y su reconocimiento constitucional, solo se mantienen como preceptos legales sin su ejecución respectiva, accionar que invisibiliza lo que en verdad representa el derecho indígena, como es la cultura, la producción de conocimiento consuetudinario, que se enmarca en la cotidianeidad que viven las nacionalidades y pueblos indígenas de nuestro Ecuador plurinacional.

Dentro de este contexto, se destaca la lucha por el reconocimiento de esta justicia ancestral, que siempre fue marcada estatalmente dentro de la insurrección. Este monopolio jurídico, ha dado pautas, que se consolidan como producto del miedo estatal frente al reconocimiento de otros derechos, y en mayor medida sobre el reconocimiento de los derechos indígenas, pues basta con la visualización a la evolución histórica de los derechos, para que se pueda entender el costo que conlleva el reconocimiento de los mismos, algunos tratadistas relacionan esta lucha, como el síntoma del que se caracteriza el estado frente a la pérdida de poder, la hegemonía estatal. Que ha llevado a que la evolución de los derechos sea precedida siempre, por luchas sociales, producto de estas malas prácticas de gobernabilidad de los países mono-normativos.

Los estados que se han denominado como plurinacionales, llevan siempre esta evolución histórica implícita en la validación de los derechos indígenas frente al ordenamiento jurídico ordinario. En el Ecuador se puede ver la historia del reconocimiento constitucional del derecho indígena, con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008, donde se pudo alcanzar su tipificación constitucional, acción que se constituyó como un gran logro dentro del monopolio jurídico estatal, pero que actualmente se enfrenta, a la contrariedad del ejercicio práctico del reconocimiento de estos derechos y la efectivización del mismo y aún más a la convivencia con el derecho ordinario y la búsqueda de un mecanismo de coexistencia entre los dos.

Uno de los principales objetivos de esta investigación, es desarrollar dogmáticamente, los derechos fundamentales y su reconocimiento en los derechos indígenas, también el tratamiento de esta coexistencia entre ordenamientos jurídicos, del cual se estudiará su relevancia dentro de la vulneración de derechos, que afectan no solo a una persona, sino a la dignidad de un colectivo. Para lo cual es necesario considerar los parámetros básicos, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, como la constitucionalidad de la norma, la armonía de convencionalidad con los tratados, acuerdos y convenios internacionales, así como, su concordancia con la jurisprudencia vigente de absolencias consultivas. Pues se busca demostrar que este tipo de interpretaciones normativas crean antinomias, donde básicamente se puede encontrar que una disposición constitucional es de directa aplicación pero que en la cotidianidad es necesario que su resolución sea solventada por un órgano de juzgamiento superior dentro de la normativa constitucional.

Es necesario precisar que la vulneración de derechos indígenas, producto del poco entendimiento dogmático de los legisladores y administradores de justicia, podría conllevar a una deficiente aplicación de la norma constitucional, es preciso también destacar que por normativa, todo administrador de justicia se convierte en juez constitucional, por tal razón es fundamental, que estos funcionarios públicos comprendan la naturaleza del derecho indígena, para que de esta manera puedan realizar una adecuada interpretación y reconozcan conflictos pertenecientes a justicia indígena, evitando así posibles vulneraciones de derechos.

Se abordará el análisis sobre la compatibilidad del derecho indígena con los derechos humanos, pues existe en la actualidad una fuerte vertiente de tratadistas que por este limitado entendimiento de la naturaleza del derecho ancestral, consideran que el derecho indígena contraviene los derechos humanos, por lo que, esta investigación se centrará en el desarrollo del derecho indígena, su estructura principal, sus principios fundamentales, de los cuales se desarrolla su aplicación, entre estos: amakilla (no se ocioso), amallulla (no mentir), amashuwa (no robar), principios que están caracterizados y que su concepción teórica corresponde a su derecho consuetudinario.

Dogmáticamente los derechos fundamentales no tienen jerarquía, pues por naturaleza son de igual equivalencia y aplicación, dependerá de instrumentos como la ponderación o la subsunción dentro de los casos prácticos, para definir cual podría prevalecer en algún litigio. Ferrajoli (2006), señala: “que si queremos garantizar un derecho como fundamental debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general y por tanto confiriéndolo igualmente a todos” (p. 117).

Es necesario considerar que la CRE, cuenta desde su concepción iusnaturalista, con el reconocimiento de la plurinacionalidad y del ordenamiento jurídico indígena, señalando a los derechos de los pueblos y nacionalidades, como derechos fundamentales.

Es preciso destacar ciertas imprecisiones jurídicas como el concepto de nación, que en la praxis no ha sido reconocido como una definición de plurinacionalidad, ya que ha sido subsumido por el ordenamiento jurídico ordinario, por lo que tratadistas como Moliner (2007), mencionan que: “nación es la comunidad de personas que viven en un territorio regido todo él, por el mismo gobierno y unidas por lazos étnicos o de historia” (p. 307), esta definición se adapta de mejor manera al desarrollo del derecho indígena y la comprensión de la plurinacionalidad dentro de un estado, destacando características como territorio, comunidad, gobierno y lazos étnicos, que serán fundamentales en el reconocimiento de las nacionalidades dentro de un estado.

Tratadistas en derecho han analizado y desarrollado el concepto de nación, pero bajo los parámetros de un solo ordenamiento jurídico, lo que puede provocar imprecisiones en la aplicación dentro de un estado que reconoce la plurinacionalidad. Otros tratadistas analizan a profundidad la definición de nación, incluyendo este aspecto entre estos Castro (1999), el cual menciona:

Que a la nación la forman un conjunto de individuos que hablan el mismo idioma, tienen una historia y tradiciones comunes y pertenecen, en su mayoría, a una misma raza. Una nación en los términos antes descritos puede encontrarse diseminada por el mundo, como es el caso de los gitanos o de los judíos, o bien, varios grupos de individuos con estas características pueden conformar un Estado, como fue el caso de la antigua Yugoslavia, en donde convivieron por muchos años serbios, bosnios, croatas y musulmanes. Puede también suceder que una nación este dividida en dos Estados, como aconteció con la nación alemana después de la segunda Guerra Mundial con la creación de la república Federal Alemana y la República Democrática Alemana (p. 32).

El autor referido nos da un marco de análisis más amplio del término nación y nacionalidades dentro de un estado, junto con la dinámica de su reconocimiento y la necesidad de aporte al marco administrativo estatal. De ahí que, en este trabajo se asume como *nación* al grupo de personas que decide por voluntad, historia, costumbres, raíces, etnias y preceptos culturales, vivir en comunidad, bajo un régimen jurídico político acorde a sus creencias socioculturales, que tiene un territorio

determinado, siendo el territorio un aspecto que podría o no ser esencial para poder calificar a un grupo de personas como nación, concepto que se enmarca de mejor manera dentro del reconocimiento de la plurinacionalidad constitucional.

Se destaca en esta investigación la falta de reconocimiento del pluralismo jurídico dentro de un estado plurinacional, y sus posibles efectos dentro de la convivencia de los ciudadanos, de igual manera se analiza las consecuencias que conllevan una mala aplicación del derecho indígena, entre estas antinomias legales, que atentan contra la soberanía normativa ya lo menciona Rousseau (1712-1778) que existen priorizaciones que debe buscar un estado, destaca la consolidación estatal que conlleva la armonía de los ordenamientos jurídicos donde: “una sana y fuerte constitución lo primero que busca es una consolidación estatal, ya que es más provechoso contar sobre el vigor que resulta de un buen gobierno que sobre los recursos que proporciona un gran territorio” (p. 346), esta consolidación solo se puede lograr con el garantismo de los ordenamientos jurídicos, del cual el derecho constitucional debe priorizar, para que se pueda dar un mejor entendimiento normativo.

Conforme lo expuesto la falta de consolidación normativa conlleva como desarrolla Jiménez (2012) a: “la desigualdad y la lucha del reconocimiento de los ordenamientos jurídicos de las nacionalidades, con la hegemonía del gobierno y su reconocimiento a otro ordenamiento que no sea eurocentrista”(p. 127), que deriva en una predilección del manejo administrativo. Su pensamiento en lo primordial señala que existe algo más que una manipulación social, un tipo de maniqueísmo estatal, que prevalece y opaca la lucha y las costumbres ancestrales, así describe Jiménez (2012) que “se busca que los oprimidos por ese poder desigual crean que no hay desigualdad porque el Estado es legítimo y soberano y porque el derecho es autónomo y universal” (p. 58)

La preferencia del derecho a un solo régimen u ordenamiento jurídico lleva años de vigencia en toda Latinoamérica, ocasionando una deuda social y una deuda del colonialismo extendida y moderna a los pueblos y nacionalidades, pese a este particular, en algunas constituciones tras un proceso constituyente se ha realizado el reconocimiento a estos diferentes ordenamientos jurídicos, reconocimiento que ha quedado muchas veces solo plasmado en el papel, pues desde este punto de vista a la actualidad, existe un camino no solo extenso, sino de desarrollo dogmático.

DESARROLLO

Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales en materia constitucional siempre han tenido un papel destacado cuando se habla del garantismo, pero cuando se reconoce como derechos fundamentales a los derechos indígenas, el reconocimiento del derecho consuetudinario, es importante para el derecho constitucional, del cual su aplicación debería estar definida para determinar, los parámetros que deben los legisladores y administradores de justicia implementar en la valoración de causas y determinación de sentencias, conforme lo determinado en la CRE, pero que en la realidad se probará que esta cobertura constitucional podría estar desvalorada, pues el derecho desde la vista del ordenamiento jurídico ordinario, se caracteriza por ser absolutista, llegando al punto de desfavorecer a los ordenamientos jurídicos diferentes a su hipótesis principal, esta hipótesis es que el ordenamiento jurídico ordinario es el único que abarca todo actuar humano, pues si bien en la CRE, se contempla el reconocimiento de diferentes ordenamientos jurídicos, el estado solo aplica uno como absoluto, esto

no solo como enunciado, sino que la presente investigación demostrara que esta percepción ha sido instruida en nuestros legisladores y administradores de justicia.

El conocimiento impartido a los ciudadanos dentro del cual el estado ha tenido un primordial papel se ve reflejado en las enseñanzas que, en el Ecuador, desde la formación de los instruidos en derecho se daba, y que algunos ecuatorianos asumimos como único conocimiento, impuesto a un solo derecho, sin contemplar otro derecho diferente, de igual manera estas malas prácticas que sufre el desarrollo del conocimiento en nuestro país, se remontan al colonialismo, pues se debe centrar el principio de nuestro análisis, de manera cronológica en donde esta enseñanza se transformó en elitista. En concordancia con Castillo (2015), es responsabilidad del estado promover el desarrollo holístico del ser humano, a nivel individual y colectivo.

En virtud de lo mencionado, es necesario destacar la lucha en la época de la independencia, cuando salimos del yugo español los mestizos ecuatorianos, ese lugar donde dijimos ya basta de sometimientos, como mestizos, pero que a pesar de que en la práctica nos reconocíamos como independizados, seguíamos bajo el yugo, ahora no de un país determinado, sino del yugo de un conocimiento elitista, heredado, que como mestizos tomamos como nuestro y del cual nos vendamos los ojos, para que no se reconozca otro derecho, siendo que a lado nuestro estaban nuestros hermanos, los indígenas, aquellos que lucharon contra la delegación del incario, y que dieron guerra contra el imperio, pero que a raíz de la independencia ecuatoriana se vieron transformados en personas invisibles frente al nuevo orden sociopolítico, es en esta parte de la historia ecuatoriana donde a pesar de la independencia, seguimos siendo subsumidos a una realidad legal heredada, y no visualizamos la realidad plurinacional de nuestro Ecuador, es ahí que surge el problema, que se ve reflejado de mejor manera ya en el ejercicio de la aplicación de los derechos fundamentales en el Ecuador, es esta la razón por la cual, actualmente tenemos como país, problemas de aplicabilidad del derecho indígena frente a la realidad de nuestras nacionalidades.

Conforme lo determinado en la CRE, la aplicabilidad de los ordenamientos jurídicos reconocidos por la máxima estructura legal del Ecuador, a pesar de su reconocimiento constitucional en la práctica del ejercicio del derecho indígena resulta ineficaz, pues en materia constitucional en general, la desvalorización de un derecho reconocido, o su errónea aplicación, conlleva a una mala práctica constitucional, esta mala práctica histórica que sufre nuestro derecho es lo que esta investigación tratara de probar, bajo un análisis estricto.

El estado plurinacional, reconocido en la CRE de 2008, del cual se debe contextualizar su aplicabilidad, conlleva a la mala práctica constitucional, que mediante un análisis crítico y reflexivo, es necesario llegar a un acuerdo entre el estado y las personas amparadas por el derecho indígena, que servirá en el futuro desarrollo del derecho ecuatoriano. Se precisa entonces la necesidad de que varias nacionalidades pueden tener un solo cuerpo político que es el Estado, por lo tanto, la nacionalidad vendría a ser el vínculo jurídico existente entre la nación y los miembros de esta. Definidos bien estos conceptos, se puede comprender que una nación tenga su propio ordenamiento jurídico. Esta limitada aplicabilidad como consecuencia del reconocimiento del derecho indígena lleva a una coacción de los derechos fundamentales reconocidos en la CRE, los más relevantes se encuentran en los Art 1, 10, 56 y 57 junto con el preámbulo de la CRE, que otorga reconocimiento al Estado Ecuatoriano, como país conformado por varias nacionalidades, que es la representación física del pluralismo jurídico y de la coexistencia entre estos.

De ahí que, debe someterse a discusión algunos aspectos como el cumplimiento de lo tipificado en la CRE; y reflexionar en base a un acuerdo nacional, el respeto a

estas particularidades, pues un estado que se apega a la realidad nacional está destinado a la coexistencia mutua, por su naturaleza gregaria, que es la determinación del convivir de los ciudadanos.

Al respecto la propuesta podría ser crear un control de autonomía del pluralismo jurídico, frente a los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, y que se tenga como prueba fundamental el peritaje sociológico de especialistas capacitados, que servirá como visualización determinante dentro del fallo que se deba tomar, sin ningún tipo de preferencia estatal, que se demuestre la independencia política frente al desarrollo interpretativo que se fundamentara en derechos colectivos, desde una forma de gobierno horizontal más participativa.

Esta concepción sobre nacionalidades en la actualidad ha producido en el Ecuador, la existencia de diversas interpretaciones normativas y antinomias entre normas constitucionales, provocando incongruencia de sentencias en los fallos constitucionales que produce falacias jurídicas jurisprudenciales, uno de los ejemplos más claros es el caso “La Cocha”, en donde el máximo órgano de interpretación, la Corte Constitucional, emitió un dictamen jurisprudencial vinculante, determinando que la justicia indígena no tutela el bien jurídico protegido de la vida, interpretación que no solo va contra normativa constitucional, sino que va contra el control de convencionalidad, este particular provoca la creación de leyes secundarias inconsistentes a la realidad nacional.

Conceptos históricos.

Una de las teorías más relevantes dentro del desarrollo del pluralismo jurídico es el abarcado por Benda-Beckmann (2014) explicando que si en verdad:

Estamos o no preparados para admitir la posibilidad teórica de más de un orden o mecanismo jurídico dentro de un solo espacio sociopolítico, con diferentes fuentes de validación y sostenidos por formas de organización distintas a la estatal (...) la discusión sobre el pluralismo jurídico gradualmente llegó a estar dominada por el intercambio de prejuicios y estereotipos. En lugar de concentrarse en el valor heurístico del concepto para describir y analizar situaciones empíricas complejas” (p. 44).

Este aspecto teórico nace de las sociedades latinoamericanas caracterizadas por las concepciones normativas coloniales heredadas, preceptos religiosos latentes, y políticas enmarcadas al orden del poder transitorio de la autoridad a cargo. La creación de los ordenamientos jurídicos, innatos de una sociedad organizada que refleja la naturaleza del ser humano como ser gregario al agruparse en sociedades, resulta ser el gran inicio de la comprensión de la cosmovisión plurinacional, este desarrollo del derecho fue estudiado por varios antropólogos y juristas, entre los cuales destacaremos a Pospisil (1971) el cual explica las implicancias del derecho como concepto analítico, diciendo que:

Como dispositivo teórico y analítico, el derecho es un concepto que abarca una categoría de fenómenos (hechos etnográficos) seleccionados de acuerdo con los criterios que el concepto mismo especifica. (...) El término derecho, en consecuencia, se aplica a una construcción de la mente humana por razones de conveniencia. La justificación de un concepto no radica en su existencia fuera de la mente humana, sino en su valor como dispositivo analítico y heurístico.

El derecho debe está supeditado a las necesidades actuales de la sociedad, y si el derecho no puede solventar las necesidades de la sociedad, se determina como un derecho no funcional. Esta determinación conlleva a que se critique la contribución que deberá realizar el derecho a la sociedad.

Otro de los puntos dentro del debate del reconocimiento del pluralismo jurídico está enmarcado en la discusión de que tan evolucionadas eran las comunidades invisibilizadas dentro de un estado mono político, las mismas que sin necesidad del estado convivían y tenían su ordenamiento jurídico. Estos estudios reflejaron dos periodos del desarrollo del pluralismo, el primero, el periodo del colonialismo y la expansión del capitalismo en Europa, que produjo en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas una época oscura, que se puede semejar al oscurantismo, término que tomare como referencia a la censura de conocimiento ancestral, tanto de forma religiosa como del derecho que era innato de estos pueblos colonizados.

El segundo periodo de evolución aparece junto con los levantamientos indígenas que no era más que el reclamo de sus pueblos por el respeto, no solo de su territorio sino de sus leyes y en sí de sus seres como personas con derechos y deberes, cuando estas comunidades tienen este jalón de oreja, se plasma la emergencia que vivían estos pueblos, sin olvidar la falta de respeto a sus ordenamientos jurídicos ancestrales y que produciría el robustecimiento del movimiento indígena.

El Pluralismo jurídico comenzó configurado como la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un espacio geográfico determinado. En Ecuador, el pluralismo jurídico está constituido por 18 nacionalidades y 14 pueblos, que formaban la realidad plurinacional del estado, pese a esta realidad seguía siendo difícil encajar al derecho indígena en ciencias del ordenamiento jurídico ordinario, este aspecto se constituía como un obstáculo en la comprensión del derecho indígena. La idea de que el derecho debe hacerse con la práctica fue en menor medida desarrollándose en Ecuador.

Las conceptualizaciones históricas provenientes de la colonización se visibilizan en el desarrollo consuetudinario del derecho indígena, que en su historia sufrió interminables luchas, puesto que existieron naciones indígenas no sometidos por los incas, posteriormente, con la colonización española, también existieron naciones indígenas no colonizadas que alzaron sus armas en contra del imperio, y que al final tuvieron que sufrir al ocupación y sometimiento, es por eso que hablamos de un derecho consuetudinario ancestral. Boaventura (2012), define aspectos determinísticos en la historia y desarrollo del pluralismo jurídico, entre estos el desarrollo de las políticas indigenistas, como métodos segregarista, la clasificación racial del indígena desde los tiempos de la colonia, siendo este, visualizado como un instrumento, conociéndolos como rústicos, miserables y menores, mas no como un ser humano, peor un ciudadano.

Este ataque a la cultura y costumbres que se dio en época del colonialismo afirma y une más a las nacionalidades indígenas, obligando a los ordenamientos jurídicos ordinarios a crear organismos internacionales que refuercen el apoyo a las plurinacionalidades mediante legislaciones especiales, una de las principales fuentes de estadística antropológica la podemos encontrar en la obra de Lucic (2014) que menciona que “caído el telón que cubría la existencia o persistencia de una diversidad cultural conformada por aproximadamente 5000 pueblos que conservan más de 4000 lenguas en el mundo. Su extinción había sido tempranamente presagiada por las ideas evolucionistas de transformación, progreso, desarrollo o modernización de todas las sociedades” (p. 18).

El pluralismo jurídico no solo existía en países latinoamericanos, sino que siempre fue una realidad mundial, es así que podemos destacar aperturas históricas, como las de Malinowski (1922), señala “que los nativos de las islas Trobriand ya tenían un ordenamiento jurídico compuesto y altamente estructurado”, dando a conocer a los pueblos europeos, que existía una forma de pluralismo jurídico.

Gurvitch (1965), señala:

Creo que en el mundo sólo hay dos posibilidades. Una, que el colonialismo pueda verdaderamente morir, y si efectivamente muere, con él debe morir también el capitalismo... Si se quiere verdaderamente la liquidación del colonialismo sólo hay un camino, y es el camino de la revolución social (p. 248).

Estos pensamientos son los primeros que llegarán a ser un pilar fundamental en la estructura de sus obras, Georges (1935) a raíz de su conocimiento empírico aportado por la revolución rusa de 1917, junto con su pensamiento analítico y científico, topa el problema de que las leyes no dan una respuesta satisfactoria a la realidad, menciona “que la influencia del derecho romano estaría no acorde al actual desarrollo del derecho, ya que este se basa en una lógica individualista y no visualiza al derecho como un elemento de la totalidad, llamada posteriormente como derecho social o universalismo” (p. 150).

Este universalismo daría las primeras pautas, en el pensar que no existe una sola concepción de Derecho, sino que el derecho tiene varias percepciones dispuestas a tiempo y espacio y que por lo tanto, dependiendo de la cosmovisión de la cual se rige, se construye dentro de una comunidad, cuando las personas dentro de la comunidad promueven la creación de normas a raíz del contrato social, se puede determinar este actuar, como *hecho normativo* o el resultante del impulso del conglomerado social que busca la justicia plasmada en la normatividad. Este *hecho normativo* resultaría conformar fuente del derecho, sin que esto deje pormenorizado a los instrumentos que resultan producto de este fenómeno, como son la ley, la costumbre y los principios.

En el Ecuador la coexistencia entre las nacionalidades indígenas y el gobierno siempre han tenido conflictos y demandas no satisfechas, es así como se encontró dentro del desarrollo del derecho indígena en el Ecuador el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998 y su ratificación en la Constitución de 2008.

Antecedentes filosóficos del derecho indígena

Las diferentes concepciones de plurinacionalidad, tiene un antecedente en la lucha social, y una evolución progresiva de sus derechos indígenas. El reconocimiento de los derechos ancestrales, siempre han sido coartados por los rezagos coloniales que se han formado como cultura del ordenamiento jurídico ordinario, esta afirmación se ve reflejada en sentencias de la antigua Corte Constitucional donde se determinaba al derecho indígena como incompleto, cuyo fundamento es hasta la actualidad colonial, es ahí donde se visualiza la interferencia de esta forma de derecho ordinario que se pretende anteponer al derecho ancestral nativo, en la actualidad la humanidad ha podido evolucionar en la preservación y el respeto de las costumbres ancestrales que forman patrimonio cultural peor aún expresar todo el respaldo y respeto al derecho indígena, este resulta ser el deber que tenemos como estado ecuatoriano, y no solo el respeto y reconocimiento de un solo ordenamiento cultural jurídico sino el respeto de todos los multi-ordenamientos que existen en el Ecuador.

Jiménez (2012) reconoce que “el reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía” (p. 187). Al respecto no solo la justicia indígena sino toda forma de ordenamiento jurídico pone en tela de juicio ciertos principios fundamentales, como el *principio de soberanía*, teniendo en cuenta que este principio menciona, que el estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho, pero cuando en la constitución de 2008 se reconoce la

plurinacionalidad junto con los ordenamientos jurídicos, este principio ya no sería de monopolio sino de desconcentración de la producción y aplicación del derecho.

La consolidación de un estado no debería basarse a la aplicación de una sola cultura dentro de esta, pues resulta ser un reproceso en la evolución del derecho, el estado conformado por plurinacionalidades más que romper esta consolidación refuerza aún más los pilares dentro de los cuales se encuentra nuestras raíces, otro principio que se dice se pone en entre dicho es el principio de la unidad del derecho, teniendo en cuenta que su fundamento es que el derecho es inmutable a tiempo y espacio, pero no como ya lo mencionamos anteriormente el derecho solo está en un tiempo y espacio determinado y puede adolecer de verdad para este tipo de periodo, pero querer aplicar un derecho antiguo en las nuevas realidades no tiene sentido pues carecería de eficacia y no alcanzaría a satisfacer ninguna necesidad, más aun, daría problemas.

Por último, los tratadistas expertos en esta materia mencionan que el pluralismo jurídico también pone en desbalance al *principio de autonomía*, tomado este concepto como noción de unidad, una sola cultura, el estado como creador de derecho, y no a la nación como creadora de derecho y al estado como administrador político.

Aspecto dogmático del derecho indígena

Dentro del desarrollo normativo del derecho indígena, debe tomarse como epicentro las nociones conceptuales o conceptos básicos de derecho indígena, que son parte de la memoria histórica de todas las personas y reafirmados por los especialistas en esa materia, esta reafirmación no presupone que el concepto este bien definido, sino que el momento histórico compuesto por tiempo y espacio no deje que esa definición se la desarrolle mejor.

La Constitución de la República del Ecuador doctrinariamente tipifica al ordenamiento jurídico indígena como justicia referente sólida, pero las interpretaciones de los funcionarios judiciales y jueces constitucionales, dentro de su interpretación constitucional complica la aplicabilidad del derecho indígena, pues si desde la base conceptual existe una inadecuada o nula concepción básica del derecho indígena, como partimos con las demás definiciones conceptuales que deben nacer de esta, por ejemplo si no se define la verdadera concepción de nación, pero si la de nacionalidad, como lo tipifica en su Art 6 la CRE diciendo que “La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”, considerando que en esta definición existe problemas como que si la nacionalidad ecuatoriana es “el vínculo jurídico político de las personas con el estado”, no existiría más que solo una nación la ecuatoriana, pero consecutivamente dice “sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional” da la posibilidad a la existencia de más nacionalidades que literalmente no serían ecuatorianas, este es el problema de solidez conceptual.

Análisis de las estadísticas

Datos estadísticos de la Corte Constitucional, concerniente a acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena.

En atención a los antecedentes obtenidos, respecto a los números de casos referentes a justicia indígena ingresados a la Corte Constitucional entre los periodos 2010, hasta 2020 con corte a septiembre y al número de casos referente a justicia indígena que fueron resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador dentro de los mismos periodos, se obtuvo los siguientes datos:

Entre el período 2010, hasta 2020 con corte a septiembre, consta el ingreso de treinta y dos (32) acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena (EI), y; entre el período 2010, hasta 2020 con corte a septiembre, consta que se han resuelto nueve (9) acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena (EI).

Tabla 1:

Distribución de las causas por acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena entre los periodos 2010, hasta 2020 con corte a septiembre

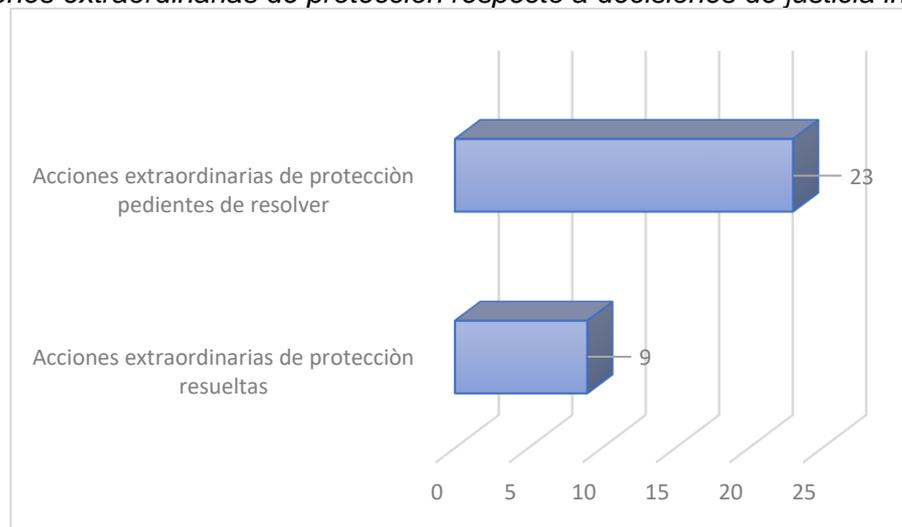
Total, de causas resueltas y por resolver antigua y nueva Corte Constitucional (2010 – 2020)	32
Causas resueltas Corte Constitucional (2010 - 2020)	9

Fuente: Corte Constitucional

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 1:

Acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de justicia indígena



A la fecha se encuentran pendientes por resolver veintitrés (23) causas, según el siguiente detalle:

Tabla 2:

Distribución de las causas por resolver en los periodos 2010- 2020

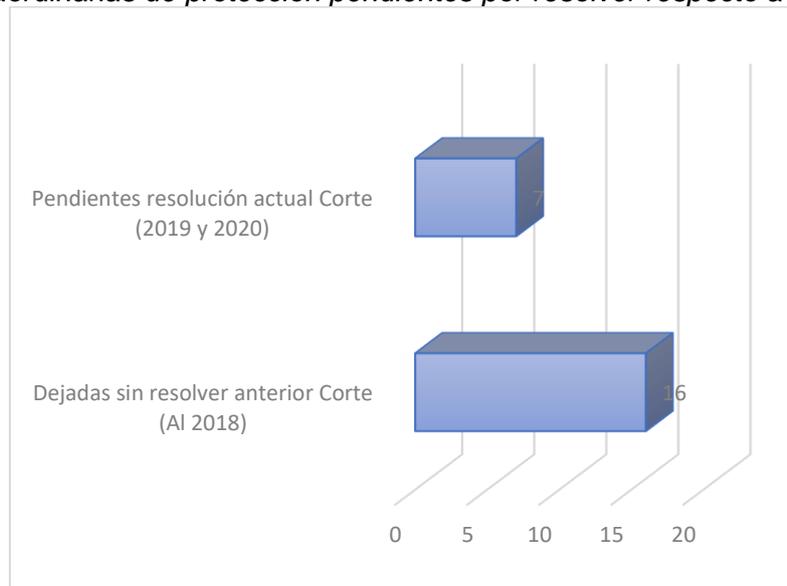
Dejadas sin resolver anterior Corte (Al 2018)	16
Pendientes resolución actual Corte (2019 y 2020)	7

Fuente: Corte Constitucional

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 2:

Acciones Extraordinarias de protección pendientes por resolver respecto a justicia indígena



Datos estadísticos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial. Casos referentes a justicia indígena y declinación de competencias, ingresados entre los periodos 2010-2020:

Tabla 3:

Casos referentes a declinación de competencias por tipo de acción, entre los periodos 2010-2020

Contravenciones de Violencia Inc. 1	1
Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar	2

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 3:

Tipo de delito

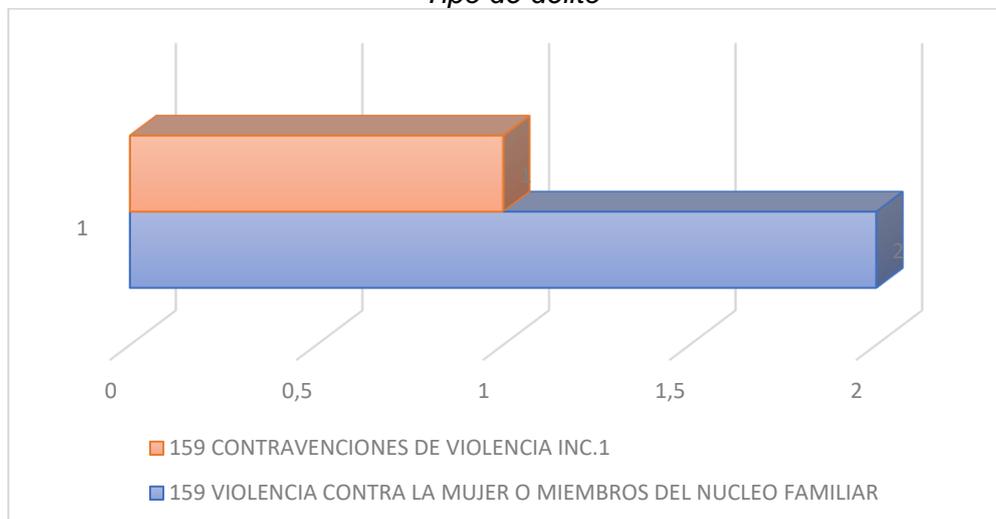


Tabla 4:

Casos referentes a declinación de competencias por tipo de actividad realizada por la justicia ordinaria, entre los periodos 2010-2020

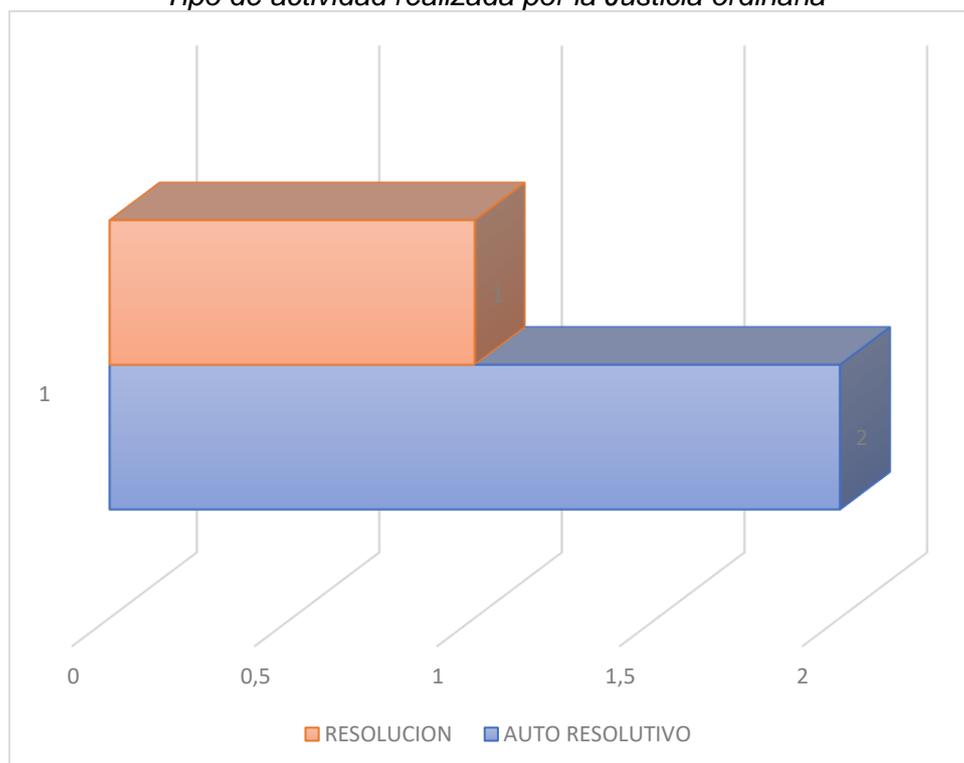
Resolución	1
Auto Resolutivo	2

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 4:

Tipo de actividad realizada por la Justicia ordinaria

**Tabla 5:**

Acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias

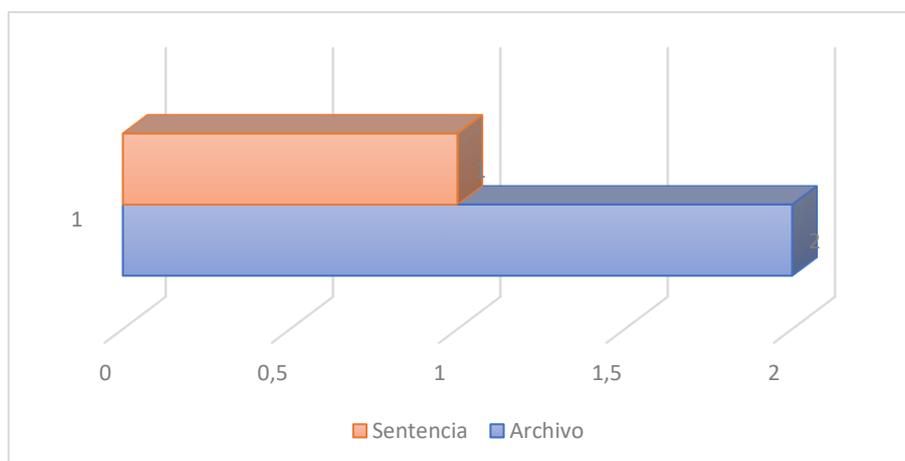
Sentencia	1
Archivo	2

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 5:

Tipo de acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias

**Tabla 6:**

Tiempo de despacho para la declinación de competencias

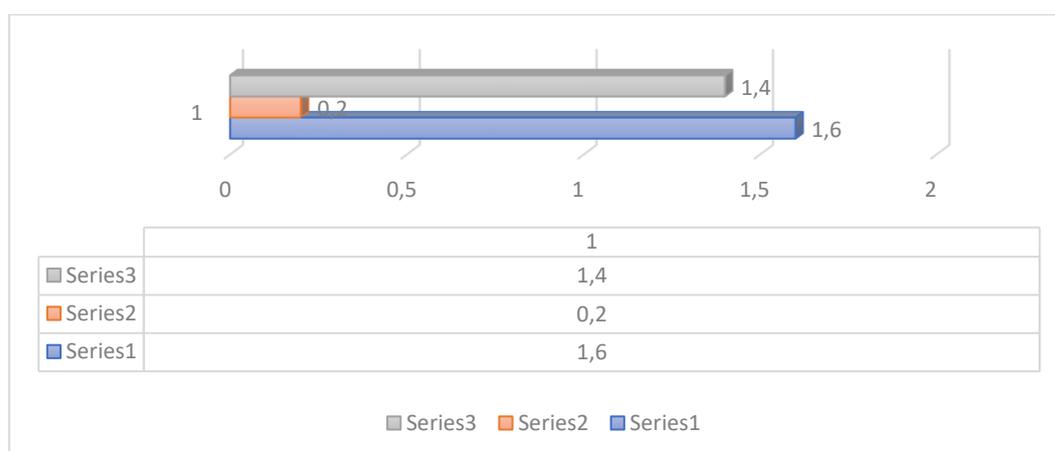
PERIODO DE TRATAMIENTO DEL CASO DE DECLINACIÓN DE COMPETENCIAS	TIEMPO DE TRATAMIENTO PARA DECLINAR COMPETENCIAS
2016	1 mes 4 días
2017	20 días
2019	1 mes 6 días

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

Elaborado por: Elaboración propia

Gráfico 6:

Tiempo de despacho para la declinación de competencias



De los resultados de las estadísticas proporcionadas por la Corte Constitucional, se puede determinar que en las acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de justicia indígena existe un mayor número de acciones pendientes de resolución, Lo mencionado nos demuestra que la Corte Constitucional respecto a resolución de conflictos en materia de justicia indígena es considerado como un tema

de muy complejo tratamiento, primero porque no existe una definición clara de parámetros, y segundo que las decisiones en cada caso dependen del ordenamiento consuetudinario de cada nacionalidad. Este lento accionar conlleva a que el tratamiento de estos casos produzca vulneración de derechos y desprotección de la seguridad jurídica de las personas que requieren la resolución y la protección, así como la garantía de sus derechos visto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico indígena. Esta situación se ha revelado también por García (2015), quien señala que: “la corte ecuatoriana normalmente pone en un segundo plano los casos relacionados con justicia indígena” (p. 15). Lo cual, demuestra que existe una monopolización o preferencia por parte del estado, al ordenamiento jurídico ordinario, aun más, aunque no esté definido las acciones que pudimos ver dentro de las estadísticas y la forma en la que se resuelve los conflictos dentro del derecho indígena, nos revelan que se sigue manteniendo una jerarquización del derecho ordinario encima del derecho indígena, pese a su reconocimiento como derecho fundamental, constitucional.

De los resultados de las estadísticas recibidas por la Corte Constitucional, se puede determinar que conforme a las acciones extraordinarias de protección pendientes por resolver respecto a justicia indígena, se ha revelado que existe un gran porcentaje de acciones de protección pendientes de resolverse por la antigua Corte Constitucional, esto nos demuestra que la antigua Corte Constitucional, dejó muchas causas por resolver en materia de derechos indígenas provocando vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos que requerían esta cobertura e interpretación.

De los resultados de las estadísticas recibidas por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, que entre los años 2010 y 2020, conforme el tipo de Delito puesto a consideración de la justicia ordinaria, solo en 3 casos se ha aplicado la declinación de competencias respecto a justicia indígena, todos de la provincia de Imbabura del Cantón de Otavalo, lo que nos demuestra un gran activismo de la nacionalidad otavaleña respecto a la resolución de casos respecto a justicia indígena, y todos son respecto a violencia de género, de lo que podemos deducir que en materia de convivencia familiar, el derecho indígena tiene falencias en la resolución de estos conflictos.

También se puede determinar que conforme los casos referentes a declinación de competencias por tipo de actividad realizada por la justicia ordinaria, entre los periodos 2010-2020, los juzgados que trataron este tipo de causas no actuaron en debido proceso la declinación inmediata de la competencia, de igual manera conforme el tipo de acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias, los juzgados adicionalmente siguieron el proceso dictando sentencia, en su menor media y archivo que es lo determinado en la norma.

Por último, conforme el tiempo de despacho para la declinación de competencias, los juzgados tuvieron un alto índice de tiempo para la declinación de competencias, siendo que esta declinación en el mismo auto ya debía haberse archivado, lo que nos lleva a deducir que falta un adecuado entendimiento de la declinación de competencias en materia de justicia indígena.

CONCLUSIONES

Se evidencia que los fallos referentes a sentencias en materia de justicia indígena se visualizan mal analizados y muy poco motivados, el interés respecto a la carga de la prueba referente al peritaje sociológico ha quedado olvidado y muy intrascendente en los fallos de la Corte Constitucional, si bien los jueces constitucionales, son expertos en

derecho, se puede visualizar que no contemplan en su manera general lo que significa el derecho indígena.

La declinación de competencias respecto a decisiones de justicia indígena, de las estadísticas se puede visualizar que es un instrumento que los administradores de justicia no lo conocen bien y que cuando es aplicado en las causas su tratamiento demora mucho. Se puede visualizar que los casos de acción extraordinaria de protección respecto a justicia indígena, tratados por la antigua Corte Constitucional, se han visto rezagados y resultan ser un gran peso laboral grande para la nueva Corte Constitucional, esto debido a la falta de comprensión respecto a esta materia, esto conlleva la vulneración de derechos fundamentales, que en materia constitucional tiene un grado alto de tratamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benda-Beckmann, F. v. (2014). *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*. Peru.
- Castillo Bustos, Marcelo y Montoya Rivera, Jorge (2015). dinámica ideo-espiritual de la formación estético-pedagógica del docente. *Alteridad*, 10(2), pp. 190-204.
- Castro, L. P. (1999). *Derecho Internacional Privado Parte General* Séptima Edición. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comercio, E. (5 de Febrero de 2020). *Política*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-resolucion-causas-ecuador.html>
- Davalos, P. (s.f.). *Sumak Kawsay y Estado Plurinacional*.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los Derechos Fundamentales - Cuestiones Constitucionales*.
- Georges, G. (1935). *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit - La experiencia jurídica y la filosofía pluralista del derecho*. Paris.
- Gurvitch, G. (1965). Coloquio Anual de la Asociación Internacional de Sociólogos de la Lengua Francesa.
- Jimenez, B. d. (2012). *Justicia Indígena, Pluralismo e interculturalidad en el Ecuador*. Fundación Rosa Luxemburg.
- Jiménez, B. d.-A. (2012). *Justicia Indígena, Pluralismo e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala.
- Lander, E. (2012). *Plurinacionalidad e interculturalidad: Retos de una convivencia democrática hacia el Buen Vivir*.
- Leopold, P. (1971). *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper and Row. Nueva York.
- Lucic, M. C. (2014). *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Malinowski, B. (1922). *Los argonautas del Pacífico occidental*.
- Moliner, M. (2007). *Diccionario María Moliner de uso del español*. Madrid: Gredos.
- Rousseau, J. J. (1712-1778). *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*.
- Schavelzon, S. (2018). *La Plurinacionalidad en los Andes*.



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X
<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis Jurídico a los Derechos en contexto

La protección y garantía constitucional para el deporte ecuatoriano

Constitutional protection and guarantee for ecuadorian sport

Jorge Washington Pérez Valverde

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica
Funcionario en la Concentración Deportiva de Pichincha. Quito - Ecuador.
Email: jor_was@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4192-6294>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2788>

Recibido: 2020-06-15 / Revisado: 2020-11-05 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



Crítica y Derecho: Revista Jurídica. Vol. 2(2), (enero-junio, 2021). pp. 30-42.

RESUMEN

La protección y garantía constitucional para el deporte ecuatoriano, surge como una exigibilidad, que es la facultad de reclamar por diferentes mecanismos el cumplimiento de los derechos. El deporte es un derecho humano que se encuentra en la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que, es necesario para el desarrollo, la salud y el bienestar tanto de los individuos como de la sociedad. Las formas en que se puede plantear la exigibilidad de este derecho son a través de mecanismos sociales, políticos y legales. Esto conlleva a estimular la práctica de experiencias deportivas auténticas, en las que, los deportistas indistintamente de su condición tienen las mismas oportunidades en las diferentes disciplinas deportivas y desarrollan competencias, conscientes de las ventajas del deporte. La práctica deportiva como un factor influyente en el desarrollo físico e intelectual desde una cosmovisión centrada en el desarrollo de valores requiere que la educación física a nivel de formación en deporte y recreación motive y oriente la reflexión crítica, el trabajo productivo y la comunicación, lo cual, contribuye a la formación de una verdadera conciencia como parte del desarrollo integral.

Palabras clave: deporte, derecho al deporte, políticas públicas, cultura, formación integral, valores.

ABSTRACT

The Constitutional Protection and Guarantee for Ecuadorian Sport arises as enforceability, which is the power to claim compliance with rights through different mechanisms. Sport is a human right that is in the category of economic, social and cultural rights, necessary for the development, health and well-being of both individuals and society. The ways in which the enforceability of these rights can be raised are through social, political and legal mechanisms. This leads to stimulating the practice of authentic sports experiences, in which athletes, regardless of their gender, have the same opportunities in different sports disciplines and develop competencies aware of the benefits of sport and clarify doubts about the importance of Physical Culture and in this way, make its practice relevant as a factor that influences physical and intellectual development for its integral formation, with a perspective that assumes a vision and conscious orientation to our role as managers of change inspired by transmission of culture, as a worldview focused on the acquisition of values, thus understood as the set of knowledge acquired by the human being through the practice of Physical Education, Sport and Recreation, which motivates and guides critical reflection, work productive, dialogue and communication, allowing a true conscient in its integral formation with humanistic values, acting with freedom, law and justice within a constructivist paradigm of social service.

Keywords: sport, right to sport, public policies, culture, comprehensive training, values.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, se pretende analizar las características principales de la concepción de los derechos sociales, en los que se encuentran los del ámbito deportivo, como normas pragmáticas que ocasionó que su exigibilidad quedara condicionada por criterios no jurídicos, dando origen a fenómenos de clientelismo político, en donde los ciudadanos son considerados como beneficiarios de un programa social y no como titulares de derechos, siendo un elemento más de

dependencia hacia las autoridades estatales que administraban su prestación según su conveniencia. Asimismo, se reflexiona acerca de la protección y garantía constitucional en el deporte dentro del sistema deportivo ecuatoriano, la misma que puede contribuir significativamente en la implicación de los deportistas en la actividad deportiva a fin de potenciar sus habilidades y destrezas en las diferentes disciplinas del deporte.

En todas las provincias del Ecuador, el deporte se manifiesta como una importante práctica cultural, valorada y aceptada por la mayor parte de la población. A lo largo del tiempo, diferentes aspectos sociales, políticos, económicos y recientemente el apoyo científico tecnológico, y la creciente demanda de la práctica de la actividad física y deportiva en el país, plantea la necesidad de impulsar su desarrollo de una manera organizada, científica y funcional; hasta el momento todas las acciones físicas, la atención de la práctica deportiva ha sido realizada empíricamente, recurriendo a autodidactas que alguna vez fueron miembros activos de una selección deportiva, lo que conlleva a la necesidad de una práctica deportiva especializada para atender la iniciación, desarrollo y fomento de la cultura física y el deporte a nivel formativo.

Con relación al deporte y muy a pesar de haberse consolidado a partir de la segunda mitad del siglo pasado como una de las actividades sociales más importantes para el mundo contemporáneo desde el derecho aún son insuficientes los pronunciamientos necesarios para comprender cabalmente este hecho social, por demás genuinamente normado (jurídico), lo que implicará per se situaciones jurídicas complejas. Y ello es percibido por cuanto el deporte constituye una actividad donde sus reglas, normas e instituciones en muchas ocasiones y con más frecuencia en los últimos tiempos desbordan los límites naturales de la práctica deportiva y llegan a irradiar hacia los diferentes ámbitos de la sociedad con una particular incidencia y consecuencias jurídicas irrefutables. Visto así, ello nos permite destacarlo como un hecho relevantemente jurídico que progresivamente ha venido ganando forma a través de lo que comienza a reivindicarse como un derecho del deporte, particularizado por los principios generales que han orientado históricamente esta actividad (fair play, monopolio territorial de las asociaciones deportivas, entre otros), así como por las normas que lo regulan.

En la actualidad, los derechos sociales que están incluidos los deportivos, se conciben como normas jurídicas de base constitucional, aunque su suerte ha sido encomendada al diseño de políticas públicas y a la asignación del presupuesto por parte del estado ecuatoriano, necesarios para hacerlos realidad, ámbitos en los que actualmente los mecanismos de garantía de los derechos disponibles para las personas permanecen poco explotados, lo que disminuye su justiciabilidad. Para Abramovich y Curtis “el reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”. Para Malcolm Langford, en las últimas dos décadas se ha visto un avance en la justiciabilidad de los derechos sociales, incluidos los deportivos, señala que hemos sido testigos de un cambio radical. “Los derechos sociales y deportivos parecen haber sido rescatados en parte de las controversias en torno a la legitimidad, legalidad y justiciabilidad y en muchas jurisdicciones se les ha otorgado un lugar más preponderante en las actividades de defensa, en el discurso y la jurisprudencia”.

Esta investigación basada en el prototipo constructivista social de corte crítico que busca reestructurar las políticas deportivas tradicionales aún vigentes con una

intencionalidad de evaluación continua del proceso deportivo en las Federaciones Deportivas Provinciales a nivel nacional, para explicar y comprender el fenómeno educativo - deportivo - recreativo, tomando en cuenta que los deportistas, son seres humanos con características propias, que tienen ilusiones y aspiraciones apropiadas de su edad, por lo tanto, el entrenador debe enfocar sus actividades hacia el cumplimiento de esas aspiraciones, siempre que sea para mejorar su Formación Integral, a través de ideologías y pensamientos críticos, de acuerdo a su avance y desarrollo intelectual de cada uno de los deportistas, proponiendo tendencias interactivas entrenador - deportista. De esta manera se busca que los deportistas valoren la importancia de la práctica de la Cultura Física en la Formación Integral con una preparación deportiva de calidad de aprendizaje - entrenamiento, y el compromiso de todos y cada uno de los miembros de la comunidad en rescatar y resaltar los valores de responsabilidad y compromiso para mejorar actitudes en las interrelaciones diarias de los actores, para lo cual debe haber una perspectiva que asuma una visión y orientación consiente a su papel de gestores del cambio positivo inspirado en la transmisión de la cultura, como una cosmovisión centrada en valores.

El deporte, al ser una actividad humana, presenta la dificultad propia de todo hecho social. La idea del deporte es concebida acorde al grado de desarrollo de cada cultura y su subjetividad está supeditada a los factores históricos, sociales y culturales, que conciben a su manera en la realidad de la actividad deportiva.

La cultura física, modernamente enfrenta a un mundo contrastado de frecuentes cambios económicos, sociales, culturales, políticos e ideológicos, en consecuencia, las estructuras familiares deben propender a esta práctica en conjunto, con valores éticos que al momento vienen sufriendo graves fracturas que repercuten directamente en la calidad de vida de la población actual. Los deportistas a nivel formativo y de alto rendimiento, deben compartir y orientar estas prácticas, sus alcances y consecuencias, reconociendo los factores de riesgo que anteceden a las conductas lesivas del ser humano y propugnar desarrollar habilidades; destrezas y capacidades en su formación integral, así entendida hoy más que nunca la Cultura Física se ha convertido en un referente motivacional, capaz de ser practicada por todos quienes gustan llevar una vida sana y saludable sin mirar edad, sexo ni condición social, pues aplicando una metodología adecuada tanto en la teoría como en la práctica orientan de manera más efectiva los estándares de eficiencia personal.

La Cultura Física es aquella que nos ayuda a tener una vida correcta, tanto a nivel teórico como práctico, sabiendo alternar músculo y cerebro. Saber cuidarnos, saber elegir el método adecuado para ello en cada momento, tener la capacidad de aconsejar en materia de educación física, saber estar, mientras vemos un evento deportivo, comprendiendo los aspectos a nivel deportivo, competitivos de éste, comprende los papeles de los que celebran dicho evento (y no sólo los deportistas, sino jueces, árbitros, técnicos, espectadores).

Pero más allá de ello, debe presuponerse que la reivindicación del deporte como un derecho humano no debe circunscribirse únicamente al marco de su consagración positiva en las Constituciones, pues relativizaríamos el verdadero alcance y valor del mismo y desconoceríamos que, en gran parte, se comenzó a reconocer por iniciativa de las organizaciones deportivas, gubernamentales o no, en cuyo seno se reconoció inicialmente el acceso a la práctica y conocimiento del deporte como valedero para el pleno desarrollo de la personalidad humana. Lo cual, en concordancia con Castillo (2015), podría decirse que se trata de un desarrollo holístico del ser humano.

Así, desde los inicios del pasado siglo, en el Movimiento Olímpico, su impulsor Pierre de Coubertin, quizás influenciado por su talante pedagógico, valoró el deporte

como elemento básico en la formación de las personas, llegando a sentar en 1919 las bases del posteriormente denominado Deporte para Todos. Tal consideración alcanzó su máxima expresión en la formulación del octavo de los principios fundamentales de la Carta Olímpica, añadido durante las modificaciones adoptadas desde la edición de esta (vigente a partir del 15 de junio de 1995 y ratificada en junio de 1996 por la 105 Sesión del Comité Olímpico Internacional, en Atlanta, Estados Unidos) y donde se preceptuó: "La práctica del deporte es un derecho humano. Toda persona debe tener la posibilidad de practicar deportes según sus necesidades".

DESARROLLO

Para la aplicación de un sistema deportivo integral, se llevaron a cabo algunos estudios que tuvieron por objeto el análisis de las variables, que tienen influencia sobre un proceso de enseñanza - aprendizaje de calidad en materia deportiva, en donde se evaluaron en gran parte de los entrenamientos, se impartían contenidos variados y multilaterales, desarrollados en unidades didácticas de corta duración ósea muy escasas.

La planeación de políticas públicas en materia de deporte con perspectiva de derechos sociales requiere de los siguientes componentes, sobre la base de la igualdad y la no discriminación.

Disponibilidad. - es la presencia de bienes y servicios, es decir, instituciones, programas y espacios para la práctica deportiva en cantidad suficiente.

Accesibilidad. - significa que debe ser accesible a todos, consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas para que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura física, que la práctica del deporte en todas sus manifestaciones esté al alcance física y económicamente de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación. Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad, a las mujeres, niños, jóvenes y a quienes viven en la pobreza acceso a la práctica del deporte.

Aceptabilidad. - implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado sean aceptables para las personas y las comunidades a quienes van dirigidas. A este respecto, se deben celebrar consultas con esas personas y comunidades para que las medidas sean aceptables, tratándose del derecho al deporte es fundamental la participación ciudadana en la elaboración de políticas públicas.

Idoneidad. - el deporte tiene diferentes manifestaciones, el Estado tiene la obligación de satisfacer o tomar medidas para garantizar el ejercicio pleno de este derecho en sus diferentes modalidades; como protector de la salud, deporte para todos o deporte popular; deporte espectáculo, deporte de alta competición y deporte-educación o educación física.

Adaptabilidad. - Se refiere a que los medios y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio del derecho al deporte tenga la flexibilidad necesaria para poder ser modificados a fin de adaptarse a las necesidades sociales y a las transformaciones que viene experimentando el deporte como consecuencia de los procesos de mundialización y responder a contextos culturales y sociales variados.

Por lo tanto, la implementación de políticas públicas con perspectiva o enfoque de derechos representa una estrategia viable para la materialización del derecho al deporte y avanzar así en las estrategias de exigibilidad.

Siedentop, en su libro *Sport Education: Quality PE Through Positive Sport Experiences* dice:

(...) en sus estudios observó, además, que muchos alumnos eran capaces ejecutar las habilidades aprendidas de forma aislada con una gran solvencia, sin embargo, no eran capaces de transferir lo aprendido, a un contexto de juego real consecuentemente, las competiciones finales o de aplicación que realizaban, resultaban poco enriquecedoras a nivel de aprendizaje. En ellas los alumnos con un nivel alto de habilidad (high skill student) dominaban el juego, mientras que los de nivel bajo (low skill student), encontraban múltiples ocasiones para pasar desapercibidos, y no participar verdaderamente. Los autores percibieron que las experiencias de práctica deportivas que los alumnos vivenciaban en este sentido se alejaban en gran medida de la realidad deportiva, y no generaban un verdadero interés ni por el deporte, ni por su práctica, fuera del contexto escolar.

Además, este comportamiento de práctica deportiva observado, según el punto de vista, difería de forma notable del comportamiento de los deportistas en otro contexto de práctica deportiva, fundamentalmente a nivel formativo y/o federada (clubes), o en competiciones nacionales e internacionales. En este otro contexto, el nivel de entusiasmo e implicación en la práctica se percibe fácilmente, ya que, de forma general, además de la voluntariedad de la práctica, existen una serie de objetivos de equipo que motivan y guían a los deportistas en el proceso de enseñanza-aprendizaje (mejorar el rendimiento del equipo, acudir a los campeonatos nacionales, mejorar la técnica, etc.).

En esta línea, el deporte, a diferencia de otras formas de práctica de actividad física, posee determinados rasgos, que le aportan un significado distinto, y se deben tener en cuenta en la planificación del proceso de enseñanza-aprendizaje entre ellos, el deporte se desarrolla y practica a lo largo de temporadas, los deportistas, independientemente del tipo de deporte que practiquen, pertenecen a un equipo o a un club, y como miembros afiliados, se someten al sistema de competición y práctica que el reglamento amerite para cada deporte en concreto.

El deporte, que se desarrolla de esta manera, es decir los deportes más comunes, como por ejemplo el fútbol, básquet, posee una naturaleza festiva, que refuerza la participación y fomenta un contexto favorable para la práctica de los diferentes deportes que pueden ser competitivos, es preciso señalar, que ninguno de estos aspectos indicados como característicos del deporte moderno, está muy presente, en la forma que se enseñan los deportes en las clases a nivel formativo.

Las experiencias deportivas que se generan son un tanto incompletas e inconexas con la realidad deportiva. Por ejemplo, en Ecuador se tiene los Comités Olímpicos, Federaciones Ecuatorianas por Deporte, Federaciones Provinciales, las mismas que son encargadas de buscar y formar los jóvenes talentos en cada disciplina deportiva, pero que en realidad no tienen los suficientes recursos económicos y así mismo no cuentan con centros de entrenamiento, pese a que varias Federaciones poseen infraestructura propia, pero no muy adecuada para los entrenamientos de los deportistas en las diferentes ramas deportivas.

El ser humano necesita ser influenciado con hábitos de practicar las actividades físicas como vía para la consecución de los más grandes objetivos plasmados en acrecentar las funciones que lleva intrínsecamente la práctica de la Cultura Física promoviendo una salud integral para atender las necesidades sociales. Lo enunciado anteriormente no cristaliza en la formación y desarrollo de los deportistas, en razón de que los entrenadores y dirigentes deportivos no colaboran en la construcción de una sociedad justa y democrática, no hay conciencia de su formación en valores como la solidaridad, no hay la tenacidad, perseverancia, sentido de pertenencia, generando profesionales que no les permite potenciar sus capacidades físicas e intelectuales y mejorar la convivencia, no aprovechan todos los recursos técnicos y tecnológicos a

su alcance y que logren un nivel óptimo de preparación en actividades-físicas-deportivas-recreativas, que contribuyan a su formación integral, a la conservación y mejoramiento de la salud y consoliden hábitos de práctica sistemática de ejercicios que perduren en la vida familiar, social y profesional, así como también no aprovechan la utilización correcta del tiempo libre, para evitar el sedentarismo y lograr una mejor calidad de vida para el ser humano.

Los diferentes niveles competitivos deportivos son considerados como un refuerzo de la práctica, tanto académica como deportiva, la que tiene como finalidad la perfección del ser humano, considerando las etapas que conforman su personalidad, el desarrollo armónico, la madurez de todas sus facultades para que actúen en forma libre, consciente y responsable (Dewey 1969), las constates innovaciones en el mundo físico deportivo y las aportaciones de nuevas perspectivas y concepciones de la actividad física han propiciado el reajuste de las clasificaciones ya existentes y han suscitado nuevas investigaciones en busca de criterios para la estructuración de la Cultura Física como un sistema deportivo a nivel formativo, con base al aspecto moral y social, donde los deportistas sean el centro de atención de los avances científicos, tecnológicos y deportivos que alcancen su formación integral, es decir física e intelectual.

El comportamiento de la sociedad obedece a cambios que se han generado en el mundo y provoca nuevos retos y hay que estar preparados para salvaguardar los intereses del ser humano. La práctica de las actividades físicas es un hecho social inmerso en una red de multideterminaciones históricas, económicas, políticas, ideológicas, ontológicas y culturales, permite crear un clima psicológico efectivo para el trabajo, utilizando las emociones en los momentos duros y críticos en la adquisición del conocimiento.

La Constitución de la República del Ecuador, referente a los derechos económicos, sociales y culturales, en el capítulo IV, sección undécima, de los deportes, señala: "Art.82.- El estado protegerá, estimulará, proveerá y coordinará la cultura física, el deporte y recreación, como actividades para la formación integral de las personas. Proveerá de recursos e infraestructura que permita la masificación de dichas actividades." Constitución de la República del Ecuador (CRE).

La ley del deporte, educación física y recreación ecuatoriana, en su artículo 2 manifiesta "que al Estado le corresponde: a. Proteger, estimular, promover y coordinar las actividades físicas, deportivas y de recreación de la población ecuatoriana; así como planificar, fomentar y desarrollar el deporte, la educación física y la recreación. b. Proveer los recursos económicos e infraestructura que permita manifestar estas actividades físicas-deportivas-recreativas. Así mismo, debemos manifestar lo señalado en el Título V: de la educación física: Art. 81.- De la Educación Física. - La Educación Física comprenderá las actividades que desarrollen las instituciones de educación de nivel prebásico, básico, bachillerato y superior, considerándola como un área básica que fundamenta su accionar en la enseñanza y perfeccionamiento de los mecanismos apropiados para la estimulación y desarrollo psicomotriz. Busca formar de una manera integral y armónica al ser humano, estimulando positivamente sus capacidades físicas, psicológicas, éticas e intelectuales, con la finalidad de conseguir una mejor calidad de vida y coadyuvar al desarrollo familiar, social y productivo. Art. 82.- De los contenidos y su aplicación. - Los establecimientos educativos de todos los niveles deben aplicar en sus contenidos de estudio y mallas curriculares la cátedra de educación física, la misma que deberá ser impartida cumpliendo una carga horaria que permita estimular positivamente el desarrollo de las capacidades físicas e intelectuales, condicionales y coordinativas de los

estudiantes. Los establecimientos de educación intercultural bilingüe desarrollarán y fortalecerán las prácticas deportivas y los juegos ancestrales. Ley del Deporte, Educación Física y Recreación.

Derecho al deporte

El derecho al deporte aparece vinculado como parte del derecho a la educación, es a partir de la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (UNESCO, 1978) que toma un camino autónomo, la Carta señala en su primer artículo:

“Artículo 1. La práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos 1.1. Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad. El derecho a desarrollar las facultades físicas, intelectuales y morales por medio de la educación física y el deporte deberá garantizarse tanto dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social.”

En el Art. 24 de la Constitución de la República del Ecuador, se recoge el siguiente texto: “Las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre”; posteriormente, el Art. 381 se señala: “El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas;”.

Objeto del derecho al deporte

El derecho al deporte surge como un área del derecho cuyo objeto es el estudio y regularización del deporte y sus manifestaciones en el marco de la convivencia social y porque no deportiva, enmarcado en los principios generales del derecho, el ordenamiento interno y la normativa pública internacional. Es importante precisar que, de las definiciones de la Carta Internacional y la Constitución de la República del Ecuador, se encuadran en la esfera pública del Derecho al Deporte y lo catalogan como un Derecho Humano, con el énfasis de que el principal garante de los Derechos Humanos es el Estado.

El Art. 381 de la Constitución señala la obligación estatal frente al derecho al deporte. Particularmente, la normativa legal, Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, en el Art.3 se señala se señala: “De la práctica del deporte, educación física y recreación.- La práctica del deporte, educación física y recreación debe ser libre y voluntaria y constituye un derecho fundamental”, se debe señalar que desde 2008 en Ecuador existe una igualdad de los derechos por lo que el uso del término derecho fundamental es erróneo y parte de la formación integral de las personas. Serán protegidas por todas las Funciones del Estado.

Tanto la normativa constitucional como legal señalan la obligación del poder público de garantizar y cumplir con este derecho, por lo que el derecho al deporte se presenta como una garantía jurídica que reviste a los individuos y grupos humanos contra las acciones u omisiones que interfieren la esfera de libertades y la dignidad humana respecto a la potestad de realizar la práctica deportiva de manera libre y voluntaria. El derecho al deporte obliga a todos los niveles de Gobiernos Autónomos, no solo a respetar este derecho sino también a desarrollarlo e implementar políticas adecuadas para un buen funcionamiento del ordenamiento jurídico deportivo.

Entre las características del derecho del deporte se señalan:

- La universalidad, porque sus regulaciones son de carácter general, emana del poder estatal por intermedio de la Constitución y la ley;
- Igualdad para todos los individuos;
- Interdependencia, para su desarrollo progresivo se apoya de otros derechos;

- No puede ser suspendido o retirado por ser irrenunciable;
- Impone una obligación al Estado de acción que garantiza y desarrolla este derecho.

El deporte es garantizado por la comunidad internacional a través de la Carta Internacional del Deporte y Tratados Internacionales reconocidos por el Estado Ecuatoriano, en el marco del tema deportivo, también es protegido por la Constitución al encontrarse en su catálogo de derechos y a nivel legal cuenta con su propia legislación.

Exigibilidad legal del derecho al deporte

La exigibilidad en su dimensión legal hace referencia a la justiciabilidad, es decir, a la defensa del derecho al deporte ante tribunales y órganos jurisdiccionales. La garantía jurisdiccional de los derechos deportivos se ha convertido en un tema recurrente en el ámbito académico y judicial, las posturas van desde aquellas que consideran a los derechos sociales y deportivos como normas programáticas que no tienen cabida en los tribunales hasta aquellos que sostienen que todos los conflictos sociales deben quedar en manos de los jueces. Para poder exigir judicialmente un derecho, en este caso al deporte, se requieren ciertos preceptos jurídicos:

- Reconocimiento del derecho al deporte en las constituciones.
- Desarrollo normativo.
- Existencia de recursos jurídicos.
- Existencia de tribunales imparciales e independientes.

Esta cuestión cobra mayor interés cuando se trata de la positivación del deporte en los ordenamientos jurídicos y, a la vez, mucho más cuando se trata esta incorporación al derecho desde la perspectiva del reconocimiento de este como un derecho constitucional, tendencia novedosa que se aprecia notablemente en el contexto latinoamericano (Cuba, Nicaragua, Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, República Dominicana y, recientemente, México).

Son varios los países latinoamericanos que reconocen en sus textos constitucionales el derecho al deporte como Brasil, Cuba, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Venezuela, México, entre otros. El reconocimiento expreso del derecho al deporte en un texto constitucional es sin duda el medio natural de configuración y protección del derecho y el punto de partida de las normas que lo tutelan, ya que hace suponer que los Estados que lo reconocen en sus textos constitucionales están en mejores condiciones para garantizar su tutela. No obstante, en caso de que no se encuentre reconocido el derecho al deporte en la constitución, puede reclamarse vinculándolo con violaciones de los derechos civiles y políticos, “los derechos civiles y políticos bien protegidos también ayudan a crear algunas de las condiciones subyacentes para los litigios por derechos sociales, como la libertad de expresión, procedimientos judiciales efectivos y cierto grado de atención a la efectividad de los remedios” asimismo, cabe recordar que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, lo que significa que están relacionados entre sí, de tal forma que para ejercer plenamente determinado derecho será necesaria la intervención de otro u otros derechos, por lo tanto la violación de uno de ellos puede afectar directa o indirectamente el ejercicio de otro u otros derechos, lo importante será explorar diferentes caminos para reclamar jurídicamente el derecho al deporte, como por ejemplo, en caso de que el Estado haya tomado medidas necesarias para garantizar el derecho cubriendo solamente una parte de la población, se estaría discriminando a otra parte lo cual no debe ser admisible y abre la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento para todas las personas de la obligación del Estado.

Por otra parte, es necesario contar con un adecuado desarrollo normativo del derecho al deporte. En México, una vez reconocido constitucionalmente el derecho a la cultura física y la práctica del deporte, el 7 de junio de 2013 se promulgó una nueva Ley General de Cultura Física y Deporte, esta Ley que es de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana cuya aplicación le corresponde en forma concurrente al Ejecutivo Federal y a las Autoridades Estatales y Municipales, así como a los sectores social y privado, tiene un carácter sobre todo orgánico, regula a los órganos de la administración pública y al sector privado pero no configurar verdaderas prerrogativas concretas para la protección efectiva de este derecho. En Colombia, con la intención de fortalecer el Sistema Nacional del Deporte y continuar con el desarrollo deportivo, se construye un Nuevo Proyecto de Ley del Deporte (Ley 264-2017) con la participación de entes gubernamentales, mesas de trabajo y participación ciudadana, este proyecto de ley tiene como objetivo general definir estrategias, herramientas y estructuras para mejorar y garantizar la promoción, la participación y el fortalecimiento de la práctica del deporte bajo los principios de universalidad, igualdad, imparcialidad, inclusión social, deportiva y recreativa, dignidad humana, ética, democratización, participación ciudadana, integración funcional, formación integral, educación y promoción para el deporte y la recreación, coordinación, eficacia, progresividad y, gasto público social.

Los recursos jurídicos que se pueden utilizar varían de un país a otro o tienen diferente denominación, en Ecuador, la Constitución de la República en su artículo 88 contempla la acción de protección que tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. La constitución de Perú en su artículo 200 señala que son garantías constitucionales la acción de Hábeas Corpus la acción de amparo, La acción de Hábeas Data, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular, la acción de cumplimiento. La constitución de Bolivia contempla en su artículo 128 la acción de amparo constitucional. Colombia establece en su artículo 86 la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales. El esquema de la constitución en México incluye entre otros mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos humanos al juicio de amparo (art. 103 y 107), la controversia constitucional (art. 105 fracc.II), la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (art. 97 párrafos 2º y 3º).

Aquí haciendo una acotación, no todas las legislaciones tienen establecido los permisos de salida del país para los menores que integran el sistema deportivo, que en nuestro caso depende exclusivamente de los Padres, ya que ellos, mantienen la patria potestad y si se negaren por cualquier motivo o circunstancia, los deportistas no podrían abandonar el país para que puedan participar a nivel internacional. Lo que debemos plantear en nuestro país, el tomar las medidas alternativas que cuentan otros países como por ejemplo, los EEUU, que en caso de conflicto de intereses entre los padres; es el Estado, el que asume esa responsabilidad a través de los Juzgados Especializados en materia deportiva, así como su protección y manutención mientras dure su representación en cualquier país, está a cargo del Estado, por lo que, el Ecuador debería adoptar este tipo de políticas para con nuestros deportistas, ya que por este tipo de intereses muchos de nuestros seleccionados no han podido salir del país para que nos representen en las competencias internacionales y más aún en los Juegos Olímpicos, que es la aspiración tanto de los deportistas como de nuestro Comité Olímpico Ecuatoriano.

Precisamente, en tales ordenamientos jurídicos el reconocimiento constitucional del deporte presupuestará los fundamentos básicos de ese derecho del deporte que,

insisto, progresivamente ha venido formándose en el derecho contemporáneo, no exento de debates y polémicas doctrinales.

Necesariamente, parte de estos debates expuestos en la doctrina se dirigen al derecho constitucionalmente reconocido al deporte, evidenciando la necesidad de concebir definitiva e inequívocamente una dogmática particular de este derecho que permita, a su vez, identificar un contenido mínimo invariable de protección jurídica efectiva en sus elementos constitutivos (naturaleza jurídica, titularidad, objeto, contenido esencial, límites en su ejercicio, entre otros), y con ello, consecuentemente, garantice el pleno disfrute o goce por parte de sus titulares y la salvaguarda del Estado de derecho (y de derechos), cual pilares fundamentales en que deben sostenerse nuestras sociedades contemporáneas.

De ahí el propósito esencial del presente estudio, dirigido a proponer unas bases mínimas que conduzcan finalmente a una ordenación general del deporte acorde a los presupuestos teóricos que podrán informar los elementos configuradores del derecho al mismo (cuestión que aún no se satisface plenamente en todos los ordenamientos jurídicos donde se reconoce), de modo que se aseguren plenamente los mismos y, con ello, el disfrute y goce por parte de sus titulares.

Derecho deportivo

Clerc (1992) cita que la expresión Derecho Deportivo aparece por primera vez en 1933 en Italia, en el estudio de Cesarini Sforza se enfoca en la revisión judicial de ciertas sanciones disciplinarias del Jockey Club de Italia, donde se señala que toda organización deportiva se identifica con un ordenamiento jurídico autónomo y, en consecuencia, la comunidad deportiva genera su propio derecho, sus propias relaciones jurídicas, bajo formas y principios diferentes a los estatales. Emilio Nova, citado por Filho (2012), dice: “el derecho deportivo es un derecho de carácter voluntario y autónomo, atendida la circunstancia de que los propios aficionados o profesionales se someten y acatan las reglas del deporte que practican o que ellos mismos en sus propias organizaciones elaboran”

Estos conceptos discrepan de los términos de Derechos al Deporte. El Derecho al Deporte se identifica por su carácter público, sus regulaciones emanan de la normativa, su aplicación es de orden general al igual que sus efectos; el Derecho Deportivo, por el contrario, reviste un ámbito privado, sus normativas son fuente de la reglamentación y estatutos gremiales federativos, sus efectos son de carácter particular y rigen para sus asociados.

El Derecho Deportivo es de ámbito autónomo, independiente, su organización está constituida por dos pilares paralelos y vinculados estrechamente, es decir un pilar es el federativo y otro el olímpico.

Los derechos deben orientar de manera general las políticas públicas y brindar un marco conceptual que guíe su formulación e implementación. Las políticas públicas sobre deporte deberían estar orientadas por los principios y valores contemplados en la Carta Internacional de la Educación Física, la Actividad Física y el Deporte.

Mediante la formulación de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos se busca:

- Materializar los derechos, no sólo como aspiración o como bien jurídico reconocido. Atender a grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación.
- Incluir la participación efectiva de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil.
- Fomentar la rendición de cuentas y la transparencia.

- Dar cumplimiento a las obligaciones en materia de derechos humanos: respetar, promover, garantizar y proteger.
- Transformar las estructuras sociales, políticas, económicas y culturales.

CONCLUSIONES

Tal y como pudimos apreciar, el deporte comenzó a ser objeto de tratamiento constitucional desde mediados del pasado siglo, principalmente a partir del reconocimiento de mandatos públicos de fomento, promoción o desarrollo del mismo. Posteriormente, a partir de la década de los setenta, comenzó a reconocerse expresa y gradualmente el derecho al deporte en las Constituciones, cual emergente derecho económico, social y cultural entonces. No obstante, ello no condujo a que se construyeran unas doctrinas académica y jurisprudencial, necesarias para el desarrollo teórico de la dogmática particular del derecho al deporte, exigida esta última en el propósito de dimensionar correctamente su desarrollo y alcance en su respectiva normativa complementaria.

Precisamente, el reconocimiento constitucional del derecho al deporte implicará la vigencia de sus elementos constitutivos, esbozados en la construcción teórica de su dogmática particular, en el ámbito de todas las normas de ordenación del deporte, en las que la integridad y respeto de tales elementos se expone como una condición sine qua non en la consecución del pleno ejercicio del mismo. En ese propósito, cabe advertir que, en el deporte, hecho social genuinamente normado, confluyen normas de ordenación que emanan de diferentes centros de producción, entre los que pueden identificarse las entidades públicas y las organizaciones deportivas particulares, de las que emanan las principales normas que orientan y ordenan la actividad deportiva.

Los casos expuestos, muestran la viabilidad de poder exigir el derecho al deporte ante un juez o unidad judicial, los razonamientos jurídicos aportados representan una importante contribución para avanzar en las estrategias de exigibilidad. No obstante, es necesario explorar otros caminos para exigir el cumplimiento del derecho al deporte, medios alternativos para judicializarlo y como utilizar el derecho a no ser discriminado, o medios indirectos, como la garantía del debido proceso. Se requiere, además, el empoderamiento de los titulares del derecho al deporte, en especial los grupos vulnerables (mujeres, niños personas con discapacidad, adultos mayores, indígenas), para que desde un enfoque de garantía de derechos exijan la adopción de políticas públicas encaminadas a ejercer plenamente su derecho y superar el asistencialismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales" *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. (2005) Disponible en:
- Amabrovich. Víctor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo." *Revista de la CEPAL*, No. 88, (2006) 35-50.
- Castillo Bustos, Marcelo y Montoya Rivera, Jorge (2015). *Dinámica ideo-espiritual de la formación estético-pedagógica del docente*. *Alteridad*, 10(2), pp. 190-204.
- ARI y RAZAVICH. *Investigación Científica Social*. Editorial Kapelusz. Buenos Aires – Argentina.

-
- Armstrong, N., y Welsman, J. R. (2006). The physical activity patterns of European youth with reference to methods of assessment. *Sports Medicine*, 36(12), 1067-1086; Fairclough, S. J., y Stratton, G. (2006).
- BALLESTEROS, J. y ALVAREZ, J. Manual didáctico de Atletismo. Colección de Educación Física. Editorial Kapelusz. Buenos Aires - Argentina.
- BASCO, Miguel. Perfiles ocupacionales por competencias. Editorial Universidad Pedagógica Franck Pais García. Cuba.
- Cano López, Luis y Javier Angulo Nobara, Javier. De las palabras a la realidad: los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como derechos exigibles. Distrito Federal: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2016.
- Constitución de la República del Ecuador (CRE).
- CONVENIO ECUATORIANO – ALEMÁN. Guía de Gestión Curricular. (Área de Cultura Física). Editorial M.E.C.
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Leyes y Reglamentos de Educación, Cultura y Educación Física. Quito – Ecuador.
- Corte Constitucional de Colombia, Primera Sala de Revisión, Sentencia No. T-466/92 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-466-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena, Auto 053/16 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/a053-16.htm>
- Corte Constitucional en Colombia, Sentencia T-266/13, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-266-13.htm>
- DINADER. PROMEBEC. Diccionario de Educación Física, Deportes y Recreación. Editorial MEC. Quito – Ecuador.
- DYSON, G. Mecánica del Atletismo. Editorial Instituto Nacional de Educación Física y Deportes. Madrid – España.
- Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, su Reglamento General.
- Siedentop, D. (1994). *Sport education: Quality PE through positive sport experiences*. Champaign, IL: Human Kinetics.



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X
<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis Jurídico a los Derechos en contexto

Factores incidentales de conducta de los agentes de seguridad penitenciaria en el contexto de su trabajo

Incidental factors of conduct of prison security officers in the context of their work

Jefferson Adrián Quezada López

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Maestrante de la Universidad Central del Ecuador, Quito-Ecuador

Email: jeffquezada@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5018-5264>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2789>

Recibido: 2020-06-15 / Revisado: 2020-11-01 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



RESUMEN

Este trabajo describe los factores incidentales de la conducta de los Agentes de Seguridad Penitenciaria en el contexto laboral, debido a que, en las relaciones e interrelaciones de estos, con las personas privadas de la libertad se evidencian diversos modos de comportarse como consecuencia de las condiciones socio laborales. La recolección de información se realizó mediante entrevistas a diez agentes de seguridad en funciones, a diez ex-guías de seguridad penitenciaria, a diez internos (PPL) y a diez ex-internos. Los datos revelan que los Agentes de Seguridad Penitenciaria, mantienen un adecuado control emocional dentro y fuera de su lugar de trabajo. No obstante, se sienten muy preocupados por su seguridad e incluso la seguridad de sus familias, en el cumplimiento de sus funciones y evidencian cambios significativos en su comportamiento; lo cual, conlleva a concluir que, debido a las actividades rutinarias, las limitaciones inherentes a la seguridad y las exigencias laborales; los Agentes de Seguridad Penitenciaria tienen afectaciones socioemocionales a partir de las condiciones laborales en las que trabajan.

Palabras clave: comportamiento, rehabilitación social, guía penitenciario, personas privadas de libertad, supervivencia.

ABSTRACT

This work describes the incidental factors of the behavior of the Penitentiary Security Agents in the labor context, due to the fact that, in their relationships and interrelationships with people deprived of liberty, different ways of behaving are evidenced as a consequence of the socio-labor conditions. Information was collected through interviews with ten acting security agents, ten ex-prison security guides, ten inmates (PPL) and ten ex-inmates. The data reveals that the Penitentiary Security Agents maintain adequate emotional control inside and outside their workplace. However, they feel very concerned about their safety and even to their families' safety, in the performance of their duties and they show significant changes in their behavior; which leads to the conclusion that, due to routine activities, the inherent limitations to safety and work demands; the Prison Security Agents have socio-emotional effects from the working conditions in which they work.

Keywords: behavior, social rehabilitation, prison guide, people deprived of liberty, survival.

INTRODUCCIÓN

Incuestionablemente las condenas reprimidas con prisión a nivel internacional, como garantía de no repetición en el cometimiento de un delito, y particularmente en el Sistema Penal Ecuatoriano desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014 que reprime a personas que hayan cometido delitos sancionados con penas superiores a diez años privativos de libertad sin suspensión de la misma, demuestran que encarcelar no es el mecanismo idóneo para la reparación del daño ocasionado, pues prioriza el tratamiento penitenciario a una reinserción saludable de la persona sentenciada. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el vigilar y controlar las condenas le compete a los jueces de garantías penitenciarias conforme lo dispone el art. 1 de la resolución No. 018-2014, de fecha 29 de enero del 2014 ratificada mediante resolución No. 32-2014 de fecha 20 de febrero del 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, en que resuelve ampliar la competencia en razón de la materia de las juezas y jueces de garantías penales de

primer nivel con asiento en la ciudad sede de la Corte Provincial de Justicia, en donde existan establecimientos penitenciarios, para que conozcan y resuelvan los asuntos relacionados con materia de Garantías Penitenciarias, conforme las disposiciones contenidas en el Art. 230 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), apoyados sí en el interior del Centro de Rehabilitación por los agentes de seguridad penitenciaria encargados de mantener la organización penitenciaria dignificando las condiciones de vida promoviendo un verdadero proceso de rehabilitación y reinserción social.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el art. 201 establece que: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos” (2008, p. 106), pero la situación de decadencia en los Centros de Rehabilitación Social en el Ecuador, las políticas de Gobierno como persecución carcelaria, deficiencia administración sobre infraestructura de seguridad, impedimento a solicitud de medidas alternativas, no permiten el desarrollo evolutivo de los centros penitenciarios conocidos únicamente como sitios cerrados con restricciones para quienes han faltado a la ley sin importar de lo que existe en su interior, creando en la sociedad un concepto erróneo de las facultades de los agentes de seguridad penitenciaria pues se piensa que estos están trabajando en las cárceles para cuidar a los detenidos.

Para Kalinsky (2008), el agente penitenciario debe concentrarse en situaciones, para las cuales no han sido preparados y mucha de las veces en las que no quisieran estar inmersos: síndromes de abstinencia (alcohol o drogas), enfermedades mentales, enfermedades físicas (diabetes, HIV, desnutrición, tuberculosis), respuestas emocionales y físicas de los internos ante la notificación de sus resoluciones, escasez de dinero, de relaciones intrapersonales o la simple desesperación de una situación extrema al comportamiento del interno (p. 27).

Desde el aspecto jurídico, el agente de seguridad penitenciario se encuentra ejecutando labores inherentes a la seguridad del Estado, pues resguarda la vida y la salud de los privados de libertad, su identificación con la institución se halla regulado por el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadano y Orden Público (COESCOP), Código Orgánico Integral Penal (COIP), Constitución de la República del Ecuador (CRE). La formación académica de estos profesionales en nuestro país actualmente se realiza en la Escuela de Formación Penitenciaria el cual exige procesos de admisión que respalde su carácter, honorabilidad y respeto para ser merecedores de la confianza para este cargo profesional.

Ahora bien, los factores que permiten demostrar una conducta disuasiva de los agentes de seguridad penitenciaria dentro de las cárceles y en el hogar del que pertenecen, es sin duda el centrarse en el espacio que ocupan ya que el demostrar una actitud poco amigable, fría, no sensible ante las personas que ingresan como privados de libertad, estar armados, operar con mercancía ilegal, convivir con los internos, les obliga a mantener una vida rutinaria que no permite disfrutar sus horas en casa, por lo tanto cambian su forma de pensar, creer y transitar. Generalmente los gobiernos no le apuestan al sistema penitenciario, pero afianza la característica humana de los agentes de seguridad penitenciaria, quienes no necesitan encontrarse bajo el peso de una ley para realizar lo correcto conforme lo explica la exposición de motivos del COIP.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de esta investigación identificó una muestra en el sistema de rehabilitación social en el Centro de Privación de la Libertad para Personas Adultas en Conflicto con la Ley de la ciudad de Loja. Esta muestra está conformada por cuarenta personas, entre los cuales están: personas privadas de la libertad (PPL), Ex personas privadas de libertad, agentes de seguridad penitenciaria (ASP) y Ex agentes de seguridad penitenciaria.

La investigación es de enfoque cualitativo, puesto que se obtiene información basada en el comportamiento de los Agentes de Seguridad Penitenciaria de la ciudad de Loja. Los instrumentos utilizados para la recolección de datos son la observación empírica, a través de la cual, se examina el comportamiento de los ASP ante situaciones diversas en el contexto de su trabajo; y, una entrevista estructurada que consta de preguntas relacionadas al proceder de los ASP aplicada a todos los investigados, esto, según la naturaleza de la investigación. Los resultados se analizaron empleando Atlas ti.

RESULTADOS

La línea argumentativa expuesta en el presente trabajo ha reflejado los factores a considerar para que se dé el comportamiento de los Agentes de Seguridad Penitenciaria; así las actuales PPLs de este Centro de Rehabilitación Social mencionan que estos servidores públicos reaccionan con falta de respeto hacia los privados de libertad, sus familiares en horas de visitas, amedrentando a los que no pueden defenderse, temerosos eso sí por quienes lideran los grupos en cada uno de los pabellones, enojados por sus horarios de trabajo que prefieren alejarse cuando existe una riña dejando encerrados a todos los que se encuentren en su camino sin importar de lo que pueda llegar a suceder. La forma repulsiva con que los miran los ASP hace que esta cárcel se convierta en un calvario pues si sobresale algo que no es de su parecer incitan al mal comportamiento que incide en el trasladado a cárceles de mayor peligrosidad.

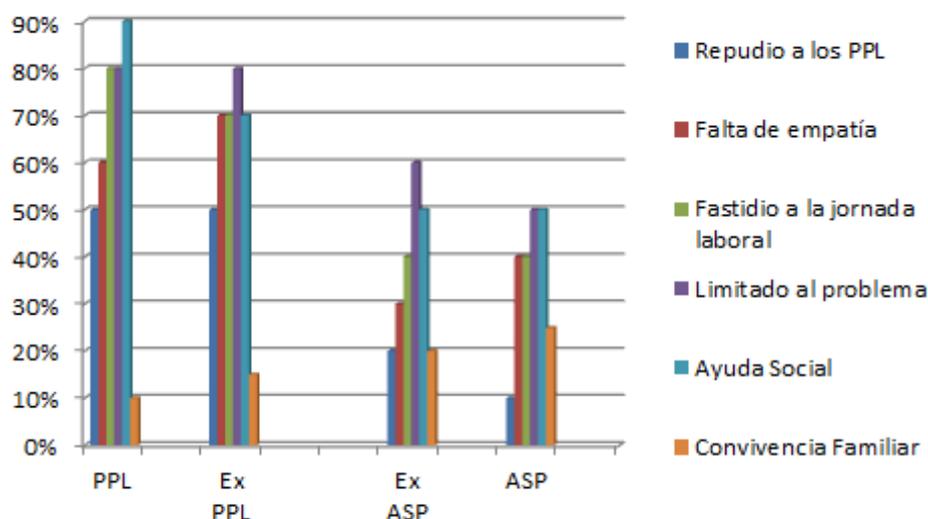
Por su parte, los ex PPLs de este Centro de Rehabilitación Social mencionan que el comportamiento de los ASP se debe a que éstos son dirigidos a realizar actividades que no precisamente contemplan su labor, les fastidia que los utilicen como recaderos entre quienes están en exterior y que sencillamente se niegan a entregar ayuda mostrándose prepotentes y quemeimportistas. Dentro del régimen penitenciario, los agentes son igual que un preso, gente amenazada por los internos, tienen una psicosis airada de desprecio hacia los presos, a un agente penitenciario le importaba nada lo que pase con un detenido. Para los ASP cuidan sus espaldas, es parte en su profesión, no socializan, llegan con una actitud de antipatía, para algunos de los entrevistados, esta es una forma de no tener problemas con la gente simplemente hacen lo que se les permite.

Particularmente, quienes de manera directa han podido vivir esta situación son los ex ASP de este Centro de Rehabilitación Social pues indican que ellos ingresaban tensionados a laborar, ya que el comportamiento de los PPLs los preocupaba, pues era extraño, se molestaban porque requerían tratos especiales, eran agresivos con carácter peligroso que hasta les amenazaban hasta la muerte, pero lamentablemente el ser parte de un sistema de rehabilitación social elimina los privilegios entre encarcelados. Cuando se llegaba a casa lamentablemente eran fríos con los hijos y el/la cónyuge, no por cansancio o desamor, sino por impotencia y preocupación de

que sucederá en la mañana siguiente, hoy por hoy se respira un aire de libertad, un sentimiento de haber cumplido una condena pues ya se puede disfrutar de la familia.

En la actualidad los ASP del Centro de Rehabilitación Social De Loja, manifiestan que también hay intimidación hacia su persona por ello poco o nada les interesa lo que les pueda suceder a los internos cuando se encuentran en aglomeraciones, porque las personas tienen que aprender a cuidarse y no a dar lástima, porque ese es el primer requisito para llegar a ser considerado una persona con temor, es decir el agente de seguridad penitenciaria reacciona conforme el comportamiento de los internos.

Gráfico 1:
Resultados de entrevistas



Elaborado por: Elaboración propia

DISCUSIÓN

Sin infractores no existirían cárceles, y sin cárceles no habría ASP, lamentablemente las acciones que influyen en el comportamiento de los encarcelados como el desinterés de inclusión social, condenas que los ubican en el olvido, falta de comunicación con sus familiares y/o defensores, conllevan indirectamente a que los agentes de seguridad penitenciaria participen en actividades ajenas a las encomendadas, puesto que su lugar de trabajo se llenan de personas que generalmente son reincidentes y que poco o menos les interesa si existe una adecuada rehabilitación social.

Como señalan los PPLs los Agentes de Seguridad Penitenciarios controlan el orden y armonía en las celdas que les han sido asignadas a cada privado de libertad, el actuar de cada agente se realiza por el accionar de todos los que se encuentran encerrados. Existe temor por aquellos grupos que lideran cada uno de los pabellones que funcionan en esta dependencia, amenazados los agentes penitenciarios si colaboran o realizan alguna acción a favor de quien los solicita, generando así inconsistencia entre la ayuda y el cuidado de quienes se sienten vulnerados.

Los ex PPL mencionan que el ambiente que se percibe en la cárcel es fuerte, los agentes penitenciarios son igual que un preso, existe gente amenazada por los internos, la seguridad penitenciaria cuida sus espaldas ya que, al no hacer caso de los pedidos de internos de máximo peligro, también reciben su castigo, son

meticulosos con las personas que cuidan, pero permiten que la gente se lastime, sobre todo para prevenir que a ellos los hostiguen.

Por su parte los ex ASP denominan la actividad como una carrera que les generaba un trabajo estable añorando otra profesión. Dentro del Centro de Rehabilitación Social no se podía estar en paz, siempre se tiene que mantener en firme, son días cansados, los problemas siempre están a la orden del día. No era necesario una preparación física, más bien solamente las ganas de trabajar, la gente se portaba mal porque nosotros hacíamos nuestro trabajo, situación que les revoloteaba la cabeza y les impedía mantener una relación social con sus amigos, vecinos y familiares.

Los actuales ASP refieren que a los PPL se los observa como a una persona que cometió un delito, que lo pudo haber realizado en contra de alguna de sus familiares y por ello está pagando, existe consciencia por su parte que es un trabajo que requiere mucho esfuerzo y dedicación y de la misma manera son conscientes de que es un trabajo de paso, si existiese alguna regulación en sus jornadas de trabajo sería hermoso por su familia, ya que pudieran compartir más en el ámbito social que laboral, lastimosamente para estos trabajan porque es lo que hay.

La fuente de información adquirida y que permite verificar cuales son los factores que conllevan a los ASP del Centro de Rehabilitación Social de Loja, a mantenerse firmes a su propia labor, una profesión con sueldo estable, no muchas veces gratificante debido a sus altas jornadas de trabajo se muestran con sentimiento de mal humor, antipatía, intocable, pesado, mal genio, falta de respeto ante las respuestas emocionales y físicas de los privados de libertad, pero con una clara idea de que no pueden realizar una libre circulación, sin preocupación de la vida del privado de libertad.

El presente trabajo permite evidenciar las necesidades que el Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos en coordinación con los departamentos psicológicos y de entorno social de los distintos Centros Carcelarios cuiden psicológicamente a sus guías penitenciarios pues el efecto más peligroso es el que se les produce el estar encerrados en algunas ocasiones por más de 10 horas consecutivas, y sin poder buscar salida a un descanso. Entre la finalidad del sistema y la normativa penal ecuatoriana, sobre las personas que guardan condenas en los centros de rehabilitación social a nivel nacional, constitucionalmente se encuentra normado que únicamente son los centros de rehabilitación social y los de detención provisional los centros que forman parte del sistema de rehabilitación social y estarán autorizados para mantener a personas privadas de la libertad, generando de esta manera una sensibilidad con la realidad que les toca vivir a las personas que presta sus servicios en estos reclusorios. Valorar sus actos con custodios de la ley, sin juzgar del porqué de su conducta, entender que uno es quien permite ser y por sobre todo que detrás de un agente penitenciario atacado y repudiado, existe en ellos también una privación de su libertad, se les ha cuartado el derecho de llevar una vida digna y esta deficiencia responsabiliza también al estado respecto a su pobre formación, poca dotación, exigencia en demasía y una familia que anhela atención de aquel que pone en riesgo hasta su vida por cumplir el rol por el cual se encaminó.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, L. (2017). Mujeres con pena privativa de libertad: ¿quiénes son y cómo viven en una cárcel de Ecuador? *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (21), 240-256.

-
- Avellán, A. M. A. S., & Andrade, L. A. D. C. HACIA UN CÓDIGO DE ÉTICA PARA PERSONAL PENITENCIARIO EN ECUADOR.
- Claus, W. (2013). Agentes penitenciarios. In VII Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata." Argentina en el escenario latinoamericano actual: debates desde las ciencias sociales"(La Plata).
- Cueva J, sentenciada en el proceso judicial Nro. 00010G-2020 de la Judicatura, C. (2011). art. 1 resolución No. 018-2014, y resolución No. 32-2014 de fecha 20 de febrero del 2014
- Del Ecuador, A. C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro, 449.
- Durazno O, privado de libertad en el proceso judicial Nro. 00003G-2019 Ecuador en línea. (2020). Reclutamiento de guías penitenciarios. Recuperado de: <https://ecuadorenlinea.org/reclutamiento-de-guias-penitenciarios-ministerio-de-justicia/>
- Ecuador, A. N. (2017). Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Jaramillo P, (2020) juzgado en el proceso judicial Nro. 02471-2019
- Jaramillo V, considerada culpable en el proceso judicial Nro. 00892-2017
- Kalinsky, B. (2008). El agente penitenciario: La cárcel como ámbito laboral. Runa, 28, 57.
- Malla C, absuelta de responsabilidad penal, en el proceso judicial Nro. 0032-2015
- Moreta Escobar, A. I. (2013). Construyendo un cuerpo masculino: nuevo perfil del y el guía penitenciario en el Ecuador.
- Oficial, R. (2014). Código Orgánico Integral Penal.
- Pacca J, ratificado su inocencia en el proceso judicial Nro. 0175-2019
- Parreño Salgado, R. J. (2020). La política criminal y su respuesta ante el hacinamiento penitenciario en el Ecuador.
- Profesionalización Agentes de Seguridad Penitenciaria. Graduación primera promoción. (2017, 15 mayo). [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=JY_Pxu3NNUk
- Reyes, A. B., Gómez, J. L. G., & Rodríguez, J. M. A. (2006). Valoración actuarial del riesgo de violencia en centros penitenciarios. Psicopatología Clínica Legal y Forense, 6(1), 103-117.
- Torres B, beneficiaria de la suspensión condicional de la pena, en el proceso Judicial Nro. 00089-2018
- Torres D, declarado culpable en el proceso judicial nro. 00015-2019
- Velásquez R, condenado en el proceso judicial nro. 00189-2019
- Zaruma P, condenado en el proceso judicial Nro. 0342-2016



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis Jurídico a los Derechos en contexto

Enseñanza de un curso de metodología de la investigación jurídica en entornos virtuales

Teaching a research methods course in law using virtual environments

Ana Julia Romero González

Doctora en Ciencias Humanas

Profesora en la Carrera de Derecho. Universidad de Otavalo. Otavalo - Ecuador.

Email: ajromero@uotavalo.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0979-0558>

Franklin Alcides Ponce Montoya

Magíster en Derecho Constitucional

Profesor de la Carrera de Derecho. Universidad de Otavalo. Otavalo -Ecuador.

Email: fponce@uotavalo.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6938-2399>

Alexander Ramón Lárez Lárez

Doctor en Ciencias de la Educación

Profesor de la Carrera de Educación. Universidad de Otavalo. Otavalo -Ecuador.

Email: alarez@uotavalo.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2763-5113>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2790>

Recibido: 2020-06-15 / Revisado: 2020-11-01 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



RESUMEN

La incorporación de la metodología de la investigación jurídica como parte de las asignaturas de las carreras de derecho en Ecuador, refuerza el perfil del egresado y le ofrece herramientas para desempeñar diferentes roles dentro de la profesión. En la actualidad, la dinámica formativa ha ido cambiando, por lo que este trabajo tuvo como objetivo analizar el uso de las herramientas de aprendizaje aplicadas en el entorno virtual de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica, en el programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo. El estudio fue de tipo descriptivo-documental y se aplicó un cuestionario compuesto por 27 preguntas cerradas, de múltiples alternativas de respuesta, dividido en seis áreas de interés, a una población conformada por 46 estudiantes. Los resultados demostraron que la enseñanza en modalidad virtual fue adecuada con respecto a los materiales empleados, la comunicación con el docente y los compañeros, el uso de los medios de comunicación interactivos, el empleo del EVA, la plataforma TEAMS y la calidad formativa del curso. La formación les pareció estimulante y les permitió adquirir nuevo conocimiento tanto sobre la asignatura como acerca de los recursos tecnológicos.

Palabras clave: enseñanza, aprendizaje, modalidad virtual, comunicación, metodología.

ABSTRACT

The incorporation of the methodology of legal research as part of the subjects of Bachelor of Law in Ecuador, reinforces the profile of the graduate and offers tools to perform different roles within the profession. At present, the formative dynamics has been changing, so this work aimed to analyze the use of the learning tools applied in the virtual environment of the subject of Methodology of Legal Research, in the Master's program in Constitutional Law of the University of Otavalo. The study was of a descriptive-documentary type and a questionnaire composed of 27 closed ended questions, with multiple answer alternatives, divided into six areas of interest, was applied to a population made of 46 students. The results showed that teaching in a virtual environment was adequate with regard to the materials used, communication with the teacher and classmates, the use of interactive media, the use of the EVA, the TEAMS platform and the quality of the course. They found the training stimulating and it allowed them to acquire new knowledge both about the subject and about technological resources.

Keywords: teaching, learning, virtual modality, communication, methodology.

INTRODUCCIÓN

La enseñanza, a lo largo de los años, ha modificado sus estrategias; cambios que en la modalidad virtual se han incrementado en los últimos meses, producto de la pandemia declarada a causa del COVID-19. Frente a esto, las universidades al igual que el resto de las instituciones de educación, han adecuado sus espacios para continuar funcionando y ofrecer a sus estudiantes los medios requeridos para sus actividades de formación, investigación y vinculación, a partir de la incorporación de prácticas pedagógicas activas, tal como refieren Sierra (2011) y Lara (2002) donde se propicie una posición más participativa del alumno que deviene con la flexibilidad de la educación virtual donde se conjugan tiempo y espacio a partir del uso de métodos asincrónicos, sincrónicos y de autoformación.

Es así, como el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) ha redimensionado la sociedad de conocimiento e implica la incorporación de estrategias que requieren una preparación del docente para manejar el espacio virtual de aprendizaje (EVA), los contenidos, medios de enseñanza y la evaluación, principalmente asociados al uso de la plataforma Moodle, tales como: foro, chat, tareas, videos, cuestionarios, textos, imágenes, animaciones, sitios web y, actividades de trabajo colaborativo, exposiciones y ejecución de proyectos. Por otra parte, requiere, la capacitación del alumno para conocer las dimensiones que implica el proceso desde lo tecnológico hasta lo formativo, pasando por su disposición a convertirse en un sujeto activo de este. Afirma la Fundación Universitaria Konrad Lorenz (2010) que "uno de los rasgos más valorados en esta modalidad de educación, es su efecto sobre los hábitos de auto formación y auto aprendizaje de los alumnos, que pueden hallar en ésta un escenario ideal para desarrollarlos sin límites" (p.2).

Refieren Zilberstein y Olmedo (2014) que esta modalidad de enseñanza requiere la actuación de un docente con capacidad para motivar a sus estudiantes, a partir de la detección de particularidades y necesidades de aprendizaje; lo que implica realizar un diagnóstico de los intereses de los alumnos con el propósito de definir los métodos a emplear, organizando los contenidos y diseñando las actividades que permitan responder al objetivo de la asignatura. Para complementar este proceso se utiliza *Moodle*, plataforma para construir espacios de aprendizaje, empleado en instituciones de educación superior y que, en Ecuador, potenció su uso a partir de la emergencia sanitaria.

Para el caso de Ecuador, la modalidad de enseñanza virtual se materializa legalmente desde el 19 de junio de 2020, cuando la Asamblea Nacional aprueba la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, en cuyo Capítulo II: Medidas solidarias para el bienestar social y la reactivación productiva, artículo 3.- Pensiones educativas, párrafo cuarto, establece que: "El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, el ente rector de la educación superior, y demás autoridades competentes, deberán brindar todas las facilidades e incentivos para la implementación de sistemas de educación en modalidad virtual". La Universidad de Otavalo, institución de educación superior, radicada en el Cantón Otavalo, Provincia de Imbabura acogió tal mandato que puso en marcha desde el mes 11 de mayo pasado, fecha en la cual se dio inicio al primer período académico del año 2020 en pregrado y postgrado.

El cambio de modalidad presencial a virtual en los estudios impartidos por la Universidad de Otavalo requirió de un proceso de adecuación tecnológica de la plataforma de enseñanza de toda la institución, pasando por una capacitación del personal docente y estudiantes para aprender a utilizar los instrumentos disponibles y continuar con el proceso formativo, evaluativo y de investigación. De acuerdo con esta transformación, el programa de Maestría en Derecho Constitucional también se avocó a implementar lo necesario para continuar con su misión que implica la formación de profesionales en derecho constitucional con dominio en doctrina, teoría e investigación en ciencia jurídica. Con base en esto, el estudio tuvo como objetivo analizar el uso de las herramientas de aprendizaje aplicadas en el entorno virtual de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica, que tiene como propósito preparar al maestrante en la construcción metódica y sistemática de su trabajo de tesis.

Educación virtual y tecnología en estudios universitarios. Enfoque teórico.

Contar con sistemas de tecnología avanzados en la educación, ofrece ventajas tanto para los docentes como para los estudiantes; sin embargo, el apropiado uso de estos requiere de un entrenamiento previo en el manejo de los materiales interactivos para adecuarlos a los diferentes estilos de aprendizaje y propiciar el espacio necesario para el proceso formativo. “Aunque todavía tienen mucha influencia las teorías del aprendizaje: conductista, cognitivista y constructivista, hay nuevos fenómenos relacionados con el aprendizaje producto del avance de las ciencias y las tecnologías (...)” (Estrada, Febles, Passailaigue, Ortega y León, 2015, p.8). Entra aquí la corriente teórica del conectivismo, apuntalada por Siemens (2004) que implica utilizar las redes e internet para definir el conocimiento y la formación. Para Altamirano, Becerra y Navas (2010) se refiere a la incorporación de tecnología en las ejecuciones de acciones de comprensión, discernimiento y captación de ideas.

Desde esta perspectiva, el aprendizaje “es una experiencia que combina y conecta nodos de conocimiento” (Gutiérrez, 2012, p. 115) que convierte a la educación en un proceso integral donde deben traspasarse las barreras de las aulas y de la propia institución para dar paso a un trabajo colaborativo y en red entre un docente, permanentemente conectado con los intereses de un estudiante visto como un sujeto activo, diseñador propio de su formación, autosuficiente y participativo (Altamirano et al., 2010). Al respecto, Alcibar et al. (2018), evidenciaron que la utilización de las TIC’s en Educación Superior influyen de manera positiva en la resolución de tareas académicas y como herramienta para la búsqueda investigativa; de igual forma sirven como elemento motivador al despertar en el alumno la necesidad de explorar contenidos, realizar trabajos en grupo y generar espacios de discusión reflexivos y críticos (Basantes et al., 2017).

Según el reporte Horizon (2019), titulado: Tendencias en la enseñanza universitaria se requiere realizar, a corto plazo, un rediseño del aprendizaje que conlleve a construir espacios mixtos de formación con el propósito de fortalecer la cultura de la innovación; para lo cual las instituciones de educación superior deben repensar la forma cómo han venido funcionando, con el fin de adaptarse a los cambios que se susciten, a partir de la incorporación de nuevas prácticas y estrategias formativas. La implementación de aulas virtuales que incluyen elementos de audio y video, recursos para resolver tareas e interactuar con el docente y los compañeros como foros, chat, cuestionarios, consultas, han resultado ser efectivas en este proceso.

Por lo que resulta importante e imperante, en el momento que se vive actualmente, en el mundo y por supuesto en Ecuador, reconstruir escenarios pedagógicos que conlleven a hacer hincapié en el aprendizaje más que en la enseñanza, pues así los estudiantes se convierten en sujetos activos y autónomos de su proceso formativo (Sierra, 2011). Autonomía que supone la ampliación de capacidades cognitivas y conectivas en los alumnos convirtiéndolos en aprendices más independientes (Fernández-Pascual et al. 2013).

En la actualidad, la tendencia a la transformación del proceso educativo se aceleró con la crisis sanitaria mundial; la realidad de la educación superior ecuatoriana, principalmente presencial, se ha modificado velozmente y, con apego a lo dispuesto en la Constitución Nacional (2008) y la Ley Orgánica de Educación Superior y sus reglamentos, ha incorporado la tecnología necesaria para permitir el acceso al derecho a la educación de sus conciudadanos, a través de una plataforma virtual.

Enseñanza de la asignatura: Metodología de la investigación jurídica. Maestría en derecho constitucional. Universidad de Otavalo.

Metodología de la Investigación Jurídica, comprende tres (3) niveles de formación de conocimiento, ubicados en la unidad curricular de investigación, impartidos en el programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo y que permiten al estudiante adquirir las destrezas metodológicas, científicas y jurídicas necesarias para formular su proyecto final de tesis.

Hasta el mes de enero de 2020, la modalidad presencial fue la empleada para el dictado de esta asignatura que está compuesta por un total de 50 horas clase, repartidas en 18 horas en contacto con el docente, 30 de aprendizaje autónomo y 2 de aprendizaje práctico-experimental (Sílabo Metodología de la Investigación Jurídica, 2020, p.1), donde destacan contenidos temáticos relacionados con los conceptos fundamentales de la ciencia, paradigma, método científico y el abordaje teórico-práctico de la estructura del documento de tesis, separados en capítulos.

La metodología del proceso de enseñanza-aprendizaje se modificó de la clase presencial y con la sola participación expositiva del docente, a la combinación de estrategias centradas en la colaboración entre el profesor y el alumno; donde el instructor se convirtió en un guía de la formación en la búsqueda de la aplicación in situ de los conocimientos transmitidos. El espacio del aula virtual sirvió para articular la teoría con la práctica. A partir del uso de la plataforma Moodle se diseñaron los contenidos temáticos que fueron colocados a disposición de cada uno de los estudiantes en el Espacio Virtual de Aprendizaje (EVA), ofreciendo así material en power point, textos con lecturas seleccionadas, libros para consulta, videos tutoriales, videos informativos; elementos que se compartieron a través de la aplicación Teams de Microsoft, a la cual tienen acceso todos los maestrantes, cursantes de la materia y que se sincroniza directamente con el EVA.

Los recursos sincrónicos y asincrónicos (chat, cuestionarios, foros, consultas, encuesta) fueron empleados para desarrollar los contenidos temáticos y evaluarlos. La clase se convirtió en una especie de taller donde el profesor realizó una explicación teórica de aproximadamente 30 minutos; posteriormente puso en práctica estos elementos utilizando la whiteboard (pizarra blanca), documentos compartidos editables en OneDrive y la pantalla compartida para realizar correcciones a los trabajos de investigación presentados en formato Word. Para la revisión de la literatura se enseñó la forma para realizar esta búsqueda a partir del uso de Google, Google scholar y otros buscadores de revistas, redes y grupos científicos de investigación, bibliotecas digitales y repositorios nacionales e internacionales.

Asimismo, para la enseñanza y puesta operativa de las normas APA, se realizaron explicaciones con ejemplos con el propósito de que los alumnos lograran captar la construcción de citas y referencias, tanto desde el contenido de estas pautas como en su manejo en formato Word; actividades que también fueron implementadas para ilustrar a los participantes en la construcción metodológica del trabajo de tesis que implicó la socialización de aspectos relacionados con el lenguaje científico, la secuencia lógica de las ideas, interrelación de conceptos, ortografía y puntuación, tiempos verbales y demás elementos necesarios para elaborar un documento de alta calidad académica y rigurosidad sistemática.

Las correcciones realizadas a los contenidos presentados por los alumnos sirvieron también para aclarar dudas en el resto de los compañeros; de igual forma esta estrategia contribuyó para que, simultáneamente, los maestrantes pudieran avanzar en la modificación de sus trabajos y contar con la asesoría del docente, optimizando el tiempo de la clase. La oportunidad de tener a disposición, las

grabaciones de cada sesión, permitió que los estudiantes lograran visualizar, tantas veces como lo consideraran necesario, todo el contenido teórico y, en todo caso, regresar a abordar sus observaciones y aclararlas nuevamente.

Esta modalidad de enseñanza también fue fortalecida a través de la comunicación permanente del docente con los alumnos, a partir de la programación de tutorías metodológicas a través de TEAMS, con el propósito de reforzar el aprendizaje y mantener contacto sistemático que permitió verificar la evolución del trabajo investigativo.

El cambio de modalidad presencial a virtual implicó una preparación del docente en herramientas y tecnología de este tipo; conocimientos que fueron transmitidos a los alumnos en la primera sesión con el propósito de enseñar el funcionamiento del EVA bajo la plataforma Moodle y TEAMS, recursos utilizados, actualmente, en la Universidad de Otavalo para el proceso de enseñanza-aprendizaje en pre y postgrado.

METODOLOGÍA.

El estudio estuvo fundamentado bajo el paradigma cuantitativo, con un diseño no experimental, descriptivo. A partir de una revisión bibliográfica-documental se analizaron los referentes teóricos que sustentan la investigación relacionados con la educación virtual en educación superior. La población estuvo conformada por 46 estudiantes, cursantes del programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo. La misma fue finita; de fácil acceso, por lo que no fue necesario extraer una muestra y se trabajó con todos los integrantes de esta.

Para recopilar los datos se utilizó como instrumento un cuestionario compuesto por 27 preguntas cerradas, de múltiples alternativas de respuesta dividido en seis áreas de interés: a) métodos de enseñanza, conformados por tres (3) ítems diseñados a medir el nivel de adecuación; b) Uso de los medios de comunicación compuesto por dos (2) preguntas dirigidas a conocer la opinión acerca del uso de los foros y el acceso a los contenidos subidos a la plataforma TEAMS y EVA; c) Comunicación e interacción con el profesor y sus compañeros, integrado por cuatro (4) preguntas relacionadas con este indicador y la satisfacción del estudiante con referencia a las aclaratorias de dudas; d) Uso de la plataforma o EVA con diez (10) ítems referidos al funcionamiento de ambos recursos.

La calidad formativa del curso (aparte e), fue medida por tres (3) interrogantes relacionadas con la aprehensión de nuevos conocimientos, aumento de saberes en el uso de TIC'S y fomento del empleo de recursos tecnológicos de aprendizaje. Finalmente, f) La enseñanza-aprendizaje en modalidad virtual fue conocida a partir de cinco (5) elementos que permitieron obtener respuestas referidas a la modalidad de aprendizaje virtual, la disposición de medios para conectarse en casa, en el trabajo, la carga temática del curso y el ritmo de trabajo en clase.

El análisis y discusión de los resultados se realizó considerando los objetivos de la investigación, divididos en sus diferentes categorías y subcategorías de análisis. El mismo se fundamentó en un proceso de triangulación fundamentado en las respuestas, la postura de los investigadores y los referentes teóricos. Se analizaron las opiniones de los participantes expresados en cada ítem, mostrados en el respectivo indicador; para ello se empleó la distribución de frecuencia y los estadísticos descriptivos como media aritmética y desviación estándar.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

La información recopilada de la aplicación del cuestionario se analiza con base en las opiniones emitidas por los participantes en el estudio. Al respecto se tiene que, el total de ellos considera que los materiales de enseñanza conformados por la bibliografía empleada y los recursos teóricos utilizados fueron adecuados. De igual forma, la mayoría estima que el uso del foro, chat y el acceso al EVA y a la plataforma TEAMS resultan idóneos para lograr un intercambio de información efectivo. Esto permite inferir que más de la mitad de los encuestados conoce y emplea medios de comunicación interactivos para completar su proceso de formación, de lo cual da cuenta Martínez et al., (2019) al afirmar que la interactividad contiene elementos innovadores que pueden ser vistos en forma positiva por los alumnos.

Ahora bien, en la enseñanza en entornos virtuales, la interconectividad es necesaria y permanente tanto, con el docente como entre los compañeros de estudio pues, este aprendizaje requiere contar con el apoyo de otros para hacer más efectivo el proceso formativo. Con respecto a la comunicación e interacción, los maestrantes expresaron que, efectivamente, lograron una sincronización comunicativa con el profesor y también con el resto de los alumnos en forma adecuada. Esto evidencia que, en la enseñanza de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica, se sostuvo un mecanismo flexible y sostenido de conversación y diálogo, lo que ha servido para reforzar los contenidos y que de acuerdo con Pérez Alcalá (2009), es necesaria para “evitar la deserción en esta modalidad de estudio, favoreciendo el aprendizaje colaborativo” (s/p).

El uso del entorno virtual de aprendizaje (EVA) y la plataforma de TEAMS también fueron elementos analizados en esta investigación. Al respecto, más del 70% de los encuestados contestaron que el mismo fue adecuado. Este indicador fue evaluado a través de diez (10) ítems, relacionados con el acceso al aula virtual, la descarga de contenidos, la interacción a través de foros, avisos, chat, WhatsApp, la conexión con el servidor de la plataforma TEAMS, el entorno gráfico y la navegación, así como el funcionamiento general de ambos sistemas de interactividad.

La gran mayoría de las respuestas se alinean hacia la categoría más efectiva del baremo utilizado y demuestra que los alumnos tienen conocimiento del funcionamiento de todos los recursos empleados virtualmente para la enseñanza de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica y que los mismos les permitieron acceder a los contenidos temáticos de forma satisfactoria; hallazgos que se muestran también en investigación realizada por González, Álvarez y Bassa (2018).

Con referencia a la calidad formativa del curso el 85.4% respondió que la misma fue positiva y evidencia que más de la mitad de los alumnos, estiman que el proceso de enseñanza-aprendizaje fue cumplido en forma eficaz y eficiente, confirmado a partir del diseño de los contenidos, del uso de las herramientas tecnológicas y de la sincronización en la comunicación interactiva con los estudiantes, quienes expresaron que la formación les pareció estimulante y les permitió adquirir nuevo conocimiento tanto sobre la asignatura como acerca de los recursos tecnológicos.

Tres categorías de respuesta se evaluaron para medir la modalidad de enseñanza. Con referencia a esto, el 8.3% de los alumnos expresó que la enseñanza-aprendizaje en modalidad virtual fue poco adecuada; el 50% respondió que fue moderadamente adecuada y el 41.7% la consideró adecuada. Sin embargo, del valor obtenido de la media aritmética, la tendencia se ubica en el nivel moderadamente adecuado en los aspectos referidos con la sincronización equitativa entre la cantidad

de contenidos ofrecidos, tareas asignadas y el tiempo de duración de la formación; disponibilidad de medios tecnológicos y de conectividad. Los datos también se asemejan a lo investigado por Fernández-Pascual et al., (2013), quienes concluyen en su estudio que “la mayor parte de los estudiantes se sienten notablemente satisfechos con la metodología de enseñanza-aprendizaje en entornos virtuales” (p.178); lo que corrobora el hallazgo encontrado en esta investigación.

Tabla 1. Análisis descriptivo de los indicadores

Indicadores	Categoría	Frecuencia %	Media aritmética	Desviación estándar	Nivel
Materiales de enseñanza	Adecuado	100	3	0	Adecuado
Uso de los medios de comunicación	Moderadamente Adecuado	22.9	2.77	0.43	Adecuado
	Adecuado	77.1			
Comunicación e interacción con el profesor y sus compañeros	Moderadamente Adecuado	27.1	2.73	0.45	Adecuado
	Adecuado	72.9			
Uso de la plataforma o EVA	Moderadamente Adecuado	29.2	2.71	0.46	Adecuado
	Adecuado	70.8			
Calidad Formativa del curso	Moderadamente Adecuado	14.6	2.85	0.36	Adecuado
	Adecuado	85.4			
La enseñanza-aprendizaje en modalidad virtual	Poco adecuado	8.3	3.33	0.63	Moderadamente adecuado
	Moderadamente adecuado	50.0			
	Adecuado	41.7			

La enseñanza en entornos virtuales, tal como se muestra y, de acuerdo con Padilla-Beltrán et al., (2014), requiere de la formación del docente, la aplicación de estrategias didácticas fundamentadas en la interactividad y multimedia, así como en la conformación de un espacio de aprendizaje comunicativo y colaborativo; elementos que, en conjunto, incluye la preparación de contenidos, su aplicación, evaluación y forma de enseñarlos.

Con referencia a esto, expresan Zilberstein y Olmedo (2014), Altamirano et al., (2010), Alcibar et al., (2018), la necesidad de contar con un docente formado en el uso de herramientas tecnológicas que, a su vez, construya de forma eficiente y motivadora los contenidos de aprendizaje con el propósito de llegar a transmitir los mismos eficazmente. En esta investigación, puede afirmarse que la capacitación tecnológica recibida por parte de la Universidad de Otavalo permitió que el profesor contará con esta preparación lo que ha sido corroborado por las respuestas de los encuestados, cuya evaluación determinó que la enseñanza de la metodología de la investigación jurídica en modalidad virtual resultó ser adecuada en cada uno de los indicadores estudiados.

CONCLUSIONES

Se hace necesario e imperante insertar a los docentes en procesos de preparación para manejar de forma adecuada los entornos virtuales de aprendizaje que, a su vez, les incentiven a trabajar en forma colaborativa en la elaboración de contenidos temáticos innovadores, motivadores y especializados en sus áreas de experticia que sirvan para socializar el conocimiento de forma interactiva y comunicativa.

La investigación arrojó datos de uso adecuado acerca de los recursos tecnológicos empleados, la didáctica, los contenidos ofrecidos, la comunicación y la conectividad en la enseñanza de la asignatura Metodología de la Investigación Jurídica en modalidad virtual; sin embargo, un aspecto imperante que destaca del análisis y que se requiere apoyar, es el rol del docente en este entorno, quien se convierte en un guía, ofreciendo herramientas y orientando al participante en su aprendizaje, sujeto individualizado y dueño de su propia dinámica en el proceso formativo. La estrategia formativa utilizada en la presencialidad, por parte del profesor, difiere en gran medida de la implementada en lo virtual.

El estudio deja entrever la importancia de continuar realizando investigaciones sobre el tema que pueden ofrecer nuevas formas didácticas y pedagógicas de enseñanza de la metodología de la investigación jurídica que fortalezcan esta modalidad de estudio, pues la educación superior requiere incorporar herramientas tecnológicas que les permitan ofrecer una educación virtual integral, generalizada, inclusiva que aporte al desarrollo del país y propiciar en sus estudiantes espacios idóneos para lograr un efectivo intercambio de saberes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcibar, M., Monroy, A., Jiménez, M. (2018). Impacto y Aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Educación Superior. *Información Tecnológica* Vol. 29 (5), 101-110 (2018) <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642018000500101>
- Altamirano, E., Becerra, N., Nava, A. (2010). Hacia una educación conectivista. *Revista Alternativa*. Número 22. (Julio-diciembre) <file:///C:/Users/PC-COMPUTER/Downloads/Carmona22b-libre.pdf>
- Basantes, A., Naranjo, M., Gallegos, M., Benítez, N. (2017). Los Dispositivos Móviles en el Proceso de Aprendizaje de la Facultad de Educación Ciencia y Tecnología de la Universidad Técnica del Norte de Ecuador. *Formación Universitaria*, Vol. 10(2), 79-88 (2017) doi: 10.4067/S0718-50062017000200009 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/formuniv/v10n2/art09.pdf>
- Constitución Nacional del Ecuador (2008). Registro Oficial. N° 449. Año II, del 20-10-2008.
- Estrada Sentí, V., Febles Rodríguez, J., Passailaigue Baquerizo, R., Ortega Santos, C., León Mendoza, M. (2015). *La educación virtual. Diseño de cursos virtuales*. Editorial Universidad ECOTEC. Samborondón – Ecuador. Recuperado de: <https://www.ecotec.edu.ec/content/uploads/2017/09/investigacion/libros/educacion-virtual.pdf>
- Fernández-Pascual, M^a D., Ferrer-Cascales, R., Reig-Ferrer, A. (2013). Entornos virtuales: predicción de la satisfacción en contexto universitario. *Píxel-Bit. Revista de Medios y Educación*. N° 43, julio. ISSN: 1133-8482. E-ISSN: 2171-7966. doi: <http://dx.doi.org/10.12795/pixelbit.2013.i43.12>

- Freire, J., Schuch Brunet, K., Santos, Políticas y prácticas para la construcción de una Universidad digital. *La Cuestión Universitaria*, 6, pp. 85-94. ISSN 1988-236x. Recuperado de: <http://polired.upm.es/index.php/lacuestionuniversitaria/article/view/3401/3470>
- Fundación Universitaria Konrad Lorenz (2010). Educación virtual como herramienta de aprendizaje. Recuperado de: http://www.konradlorenz.edu.co/images/noticias/aulas_virtuales.pdf
- González, A., Álvarez, G., Bassa, L. (2018). Educación virtual en la universidad: un estudio de Investigación-acción para la enseñanza de la asignatura Tecnología educativa. *Ciencia, Docencia y Tecnología*, vol. 29 (57). Universidad Nacional de Entre Ríos. Argentina.
- Gutiérrez, L. (2012). Conectivismo como teoría de aprendizaje: conceptos, ideas, y posibles limitaciones. *Revista Educación y Tecnología*, N° 1. Recuperado de: [file:///C:/Users/PC-COMPUTER/Downloads/Dialnet-ConectivismoComoTeoriaDeAprendizaje-4169414%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/PC-COMPUTER/Downloads/Dialnet-ConectivismoComoTeoriaDeAprendizaje-4169414%20(2).pdf)
- Horizon Report (2019). Tendencias en la enseñanza universitaria. New Media Consortium (NMC), EDUCASE. Recuperado de: <https://universoabierto.org/2020/01/21/horizon-report-2019-tendencias-en-la-ensenanza-universitaria/>
- Lara, L. (2002). Análisis de los recursos interactivos en las aulas virtuales. Ponencia presentada en el Segundo Congreso Virtual «Integración sin barreras en el siglo XXI». Argentina. Recuperado de: http://www.quadernsdigitals.net/datos/hemeroteca/r_43/nr_479/a_6424/6424.pdf
- Ley Orgánica de Educación Superior (2010). Registro Oficial Suplemento 298 de 12-oct.-2010 Última modificación: 02-08-2018. Recuperado de: <https://www.ces.gob.ec/documentos/Normativa/LOES.pdf>
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (2020). Registro Oficial Suplemento 229 de 22-jun.-2020.
- Martínez, E., González, L., Soto, M., Jiménez, C. (2019). Estrategia didáctica virtual en clases de Metodología de la Investigación de Educación Superior. *Revista de Investigación Educativa de la Escuela de Graduados en Educación*, Año 9, Núm. 18. <https://www.rieege.mx/index.php/rieege>
- Melo, D., Silva, J., Indacochea, L., Núñez, J. (2017). Tecnologías en la Educación Superior: Políticas Públicas y Apropiación Social en su implementación. [RIDU]: *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*. Vol. 11 (1). Enero-junio. Lima (Perú) <http://dx.doi.org/10.19083/ridu.11.498> <http://www.scielo.org.pe/pdf/ridu/v11n1/a13v11n1.pdf>
- Padilla-Beltrán, J., Vega-Rojas, P., Rincón-Caballero, D. (2014). Tendencias y dificultades para el uso de las TIC en educación superior. *ENTRAMADO*. Vol. 10 (1). Enero – Junio. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v10n1/v10n1a17.pdf>
- Pérez Alcalá, M. (2009). La comunicación y la interacción en contextos virtuales de aprendizaje. *Apertura*, 1(1). Universidad de Guadalajara. México. Recuperado de: <http://www.udgvirtual.udg.mx/apertura/index.php/apertura/article/view/15/18>
- Sierra Varón, C. (2013). La educación virtual como favorecedora del aprendizaje autónomo. *PANORAMA*, [S.L.], V. 5, N. 9, MAR. 2013. ISSN 2145308X. doi:<http://dx.doi.org/10.15765/pnrm.v5i9.37>.

- Siemens, G. (2004). A learning theory for the digital age [en línea]. Recuperado de: <http://www.elearnspace.org/Articles/connectivism.htm>
- Universidad de Otavalo (2020). Sílabo Metodología de la Investigación Jurídica. Maestría en Derecho Constitucional. Ecuador.
- Zilberstein Toruncha, J., Olmedo Cruz, S. (2014). Las estrategias de aprendizaje desde una didáctica desarrolladora. Atenas, vol. 3 (27), julio-septiembre, pp. 42-52. Universidad de Matanzas Camilo Cienfuegos Matanzas, Cuba. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=478047203004>



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

Análisis jurídico a los derechos en contexto

La falsedad material y la falsedad ideológica documental en el Código Orgánico Integral Penal

Material falsehood and documentary ideological falsehood in the Comprehensive Organic Penal Code

Guillermo Paúl Torres Caivinagua

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Bufete Jurídico Torres & Asociados. Ecuador

Email: paultorres1@hotmail.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4565-7538>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2792>

Recibido: 2020-06-03 / Revisado: 2020-09-05 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2020-01-01



Crítica y Derecho: Revista Jurídica. Vol. 2(2), (enero-junio, 2021). pp. 61-68.

RESUMEN

Este trabajo describe un análisis al Código Orgánico Integral Penal en torno a la falsedad material e ideológica como tipo penal, tomando en cuenta que se trata de una de las normas más importantes del cuerpo jurídico en Ecuador. Es una investigación descriptiva, cuyos resultados demuestran la existencia de una restricción en cuanto a la precisión sobre los delitos de falsedad, ya que, estos son abordados de manera general, sin tener en cuenta las particularidades ideológicas y materiales del tipo penal estudiado. De acuerdo con lo anterior, se concluye que, siguiendo los procedimientos jurídicos y administrativos correspondientes, debe realizarse una reforma normativa que conceptualizarse y caracterice a la falsedad como un tipo penal en función de las exigencias contextuales, para evitar subjetividades en su análisis, interpretación y aplicación, lo cual, es de vital importancia para garantizar el respeto de los derechos de los procesados.

Palabras clave: delito, falsificación de documentos, avance normativo, doctrina.

ABSTRACT

Introduce in the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP), in the ninth section, crimes against the public faith, a criminal type that aims to conceptualize material falsehood, as well as ideological falsehood, as already addressed throughout history, from the Code of Hammurabi around 1753 BC, in Egypt, the Hebrews, Code of Manu, The Greeks, The falsity in Rome, in the twelve tables, etc. All these texts that were collected in modern criminal law and were materialized in the French codes (1791), that of Napoleon (1810), in the Italian Penal Code (1890). This article was made using a scientific method; it has a descriptive scope in terms of the investigative development that will help us to achieve a nutritious criminal legal normative benefit on the subject of falsehood. The results show a restriction in the COIP, in terms of precision on the crimes of **falsehood** since they are dealt with in a generalized way. It should be noted that this proposal will serve as a regulatory advance mechanism in the COIP, which will serve to clarify the criminal offenses addressed by the issue of counterfeiting. In this way, there will be a COIP, with a clear and precise text that is in harmony with the different criteria that are universally addressed in the doctrine and that could be taken into account by the National Assembly within the reforms to come.

Keywords: crime, documents forgery, normative advance, doctrine.

INTRODUCCIÓN

La falsedad documental dentro del análisis jurídico penal ha constituido a través de los tiempos desde el Código de Hammurabi alrededor del año 1753 a de C, en Egipto los Hebreos, Código de Manú, los griegos, la falsedad en Roma, en las doce tablas, en un grupo de ilícitos que se han dado a través de conductas humanas y que han dado muchos problemas dentro de la interpretación.

El Código Orgánico Integral Penal que en adelante se denominará (COIP), tiene influencia de los códigos franceses (1791), del Código de Napoleón (1810), del Código Italiano (1890). En el Ecuador, desde su época republicana, se han promulgado cinco códigos penales, desde (1837 hasta 1938).

El COIP entró en vigor el 10 de febrero de 2014, mismo en el que se podrá encontrar un listado de delitos contra la fe pública de manera disminuida, como los de

falsedad documental, los mismos que serán objeto de análisis dentro del presente artículo académico.

En el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano no se encuentra un tipo penal que precise una definición de documento, esto implicaría una limitación tanto en lo conceptual, así como en los requisitos que debe reunir un documento, sobre un tema tan importante y actual que es la falsedad documental, lo que generaría problemas al momento que tenga que ser evaluado por los operadores del derecho penal.

El bien jurídico que protege el derecho penal no está bien definido, ya que es objeto de un sin número de criterios, empezando que el bien jurídico tutelado es el derecho a la verdad, otros dicen que es el documento mismo, otros que se trata de la fe pública. Al no estar determinado el bien jurídico en la doctrina, se tendría que establecer en el COIP, un capítulo de los delitos contra la fe pública en donde se determine cuál sería el bien jurídico que protege norma jurídica penal.

Desde la doctrina ha habido problemas desde el contenido del injusto dentro de la tipicidad, así como, la indefinición del bien jurídico, el desacuerdo con el modelo legal de la incriminación y constantes problemas concursales que se plantean.

La presente investigación versa sobre la inclusión de un tipo penal que tenga como finalidad el análisis de la falsedad documental con mayor precisión, su conceptualización, requisitos, clasificación y una distinción entre lo que es la falsedad material así como la falsedad ideológica, ya que en el COIP no se ha profundizado el tema de la falsedad documental, lo que podría ocasionar serios problemas a los derechos de los procesados por no tener un tipo penal que aborde a la falsedad ampliamente.

El objetivo del presente artículo versa en cómo se configuraría el delito la falsedad documental, a diferencia de la falsedad ideológica, que se debe entender como instrumento público, criterios para diferenciar entre un documento público y un documento privado, así como ejemplos que puedan ser didácticos para que el lector tenga mayor comprensión del tema investigado.

Dar a conocer cuáles podrían ser los elementos fundamentales de la falsedad ideológica que deben de estar presentes para que se pueda configurar el delito falsedad documental como ya se han configurado en otras legislaciones.

La expansión del derecho es importante, en la medida en que el derecho penal debe desarrollarse conforme a los problemas actuales por los que atraviesa una sociedad, en la medida que existen nuevos delitos, llamados informáticos. Los llamados documentos informáticos que también deberían formar parte de la lista de falsedad de documentos en el COIP, ya que también pueden ser alterados por expertos digitales con el propósito de causar un perjuicio a terceras personas.

Siguiendo los procedimientos jurídicos y administrativos correspondientes, debe realizarse una reforma normativa que conceptualice y caracterice a la falsedad como un tipo penal en función de las exigencias contextuales, para evitar subjetividades en su análisis, interpretación y aplicación, lo cual, es de vital importancia para garantizar el respeto de los derechos de los procesados.

El procesado o los procesados en el contexto jurídico penal, son personas que tienen que tener una sanción cuando sus conductas, en cuanto a una posible la falsedad documental se enmarquen en un tipo penal que no se encuentre disminuido como en el COIP, para que de esta manera puedan tener derecho a defensa, a una correcta tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica así como a un debido proceso que garantice sus derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) e instrumentos internacionales.

Que tengan derecho a un juicio justo en donde las partes tengan igualdad de condiciones, para que de esta manera los procesados puedan tener una defensa técnica, para que no siga habiendo más personas inocentes privadas de la libertad, porque no tuvieron la oportunidad de tener un abogado experto en materia penal por falta de recursos económicos.

El Estado ecuatoriano ha tenido actualmente que enfrentarse con un sistema carcelario ineficaz, ya que no pueden abastecer a los privados de la libertad (PPL), porque existe una sobrepoblación carcelaria, que da como resultado costos muy elevados que no alcanzan a cubrir un sin número de necesidades que tienen que ser tratadas a fin de mejorar las condiciones de vida de cada privado de la libertad.

DESARROLLO

En este artículo se describe el proceso de cómo se podría estructurar la falsedad documental, en delitos contra fe pública que se encuentran en el COIP de manera disminuida. La aplicación del desarrollo de la falsedad documental permite obtener objetividad y estandarización sobre los derechos de los procesados, además de poder utilizarse observaciones sobre cómo se podrían mermar los derechos de los justiciables, así como, cuales podrían ser los elementos con los cuales se configuraría la falsedad material, la falsedad ideológica, la conceptualización del documento al igual que sus respectivos requisitos.

La metodología usada y desarrollada en el presente artículo, se realizó a través de una investigación descriptiva, cuyos resultados demuestran una restricción en cuanto a la existencia de los delitos de falsedad documental. Su estructura es de carácter bibliográfico documental cuyos resultados son aplicados al análisis documental en base a ordenamientos jurídicos de otros países, esto es, a través del derecho comparado en donde si han trabajado con mayor énfasis en el desarrollo del tema de falsedad documental.

Se considera como investigación descriptiva aquella en que, como afirma Salkind (1998), “se reseñan las características o rasgos de la situación o fenómeno objeto de estudio” (p. 11).

Una de las funciones principales del método descriptivo es la capacidad de seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada dentro del proceso investigativo.

Según Cerda (1993), “tradicionalmente se describe a la palabra describir como el acto de representar, reproducir o figurar a personas, animales o cosas...”; y agrega “se deben describir aspectos más característicos, distintivos y particulares de estas personas, situaciones o cosas, o sea, que las hacen reconocibles a los ojos de los demás” (p. 71).

Una de las funciones principales de la investigación descriptiva es la capacidad de seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada de las partes, categorías o clases de ese objeto.

El análisis sobre el estudio del delito de falsedad documental, se lo estudia desde dos ámbitos: la primera que identifica a la falsedad como busca de la verdad y la segunda que se relaciona con las alteraciones que pudo haber sufrido el documento.

Cabanellas (1979), define a la falsedad de la siguiente manera:

La Falsedad es la falta de verdad, legalidad o autenticidad, traición, deslealtad, doblez; el engaño o fraude; la falacia, mentira, impostura. Toda disconformidad entre las palabras y las ideas o las cosas. Cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad que produce la nulidad de los actos

jurídicos según las leyes civiles o sancionadas como delito en los códigos penales (p. 134).

La falsedad material es la que altera la materialidad o forma del documento, mientras que cuando se habla de la falsedad ideológica cuando lo que se altera es su contenido o sustancia. Lo que diferencia a estos dos tipos de falsedades es que la acción falsaria recaiga sobre la materialidad del documento, sobre el soporte mismo o sobre las ideas que en el mismo documento se encuentren materializadas, mismas que no se encuentran precisadas en el COIP, y que es objeto de análisis en el presente artículo.

El artículo 11.9 de la CRE, en lo que se refiere a la investigación, establece que “el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso” (p. 12).

Lo que ocasionaría que al no tener desarrollado el tema de la falsedad documental de manera integral, los administradores de justicia podrían cometer arbitrariedades dentro de la administración de justicia y abusar del derecho por no tener tipos penales de falsedad documental en el COIP, que identifiquen el tema falsario como ya si lo abordan en otras legislaciones.

Reparación extracontractual del Estado ecuatoriano

La CRE del año 2008 creó en su texto el derecho de repetición del Estado en contra de los funcionarios públicos por negligencia, en donde el Estado podría ser condenado a indemnizar fuertes cantidades de dinero y el mismo Estado podría repetir en contra de los funcionarios por inadecuada administración de justicia.

En el Código Orgánico de la Función Judicial del año 2009, es un código que comprende la estructura de la Función Judicial, atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, el mismo en donde ya se establece el procedimiento para el ejercicio de la repetición en contra de funcionarios públicos en caso de inadecuada administración de justicia.

La responsabilidad civil como la del Estado, tienen dos caminos, la responsabilidad subjetiva que se exige que la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales mientras que la responsabilidad objetiva no es necesario ningún tipo de dolo o culpa. Cuando se prueba la responsabilidad objetiva no es necesario acreditar ninguna culpa o dolo del agente que provoca el daño, basta probar la conducta por acto u omisión, el daño y el nexa causal.

El Código Civil en el artículo 33 establece que los principios y las reglas que regulan la figura de la responsabilidad extracontractual se encuentran establecidos en los artículos 2214 y 2237 del Título XXXIII sobre los Delitos y Cuasidelitos del Libro IV que, son aplicables tanto a las relaciones entre particulares como a las de éstos con el Estado.

El sistema general de responsabilidad extracontractual que desarrolla la normativa civil se basa en la responsabilidad subjetiva, sin embargo, la CRE, ha optado por la objetividad de la responsabilidad estatal.

Inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia

La CRE en su artículo 167 prevé que: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidas en la Constitución.

Una adecuada administración de justicia otorga derechos de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, a un sistema procesal eficiente

para obtener la realización de la justicia que hagan efectivas las garantías del debido proceso, a tener una adecuada estructura normativa para que los operadores de justicia puedan realizar condenas justas y arbitrarias.

Un inadecuado funcionamiento de la administración de justicia trae muchos problemas hacia los justiciables ya que a ellos van dirigidos las políticas públicas de prevención general y especial para tener una sociedad con menos delincuencia y más organizada en donde no se tengan que establecer penas excesivas para tener una sociedad en vías de desarrollo.

Actualmente a los administradores de justicia podrían ser demandados por responsabilidad subjetiva por una inadecuada administración de justicia acorde al Código Orgánico General de Procesos, cuando se alejan de lo descrito en la Constitución, instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la Ley que es el objeto de investigación (falsedad documental disminuida).

Dentro de los delitos contra la administración pública que se abordan en el derecho penal, los que son cometidos por servidores públicos, Rocco (1930), dice que “las normas relativas a los delitos contra esa administración, se tutela no solo la actividad administrativa en sentido estricto, técnico, sino la actividad legislativa y la judicial” (p. 36).

Por lo tanto, el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración de justicia es la administración pública del Estado, ejercida en cualquiera de sus funciones. La función penal abarca las funciones administrativas, así como, las otras funciones del Estado, entre estas, la administración de justicia, que es una parte importante del ejercicio de las funciones públicas.

La imputación de la responsabilidad objetiva al Estado ecuatoriano, en este tipo de responsabilidad, es la que se produce por los perjuicios que la Administración le ocasiona al procesado, así no exista falta o culpa de su parte. Lo importante es probar el daño antijurídico y el nexo causal.

Como en la responsabilidad objetiva adquiere diversas modalidades, como cuando el daño producido es atribuido a un perjuicio especial por inadecuada administración de justicia. Ya ha habido casos en donde se han sancionado a los Estados por una inadecuada administración de Justicia, como por ejemplo en el caso Zegarra Marín vs Perú, en donde se sancionó al Estado peruano, en donde la Corte concluyó: “que el Estado violó el principio de presunción de inocencia del señor Zegarra Marín, de igual manera no motivaron el fallo, por delitos contra la administración de justicia como (encubrimiento personal, contra la fe pública (falsificación de documentos en general), y corrupción de funcionarios.

Es decir, el tema de la falsedad documental es tan importante que merece un mayor desarrollo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para que, de esta manera, a futuro el Estado no tenga que verse afectado con sanciones de reparación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una inadecuada administración de justicia y mucho menos que los funcionarios públicos se vean afectados por el derecho de repetición en su contra.

CONCLUSIONES

En el Código Orgánico Integral Penal, el legislador no ha desarrollado el tema de la falsedad documental a profundidad, en lo que respecta a la falsedad material e ideológica, lo que ocasionaría que, al no tener una definición precisa de un tipo penal concreto, ya que los procesados podrían ser condenados y juzgados injustamente por

un sistema penal que es demasiado severo, al tener penas demasiado excesivas, ya que el COIP es más punitivista que garantista.

De igual manera, podría incluirse en el COIP, un tipo penal que conceptualice al documento como se aborda en otras legislaciones, especialmente como se precisa en el código penal español, que distinga las clases de documentos y que precise los requisitos de cada documento para que sean analizados y valorados con certeza por los operadores de justicia de manera integral.

RECOMENDACIONES

La Asamblea Nacional debería implementar un centro de capacitación con formadores expertos en materia Legislativa para que la redacción de la estructura normativa en lo posterior no solo sea confrontativa, sino técnica y se tenga que cumplir con los cuatro filtros para una adecuada redacción normativa y que son las siguientes: a) comprensión general del tema, b) investigación de antecedentes, c) análisis de fondo; y, d) elección de la forma de presentación y diseño de estructura, para que de esta manera mermen las demandas al Estado ecuatoriano por inadecuada administración de justicia y no se tenga que accionar el derecho de repetición en contra de funcionarios públicos.

Realizar una reforma en la sección novena, delitos contra la fe pública con la finalidad de que no se condenen a personas inocentes, para que se rebaje el índice de hacinamiento en las cárceles ecuatorianas, ya que actualmente el hacinamiento carcelario ha incrementado. Centros carcelarios que no tienen como finalidad la rehabilitación y resocialización del delincuente sino más bien existen núcleos de organizaciones criminales en donde los privados de la libertad perfeccionan sus estrategias delictivas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenas, J., (2005). Delito de Falsedad. Ediciones Doctrina y Ley, cuarta edición, Bogotá D.C. - Colombia.
- Bernal, C., (2010). Metodología de la investigación. Administración, economía, humanidades y ciencias sociales. Tercera edición, Pearson Educación, Bogotá, Colombia.
- Bustos, J., (1986). Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, primera edición, Madrid, España.
- Cabanellas, G., (1979). Diccionario Jurídico Elemental. Nueva edición actualizada, corregida y aumentada. Editorial Heliasta S.R.I. Melilla, España.
- Carrara, F., (1889). Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, editorial jurídica Continental, Tomo I, Lucca, España.
- Cerda, H., (1993). Los Elementos de la investigación. Como reconocerlos, diseñarlos y construirlos. Editorial Magisterio. Bogotá, Colombia.
- Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] (2015). Registro Oficial Suplemento 544.
- Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014). Registro Oficial Suplemento 180.
- Código Penal Español [CPE] (1995). Número 281.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zegarra Marín Vs. Perú Sentencia se 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José de Costa Rica.

-
- Ecuador, Asamblea Nacional. (12 de mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Consultado el 26 de julio de 2019, de Registro Oficial Suplemento No. 506: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>.
- Ecuador, Congreso Nacional. (12 de julio de 2005). *Código de Procedimiento Civil (derogado)*. Consultado el 26 de julio de 2019, de Registro Oficial Suplemento No. 58, Codificación 11: <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>.
- Ecuador, Corte Constitucional. (2014). *Garantías jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Espinoza, S. (2006). Sentencia. Falsedad en documento público, Bogotá, Colombia, pp. 117.
- Frisancho, A., (2011). Delitos contra la Administración de Justicia. Segunda edición, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., Lima - Perú.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC] (2009). Registro Oficial Suplemento 52.
- Quesquén, S. (2005). Análisis de la estructura lógica del delito de falsificación de documentos. *Revista Lex*, N.- 16, pp. 204-206.)
- Salkind, N., (1998). Métodos de investigación. Colima, México. volumen (8). Editorial Prentice Hall.
- Villacampa, C., (2000). La Falsedad Documental. Análisis Jurídico Penal, editorial CEDECS.

REVISTA JURÍDICA CRÍTICA Y DERECHO

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

SÍNTESIS DE LAS POLÍTICAS, NORMAS DE PUBLICACIÓN Y SISTEMA DE ARBITRAJE PARA LA EVALUACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos postulados con miras a publicación en la Revista Jurídica Crítica y Derecho se regirán por las siguientes normas

- a. Los artículos serán originales, inéditos y no haberse postulado para publicación en otras revistas. Se reciben artículos en idioma español, que sean el resultado de investigaciones o experiencias profesionales de los autores.
- b. Los artículos se alinearán al Campo de la Ciencias Jurídicas en base a las temáticas planificadas por el Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
- c. Los artículos deben ajustarse a las normas de publicación de esta revista.
- d. La extensión de los artículos adaptados al formato de publicación, serán de un mínimo de 10 y un máximo de 15 páginas.
- e. Los artículos se ajustarán, mediante el sistema URKUND, como un mecanismo para determinar su originalidad.
- f. Los artículos serán evaluados internamente, para determinar el cumplimiento de las normas editoriales y decidir la pertinencia de enviarlo a revisión externa.
- g. El Consejo Editorial se reserva el derecho de realizar cambios superficiales y aquellos de carácter editorial.
- h. Los artículos se ajustarán a las normas APA 7ma. Edición a partir de marzo de 2020 a excepción de aspectos particulares especificados de la Revista Jurídica Crítica y Derecho.
- i. Los artículos que se ajusten a las normas establecidas adquirirán el estatus de "recibidos" lo cual, será notificado a los autores, por el contrario, serán devueltos.
- j. Los artículos "recibidos" serán presentados al consejo editorial, de cuyo dictamen, dependerá el sometimiento a revisiones en base al sistema de doble par evaluador externo ciego, como requisito ineludible para ser "Aprobados" o "Rechazados".
- k. Si el dictamen de los evaluadores por pares es de "Aprobado con cambios", se comunicará a los autores para que cumplan tal dictamen en un plazo no mayor a diez (10) días laborables, respetando el formato establecido y las normas de publicación.
- l. Si el dictamen de los evaluadores por pares es de "Rechazado", se comunicará a los autores, mediante correo electrónico dirigido al contacto principal.
- m. El Consejo Editorial se reserva el derecho a decidir sobre la publicación de los artículos, así como el número y la sección en la que aparecerán.
- n. La Revista Jurídica Crítica y Derecho, es independiente con respecto a los autores y sus trabajos sometidos a revisión, por tanto, comunicará el dictamen final de los evaluadores en un tiempo no menor a tres (3) meses, señalando además fecha probable de publicación.
- o. La Revista Jurídica Crítica y Derecho, recibe artículos en idioma español en función de sus 2 convocatorias al año. Los autores propondrán sus artículos originales en formato Word, mediante el correo electrónico fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec Debe conocerse que al menos el 60% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la Universidad Central del Ecuador
- p. Los artículos propuestos para publicación en la Revista Jurídica Crítica y Derecho estarán conformados por una de las siguientes estructuras:

Artículos originales	Otros artículos
<ul style="list-style-type: none">- Título, nombres completos de autor (es) y filiación.- Resumen (objetivo, alcance, metodología, resultado, conclusión) y Palabras Claves (4-7) (Abstract and Keywords)- Introducción generalidades, análisis del tema, objetivo.- Metodología- explica cómo se hizo la investigación.- Resultados- presentación de datos experimentales.- Discusión – análisis de resultados versus estado del conocimiento.- Agradecimientos (Opcional)- Bibliografía	<ul style="list-style-type: none">- Título, nombres completos de autor (es) y filiación.- Resumen (objetivo, alcance, metodología, resultado, conclusión) y Palabras Claves (4-7) (Abstract and Keywords)- Introducción generalidades, análisis del tema, metodología, objetivo y línea argumentativa.- Desarrollo.- Conclusiones.- Referencias Bibliográficas



Crítica y derecho

Revista Jurídica Semestral

Revista de divulgación Científica en el Campo de las Ciencias
Jurídicas

Vol. 2(2)



Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Consejo de Posgrado
Ciudadela Universitaria Av. América
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec

Quito – Ecuador
2020

