





# Palabra

The background of the cover is a complex, abstract black and white painting. It features thick, expressive brushstrokes and a central, somewhat indistinct figure that appears to be in a dynamic, possibly dancing or falling pose. The overall texture is rough and layered, with varying shades of gray and white.

2

Enero - Junio 2020

ISSN: 2631-2727

Quito - Ecuador

## **ESTADO y DERECHO de los GRUPOS de ATENCIÓN PRIORITARIA**

Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador

## **PALABRA**

Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central  
Número 2 / Primer semestre 2020 / Quito-Ecuador  
ISSN 2631-2727

## **COMITÉ EDITORIAL INTERNO**

Ramiro García Falconi (Subdedecano Facultad de Jurisprudencia)  
Cesar Muñoz Pazmiño (Director de la Carrera de Derecho)  
Patricio Salazar Oquendo  
Juan Montaña Pinto  
Luis Alcívar Naranjo  
Martha Valencia Valencia  
Raúl Llasag Fernández  
Héctor Tapia Ramírez  
Sandra Chávez

## **COMITÉ EDITORIAL EXTERNO**

Antonio Carlos Wolkmer  
Agustín Grijalva Jiménez  
Raquel Irigoyen Fajardo  
María Luisa Rodríguez  
Boaventura De Sousa Santos  
Jeanette Jordán Buenaño  
Bormán Vargas Villacrés  
Alice Cruz  
María del Mar Martín  
Gonzalo Ramírez Cleves  
María Paula Meneses  
Fernando Del Carvalho Dantas  
Matías Bailone

Universidad Central del Ecuador  
Facultad de Jurisprudencia  
Avenidas América y Universitaria  
Teléfono 2558846/ 2550606  
Http. [www.uce.edu.ec/web/fjcps](http://www.uce.edu.ec/web/fjcps)  
[Fjcps.palabra@uce.edu.ec](mailto:Fjcps.palabra@uce.edu.ec)  
Quito-Ecuador

Editor: Raúl Llasag Fernández  
Responsable Académico: Juan Montaña Pinto  
Diagramación: Corporación de Estudios y Publicaciones  
Corrección de Estilo: Corporación de Estudios y Publicaciones  
Portada: Leo Achik Llasag Cruz  
© Facultad de Jurisprudencia – Universidad Central del Ecuador  
Segunda edición  
2020

# REVISTA PALABRA

## ESTADO Y DERECHOS DE LOS GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

### ÍNDICE

<b>I. Presentación</b> .....	7
<b>II. Estado y derechos de los grupos de atención prioritaria: balance y perspectiva</b>	
1. Sistema especializado para la garantía de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes o Sistema de Protección Integral María G. Morais de Ramírez.....	15
2. Principio de protección integral en el proyecto del nuevo Código de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Un análisis crítico Juan Montaña Pinto.....	40
3. Estado, Política, Niñez, Aproximaciones para un abordaje de Políticas Públicas Yuri Emilio Buaiz Valera.....	76
4. La prisión por el no pago de pensiones alimenticias Edwin Manuel Argoti Reyes.....	98
5. Derechos de los Adultos Mayores en la ciudad de Ibarra 2018 Elizabeth Ximena Maldonado Erazo, Pablo Ricardo Mendoza Escalante y Cristhian Fernando Tambaco Olivo.....	121
6. Derechos de los privados de la libertad: Desde el garantismo Álvaro Francisco Román Márquez.....	143
<b>III. Derecho y sociedad</b>	
1. Los Derechos Humanos en la filosofía del Estado Brenda Vanegas León.....	178

2. Paradigmas en la Educación Superior Pública del Ecuador: Caso UCE  
Patricio Sánchez Padilla y Héctor Tapia Ramírez.....208
3. Finiquito injustificado de Contratos Laborales en la pandemia, Covid-19  
Ángel Teodoro Naranjo Estrada y Ángel Rafael Naranjo Albán.....226

## IV. Derecho y resistencia

1. Juventud y resistencia, abriendo caminos en Ecuador: Experiencias octubre 2019  
Eugenia Novoa, en conjunto con equipo investigador estudiantil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.....243
2. Insurrección del movimiento indígena ecuatoriano: Octubre de 2019  
María del Mar Peña Ordóñez.....271

## V. Miradas exteriores

1. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia  
Gonzalo Ramírez Cleves.....290

## VI. Reseñas de libros y jurisprudencia

1. A propósito del Derecho Penal de Auschwitz  
Juan Montaña Pinto.....328

## PRESENTACIÓN

Los Editores

En 1989 la ONU promulgó el primer gran instrumento de protección de los derechos humanos luego del fin de la guerra fría. Se trataba de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y partir de allí, hubo una profunda transformación en el enfoque de promoción, protección y garantía de los derechos, puesto que ya no se volvió a hablar de ser humano en abstracto sino que se comenzaron a proponer instrumentos normativos y medidas de protección concretas dirigidas a ciertas personas y colectivos especialmente vulnerables.

Luego de esa primera experiencia con los niños, vinieron instrumentos tan importantes como la CEDAW, el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT, la Convención contra la discriminación de personas con discapacidad que atacan el problema de la vulneración de derechos humanos no ya desde un plano general y generalista sino desde la generación de soluciones a problemas específicos de discriminación y vulneración del principio de igualdad. Y se lo hizo a partir de la generalización, reconceptualización y aplicación novedosa del principio de protección integral que si bien había nacido para enfrentar las discriminaciones sufridas por los niños, rápidamente se transformó en el *leit motiv* y en la herramienta conceptual común de todo el derecho internacional de derechos humanos.

En el caso ecuatoriano esa perspectiva teórica y de desarrollo de la política pública tuvo su entrada en el ordenamiento jurídico nacional con las disposiciones sobre las materias contenidas en la constitución de 1998, pero se expresó jurídicamente con claridad algunos años después con la promulgación, en 2003 del Código de la niñez. En efecto a finales de 2003 luego de un intenso proceso de participación ciudadana, inédito en el país, se promulgó el Código de la Niñez y Adolescencia. Este código era la esperada

respuesta normativa a años de lucha de las organizaciones y los activistas de derechos humanos dedicados a denunciar la situación de la niñez y a promover los derechos de los niños.

A pesar de ello, y tal vez debido a que el código comenzó su transitar jurídico en plena crisis orgánica del régimen político ecuatoriano, se generó un progresivo y creciente desinterés por la implementación real del nuevo enfoque de los derechos en las políticas sociales del Estado; proceso que lejos de desaparecer se intensificó en tiempos del proceso constituyente y de la mutación constitucional de 2008, puesto que sus fórmulas y sus procedimientos vinculados a un papel protagónico de la sociedad civil en la generación de las políticas públicas, entraron en contradicción directa con los métodos, técnicas y propuestas estatistas defendidas desde el régimen correista, que implicaba la aplicación de un enfoque generalista de los derechos humanos a partir de la noción y el concepto de “ciclo de vida”. Esta nueva concepción determinó una nueva institucionalidad y nuevos énfasis en la protección y garantía de los derechos de las personas y grupos vulnerables, ahora llamados de atención prioritaria.

Ahora bien, esa institucionalidad generada a raíz del proceso constituyente tampoco tuvo tiempo de desarrollar sus potencialidades debido a que cuando comenzaban a darse los primeros resultados vino la crisis económica y posteriormente, ya en tiempos del actual gobierno, la “rectificación” necesaria vinculada con el proceso general de “descorreización”, y de “disminución del Estado” y liberalización de la economía que se ha dado en los últimos tres años.

Este proceso generó, en un inicio, importantes esperanzas en muchas personas pero también produjo serias dudas en la mayoría de los actores, activistas y defensores de los derechos humanos, que vieron y ven, en medio de las disputas políticas coyunturales, propias de nuestro país, una seria imposibilidad de avanzar en la consolidación de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, pero también reconocen y reclaman la necesidad



urgente de materializar en normas y políticas públicas el principio de protección integral, así como reconocen la imposibilidad material y jurídica de volver al pasado.

De todo ello, se ocupa el segundo número de nuestra revista la Palabra que, en esta ocasión, dedica su dossier central a realizar un análisis crítico y desde diferentes perspectivas de la situación jurídica y política de las personas y grupos de atención prioritaria en el país. Para ello, en primer lugar se incluyen cuatro artículos que examinan desde diferentes ópticas y posturas metodológicas la situación de la niñez ecuatoriana al hilo de la propuesta de reforma al código de la niñez que se discute en la Asamblea Nacional. El primero de la de la experta venezolana-brasileña, María Gracia Morais, el documento propone una serie de recomendaciones y condiciones necesarias para la aplicación correcta del principio de protección integral en cualquier reforma que se le quiera hacer a la legislación ecuatoriana. Lo cual significa que el lector no encontrará un texto académico propiamente dicho ya que a lo largo de su desarrollo queda patente su objetivo primario de servir de insumo para la construcción teórica de la reforma al CONA que actualmente está tramitándose en la Asamblea Nacional ecuatoriana. Aun así, dicha función pragmática no excluye su consideración e inclusión en un texto académico como nuestra revista puesto que, desde siempre hemos tratado de realizar esa fusión entre la teoría y la praxis que en su momento tanto reclamó Marx en su tiempo.

En el segundo texto, el profesor de la facultad Juan Montaña aprovecha la excusa del análisis del proyecto de nuevo Código de las niñas, niños y adolescentes, que se discute actualmente en la Asamblea Nacional para hacer un análisis crítico del proceso de constitucionalización del enfoque de derechos humanos en el Ecuador. Para ello, el autor pone en discusión los fundamentos conceptuales de la reforma con los resultados concretos plasmados en las disposiciones normativas hasta ahora aprobadas; mientras revisa, con pretensiones igualmente críticas, los aportes

concretos del vigente CONA en la protección de los niños y las niñas ecuatorianos frente a los argumentos y las justificaciones esgrimidas por los especialistas sobre la necesidad de reformar o no la legislación de niñez en el país.

El siguiente texto es una aproximación teórica del experto venezolano al servicio de UNICEF, Yuri Buais, a la relación que debe existir entre derechos humanos y políticas públicas, en este caso referidas a la niñez. Para ello, el autor intenta responder a la pregunta de ¿cuáles serían las condiciones indispensables para que las políticas públicas estatales cumplan los objetivos de la Protección Integral y más en general bajo los parámetros estrictos del derecho internacional de los Derechos Humanos, para lo cual plantea una idea bastante contraria a los consensos actuales en materia de niñez, que es la relación necesaria entre protección integral y desjudicialización del tratamiento de los niños, niñas y adolescentes.

El siguiente artículo de la sección central de la revista hace un contrapunto conceptual a las tesis de los tres artículos anteriores y para ello el autor Edwin Argoti docente de la Facultad, realiza una evaluación y una crítica desde la óptica tradicional del derecho privado, a la política normativa seguida en el Ecuador desde hace algunos años sobre la utilización de la privación de la libertad como medida cautelar de carácter personal en contra de los padres incumplidos en sus obligaciones parentales. Para el autor en la solución dada por el legislador ecuatoriano y que mantiene intacto el nuevo código surge de una concepción errada del problema y de una falta de proporcionalidad entre la necesaria protección de los derechos de los niños, y la necesidad de mantener las garantías al debido proceso para los padres incumplidos, por ser un reducto injustificable de la prisión por deudas proscritas en el derecho occidental desde épocas romanas.

También, se incluye un artículo que examina la situación concreta de los adultos mayores ecuatorianos luego de la aprobación de la Ley Orgánica del Adulto Mayor, poniendo como ejemplo la

situación de desprotección que viven los adultos mayores en la ciudad de Ibarra. El texto, realizado con la metodología de la investigación – acción participativa, compara los mandatos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos de las personas adultas mayores con la situación real que viven muchos adultos mayores en los centros de atención del adulto mayor de Ibarra. El estudio realizado por los docentes de la Universidad de Otavalo y recogido en este número de nuestra revista, permitió probar la situación de vulnerabilidad en que viven las personas adultas mayores, más allá de las declaraciones retóricas de la ley de adulto mayor y de las políticas públicas gubernamentales tanto a nivel central como local.

Un último artículo de la sección central de la revista examina, desde la dogmática penal y desde la óptica de los derechos humanos, la grave situación de vulneración de derechos que viven las personas privadas de la libertad en nuestro país. En su artículo el profesor Álvaro Román expone a través de algunos casos concretos el incumplimiento sostenido de la administración de justicia frente a su deber de protección. El artículo pretende denunciar la situación y propone una serie de medidas prácticas que permitirían aplicar la Constitución en los centros de rehabilitación social ecuatorianos y eliminar las actuales prácticas violatorias de derechos que se mantienen vigentes en el país.

La conclusión que puede sacar el lector después de terminar su lectura de esta sección de la revista es que si bien la incorporación del enfoque de derechos humanos en la garantía de los derechos de las personas vulnerables es un paso muy importante en el plano formal y teórico, en la realidad la situación de los niños y especialmente de los adultos mayores y personas privadas de la libertad sigue estando regida por visiones teóricas y pretéritas vinculadas con la doctrina de la situación irregular y como tales, totalmente ajenas a la constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En nuestra tradicional sección derecho y sociedad, por su parte se recogen tres artículos uno de la profesora de la facultad, Brenda Vanegas sobre la incidencia de los derechos humanos en la teoría y filosofía del Estado; y segundo de nuestro decano, el profesor Patricio Sánchez Padilla en donde se examinan las dificultades que vive actualmente la autonomía universitaria a través del análisis de los paradigmas y desafíos de la educación superior en los dos últimos años. Y además, tenemos un tercer artículo que hace relación a los conflictos laborales en el Ecuador en época de pandemia, presentado por el Decano de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales de la Universidad Estatal de Bolívar de Bolívar.

En su texto de la profesora Vanegas intenta analizar la crisis de los Estados constitucionales frente al incumplimiento de los derechos humanos. Para ello, luego de realizar un estado de la cuestión plantea una serie de alternativas a esta crisis en las que la idea central es garantizar el conocimiento de los derechos por parte de cada ciudadano, así como la obligación estatal correlativa en el fomento de una cultura basada en los derechos. Por su parte el artículo del decano de nuestra facultad estudia los parámetros de financiamiento público a instituciones de educación superior en el Ecuador, para lo cual analiza la fórmula de asignación de presupuesto y el cumplimiento en la realidad de los principios fundamentales de la educación superior en el país con especial atención en el examen del funcionamiento del principio de gratuidad, del sistema de Admisión y los retos que éstos principios implican para el desarrollo de las carreras vinculadas a las ciencias sociales, todo ello en el contexto de la Universidad Central del Ecuador.

En nuestra revista siempre tenemos una sección vinculada a la coyuntura. En este caso se consideró necesario realizar el análisis de las repercusiones que tuvo para el derecho ecuatoriano las movilizaciones de octubre del año pasado. Para ello, la revista incorporó en este segundo número una sección denominada “Derecho y resistencia” donde se incluyen dos artículos: El primero de la

profesora Eugenia Novoa en conjunto con estudiantes en el que se analiza el papel de la juventud como grupo de atención prioritaria en las movilizaciones de octubre pasado y la negativa del gobierno central de garantizar efectivamente su derecho a la resistencia, así como la libertad de expresión y asociación. El texto concluye que el Estado no precauteló los derechos de la juventud como grupo de atención prioritaria en el contexto de las protestas suscitadas en octubre de 2019.

El segundo artículo de esta sección cuyo título es “Insurrección del movimiento indígena ecuatoriano: octubre de 2019”, de María del Mar Peña Ordóñez examina el proceso de lucha social del movimiento indígena ecuatoriano, así como los procesos de reivindicación alcanzados en los diferentes momentos históricos, para luego compararlos con el levantamiento indígena producido en octubre de 2019. De acuerdo con la tesis sostenida en el texto el movimiento indígena logró obtener un reforzamiento en sus bases políticas, sociales y epistémicas, a través de la unión y cooperación, en la búsqueda por alcanzar espacios de diálogo intercultural, sin subalternizaciones, y posibilitar un camino hacia la descolonialidad.

En la sección Miradas exteriores en esta ocasión invitamos al profesor colombiano Gonzalo Ramírez Cleves quien aporta a nuestra revista con un texto académico denominado la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia. En su texto el profesor colombiano realiza un estudio de la línea jurisprudencial sobre sustitución de la constitución y a partir de allí analiza una serie de tensiones que subsisten en las democracias constitucionales entre el principio mayoritario y el principio democrático.

En la sección Reseñas y jurisprudencia, en esta ocasión se allega una reseña del último libro del profesor ecuatoriano Jorge Vicente Paladines sobre el derecho penal en Auschwitz en el que se resalta la importancia de conocer las doctrinas jurídicas y penales de los Nazis y su paradójica influencia en el derecho penal y en la criminología actuales en América Latina.

# Palabra

Los editores de la revista estamos muy contentos del resultado y confiamos que este esfuerzo editorial de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia aporte elementos de juicio a los lectores sobre las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales en el Ecuador de hoy.

# ESTADO Y DERECHOS DE LOS GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA: BALANCE Y PERSPECTIVA

## Sistema especializado para la garantía de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes o Sistema de Protección Integral<sup>1</sup>

María G. Morais de Ramírez<sup>2</sup>

### Resumen

En los actuales momentos, el Estado ecuatoriano adelanta la reforma integral del Código de la Niñez y Adolescencia, para lo cual creó una Comisión Ocasional Especializada, que se dispone a acoger las recomendaciones que le fueron hechas por la Comisión AAMPETRA, en el sentido de “*diseñar y poner en funcionamiento un Sistema de Protección Integral que permita articular y coordinar normas, procedimientos e instituciones encargadas de la protección integral de los derechos de NNA*”. Ahora bien, la concreción de este cometido pasa por asentar la construcción de dicho Sistema en principios que se desprenden de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y sostienen la Doctrina de la Protección Integral –*Igualdad y no Discriminación, Interés Superior del Niño, Corresponsabilidad y Prioridad Absoluta*–, a los que se añaden otros más específicos –*legalidad, especialidad, efectividad y participación democrática*–; por tener en cuenta los enfoques de derechos humanos, de integralidad y sistémico; por orientarse por criterios tales como de *Integralidad, eficacia, participación democrática y solidaria*, de autonomía y descentralización. Estos criterios deberán verse reflejados en la composición del Sistema, en las atribuciones de sus integrantes,

---

1. Versión corregida de la ponencia elaborada para la Asistencia Técnica a la Asamblea Nacional del Ecuador, en el Proceso de Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia. Cuenca/Quito. Noviembre de 2019.

2. Docente Universidad de Sucre en Bolivia, Venezolana, especialista y consultora en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, principalmente para procesos de adecuación legislativa.

así como en los medios de garantía de derechos que contemple. Solo así, el Sistema de Protección Integral se convertirá en un marco idóneo para dar efectividad al Código que, como todas las leyes especiales para la infancia promulgadas post CDN, se destinan a garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute de sus derechos.

**Palabras Claves:** Derechos humanos de los niños, protección integral, sistema nacional de protección integral de la niñez, protección especial, Reforma integral, Convención Sobre los Derechos del Niño, CONA, especialialidad.

## 1. Introducción

Los países signatarios y que ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>3</sup> promulgada hace 30 años, precisamente el 20 de noviembre de 1989, de forma unánime, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se comprometieron, por fuerza del artículo 4 del referido instrumento jurídico internacional a *hacer efectivos los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes* (NNA) allí consagrados, lo cual se logra, básicamente, mediante la concepción, promulgación y vigencia de leyes especiales para la infancia, ajustadas a los principios, postulados y normas de la Convención; de la adecuación institucional de modo a impulsar y favorecer el cumplimiento de las leyes; de la adopción de medidas sociales, educativas, culturales y de “cualquier otra índole”, que se concretan en políticas públicas básicas y de protección especial las que, a su vez se cristalizan a través de planes, programas y servicios especializados, cuya finalidad es brindar protección integral, garantizando los derechos de NNA.

Ahora bien, estas vías son las idóneas para asegurar derechos, pero deben concebirse y/o articularse en el marco de una estructura especialmente diseñada para alcanzar el objetivo esencial de todas las leyes especiales para la infancia promulgadas post

3. El Ecuador ratificó la CDN el 23 de marzo de 1990, siendo así uno de los primeros países de Latinoamérica en hacerlo.



Convención: *garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en los respectivos territorios nacionales el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos*. Y este marco para la efectividad no es otro que los denominados *Sistemas de Protección Integral (SPI)*, mejor aún *Sistemas Especializados para la Garantía de Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante Sistema)*. Definitivamente, la importancia, más aún, la trascendencia de un SPI para la Garantía de Derechos es indiscutible, pues ningún país estaría cumpliendo los mandatos de la CDN si, más allá de reconocer derechos y darles contenido, no crea mecanismos que garanticen su cumplimiento. Así, la existencia de un Sistema de Protección Integral o Sistema Especializado para la Garantía de Derechos Humanos de NNA se erige en la “*conditio sine qua non*”, es decir en la condición necesaria para que las leyes para la infancia alcancen el fin último que todas deben perseguir; porque solo mediante políticas, planes, programas, medidas especiales formuladas, articuladas, ejecutadas y controladas por los actores de un Sistema es que se puede asegurar derechos y garantías de NNA.

En los actuales momentos, el Estado ecuatoriano, a través de la Asamblea Nacional adelanta la reforma integral del Código de la Niñez y Adolescencia –CONA– promulgado en 2003, reformado en 2009, 2014 y 2015. Para concretar el proceso, la Asamblea resolvió crear, en octubre de 2018 una Comisión Ocasional Especializada, que formuló su Plan de Trabajo, el cual contempla varias estrategias y que acoge las recomendaciones hechas por la Comisión AAMPETRA<sup>4</sup> al Pleno de la Asamblea Nacional, entre las cuales se destaca la de reformar con carácter de urgencia el CONA y “*(...) diseñar y poner en funcionamiento un Sistema Integral de Protección que permita articular y coordinar normas, procedimientos e instituciones encargadas de la protección integral de los derechos de NNA*”.

4. La Comisión Especializada Ocasional AAMPETRA, creada 26 de julio de 2017 para investigar casos de abuso sexual a NNA en las escuelas del país presentó su informe final el 18 de octubre de 2018, poniendo de manifiesto una alarmante situación de violencia, que tanto cualitativamente como cuantitativamente, victimiza a NNA ecuatorianos.

Entre las estrategias concebidas para adelantar la reforma se encuentra el apoyo técnico de expertos nacionales e internacionales, que en estas semanas se hace efectivo, mediante el cumplimiento de una agenda, que incluye esta exposición sobre los *Sistemas Especializados de Protección*, con la cual no se pretende decir lo que debe hacer el Ecuador, ni mucho menos plantear un modelo a seguir, sino ofrecer a los asambleístas, a los integrantes de la Comisión Especial, a los equipos especializados, a las organizaciones sociales y sociedad civil, a las instituciones públicas y privadas, así como a los mismos niños, niñas y adolescentes, en fin a todos los involucrados en el proceso de reforma, un conjunto de orientaciones y de elementos imprescindibles a ser tomados en cuenta, siempre que el cometido sea construir un Sistema de Garantía de Derechos integral, especializado, que realmente pretenda hacer efectivo el resguardo de los derechos de NNA.

El resultado final dará cuenta de cuanto de lo recomendado fue útil para reconstruir un sistema nacional de protección integral de la niñez que actualmente está desarmado y prácticamente inactivo y cuanto se mantiene y debe mantenerse como insumo de los programas de acción y las iniciativas de la institucionalidad estatal encargada del tema en el Ecuador y de los y las activistas de derechos humanos de los niños, en su lucha por la defensa de los derechos y por la aplicación de la convención de los derechos de los niños.

Por tal razón, el lector no encontrará en el presente documento un texto académico al uso, dado que en su origen es un documento de trabajo enviado a la Asamblea Nacional del Ecuador para ser tomado como insumo para la construcción teórica de la reforma al CONA que actualmente está tramitándose en el parlamento ecuatoriano. Ello sin embargo no quiere decir que no pueda ser leído por académicos y estudiantes interesados en conocer los fundamentos y la aplicación práctica del principio de protección integral y que no sirva para evaluar teóricamente la situación actual de la niñez ecuatoriana y la construcción de un sistema de protección integral. Todo lo contrario en términos marxistas el

documento es un programa teórico para la acción, por lo que a lo largo de todo el texto se puede constatar cual es la postura teórica y metodológica sobre el tratamiento de los niños y niñas, que se defiende y que se propone para la reforma legal que se prepara en Ecuador, vinculado a la defensa del enfoque contemporáneo de los derechos humanos de los niños. Tiene un objetivo que es delinear los rasgos esenciales de lo que debería ser el sistema nacional de protección integral de la niñez, y da algunas pistas sobre ¿qué hacer? pero ciertamente no se trata de un ejercicio academicista que refleje el estado de la cuestión sobre el tema, sino que es un ejercicio teórico práctico, a partir del conocimiento profundo del funcionamiento de la institucionalidad de protección de los niños en toda América Latina, en el que se formulan una serie de recomendaciones de lo que en el plano del deber ser, implicaría la aplicación de este modelo de protección integral a la hora de modificar o cambiar un código tan importante como el de la niñez.

Para realizar esa tarea el texto se divide en varios ítems. En el primero se plantean una serie de definiciones que sirven para delimitar el marco conceptual y metodológico desde donde se habla; luego se acomete una revisión de los principios del sistema de protección integral visto desde la perspectiva teórica y metodológica de la Convención de los derechos de los niños; en el tercer epígrafe se habla de los enfoques que debe contemplar el nuevo sistema de protección integral de la niñez; para en el siguiente capítulo analizar la estructura institucional y las atribuciones que deberían cumplir los organismos del nuevo sistema de protección de la niñez; para finalmente en un apartado final discutir sobre cuales deberían ser los principales ejes de acción y los lineamientos de la política pública de niñez y adolescencia que debe diseñar en términos generales el nuevo código.

## 2. Definiciones

Por *Sistema* se entiende un *conjunto* de elementos *relacionados* entre sí que *interactúan* para lograr un objetivo común; o entonces un *todo integrado*, aunque compuesto de estructuras diversas,

*interactuantes* y especializadas; o aun *el conjunto* de cosas que *relacionadas entre sí* ordenadamente contribuyen a lograr un *determinado objetivo*.

Cualquiera sea la definición que se adopte, lo que caracteriza un Sistema es:

- La existencia de elementos diversos;
- El carácter de unidad del conjunto;
- La existencia de objetivos comunes.

Desde luego, un Sistema Especializado de Garantía de Derechos de NNA, para ser considerado como tal, debe reunir esas características. En efecto, las leyes para la infancia en América Latina suelen definir, palabras más, palabras menos, el Sistema de Protección Integral como:

*“El conjunto articulado de órganos, instituciones, entidades, servicios públicos y privados que formulan, coordinan, integran, ejecutan, supervisan, evalúan y controlan las políticas, planes, programas, medidas especiales, acciones y cualquier otro medio cuyo objetivo primordial es garantizar el pleno goce de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.*

Esta definición expresa los elementos fundamentales de un Sistema Especializado para la Garantía de Derechos Humanos de NNA: los sujetos activos de la garantía (órganos, instituciones, entidades y servicios); los mandatos que deben cumplir (formular, coordinar, integrar, ejecutar, supervisar, evaluar, controlar) y los medios para garantizar derechos (políticas, planes, programas, medidas especiales) todo lo cual debe articularse para alcanzar el objetivo común de garantizar derechos de NNA.

### **3. Marco principista**

Un Sistema Especializado de Garantía de Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes o SPI debe construirse y luego

regir su funcionamiento con base en los principios que se desprenden de la CDN y sostienen la Doctrina de la Protección Integral –*Igualdad y no Discriminación, Interés Superior del Niño, Corresponsabilidad y Prioridad Absoluta*–, a los que se añaden los siguientes principios específicos:

- *Legalidad*. En los países miembros de la CDN y en los que se concede fuerza de ley interna a los Convenios y Pactos Internacionales, el marco jurídico del Sistema de Protección estará constituido por la Convención, sus protocolos facultativos y por otras normas tales como las Reglas y Directrices de las Naciones Unidas las que, aun no teniendo fuerza conminatoria obligan moralmente a los países. Se puede decir que la concepción y actuación de los Sistemas tendrían en cuenta también las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño a los informes del país, que cada cinco años se presentan, atendiendo a lo previsto en los artículos 43 y 44 de la CDN.

En el ámbito nacional, las Constituciones de varios países de la región, como es el caso de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE), además de normas generales fundadas en el respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos, que los Estados reconocen y están obligados a garantizar, traen disposiciones específicas que se refieren a la salvaguarda de derechos de NNA tales como, en el caso de la CRE, los artículos 44, 45, 46, 175 y 341.

Efectivamente, el artículo 44 acoge los principios convencionales del Interés Superior del Niño y Prioridad Absoluta; reconoce el derecho de NNA a su desarrollo integral, dándole contenido; establece la corresponsabilidad del Estado, familia y sociedad en la garantía de sus derechos. Los artículos 45 y 46 reconocen expresamente a NNA como sujetos de derechos, especificando cuales son. El artículo 175 se refiere a la especialidad de la

legislación y de la administración de justicia para NNA, ordenando la separación de competencias judiciales en protección de derechos y en responsabilidad penal de adolescentes. El artículo 341 atribuye el aseguramiento de derechos de NNA al denominado “Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”, en el marco del Sistema Nacional de Inclusión, creado por el artículo 340 constitucional.

Y como es obvio, cualquier Sistema de Protección debe atenerse a las normas legales y reglamentarias vigentes en el país, especialmente las que se relacionan con su quehacer.

- *Especialidad.* En este caso, se entiende por especialidad la condición esencial que debe cumplir un Sistema de Protección Integral o de Garantía de Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes: *ser propio, exclusivo para la garantía de los derechos de, únicamente, niños, niñas y adolescentes*, de nadie más, quedando excluidos de dicho Sistema Especializado cualquier otro grupo vulnerable o prioritario (mujeres, ancianos, etc.).

Dicha especialidad se justifica por la necesidad de dar visibilidad y atender prioritaria y exclusivamente a una población que está en fase de desarrollo, lo que la diferencia definitivamente de los adultos; y por la especificidad de los derechos que se le reconoce.

Obsérvese, que el mandato de especialidad de normas, instituciones y Sistemas ya estuvo enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924, así como en la Declaración de Derechos del Niño de 1959; reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme queda expresado en el Preámbulo de la Convención.

En el mismo sentido se expresaron los párrafos 2 y 3 de la Recomendación General 14 del Comité de Derechos del Niño<sup>5</sup>, que al pronunciarse sobre el Interés Superior del Niño, principio adoptado en el artículo 3 de la CDN, recuerda el compromiso de los Estados de asegurar al niño protección y cuidados necesarios para su bienestar y que la actuación de las instituciones, servicios y establecimientos encargados de brindarles dichos cuidados y protección, se rijan por normas establecidas por la autoridad competente.

En el caso del Ecuador, la especialidad del tratamiento de los asuntos relacionados a NNA y la garantía de sus derechos está reconocida en el artículo 175 de la CRE, en los términos ya expresados en líneas anteriores (especialidad de la legislación y administración de justicia). Pero, con respecto al artículo 341 constitucional, la especialidad del Sistema de Protección, parece ser solamente nominal porque, salvo mejor opinión, dicha especialidad se ve severamente comprometida por la falta de autonomía del SPI ecuatoriano. Sin eufemismos, éste no es más que parte de un todo –el Sistema Nacional de Inclusión– lo cual le quita el carácter de “Especial”.

Aun sobre el particular, obsérvese que, en fecha reciente, el Comité de Derechos del Niño ha manifestado al Estado ecuatoriano su preocupación por el hecho de que, a consecuencia de la Ley Orgánica de Consejos Nacionales

---

5. El artículo 43 de la CDN crea el Comité de los Derechos del Niño, con la finalidad de “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte en la Convención”. Este cometido se viene cumpliendo a través de dos tipos de *Observaciones: las Generales y Particulares*. Estas últimas son las formuladas por el Comité a los países, con ocasión de la presentación del informe quinquenal que estos deben enviar, dando cuenta de lo que han realizado para hacer efectivos y garantizar el goce de los derechos de NNA, en los respectivos territorios. Las Observaciones Generales (del 2003 al 2017 se han producido veintidós) están dirigidas a esclarecer los contenidos de la CDN, a través de la interpretación de su articulado y del tratamiento de temas importantes para el resguardo de derechos de NNA.

para la Igualdad (de 2014), se haya desnaturalizado el anterior Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues las instancias de garantía de derechos allí establecidas, especialmente las cantonales, se transformaron en instancias intergeneracionales, perdiendo su mandato específico y especial en relación con la garantía de derechos de NNA. Sobre el particular, el Comité recomienda al Ecuador que “garantice que cualquier reforma legal mantenga la especialidad del marco legal...”.

- *Efectividad*. La existencia de un Sistema de Protección Integral es, en sí mismo, un mecanismo de efectividad de la garantía de derechos, siempre y cuando éste se presente como una estructura coherente, con objetivos bien definidos; integrada de forma democrática por miembros del Estado y de la sociedad; que cuente con medios idóneos para asegurar derechos, tanto a nivel difuso como colectivo e individual; con funciones deliberativas, planificadoras, articuladoras, controladoras y ejecutoras, de modo a formar una red eficiente y eficaz de atención, defensa y garantía de derechos de NNA.
- *Participación Democrática*. Este principio atiende a otro de la CDN –el de la corresponsabilidad– según el cual el Estado, familia y sociedad son responsables de forma concurrente, de propiciar a NNA oportunidades que garanticen su desarrollo integral y de asegurarles el ejercicio, goce y respeto de sus derechos.

Es así como, la sociedad en su conjunto, no apenas las organizaciones sociales especializadas en niñez y adolescencia, tiene no solo el derecho, sino el mandato de garantizar derechos de NNA. Y siendo el Sistema de Protección el espacio privilegiado para que se haga efectiva dicha garantía es innegable que debe integrar, a la par de la



representación del Estado los órganos, instituciones, entidades que compongan dicho Sistema.

Pero, la participación de la sociedad no será democrática, si sus atribuciones quedan relegadas a la mera ejecución de programas. La democracia exige que, en igualdad de condiciones con el Estado, participe en la toma de decisiones. La participación democrática implica el trabajo conjunto de la sociedad con los organismos estatales en la planificación, ejecución y control de acciones destinadas a asegurar derechos de NNA.

El principio de participación no se cumpliría, además, si el Sistema no garantiza instancias donde se puedan expresar y ser oídos los NNA, en todos los asuntos que les conciernan.

#### 4. Enfoques

Un Sistema de Protección Integral se concibe y sus actuaciones tendrán en cuenta los siguientes enfoques:

- *Enfoque de derechos humanos*, el cual implica, en primer lugar el acatamiento de todos los estándares y disposiciones normativas nacionales e internacionales que consagran y dan contenido a los derechos de NNA. También requiere la contribución del Sistema, para la creación y afianzamiento de una cultura de respeto a dichos derechos.

Este enfoque exige que el Sistema reconozca que su objetivo principal es la garantía de los derechos humanos de todos los NNA del país y que cuente con los mecanismos y herramientas necesarias y aptas para hacer valer sus derechos a la supervivencia, desarrollo, participación y protección especial;

- *Enfoque de integralidad*, el cual implica, entre otras cosas, el resguardo de todos los derechos a todos los niños,

niñas y adolescentes sin discriminación alguna; el reconocimiento de que la garantía de derechos de NNA, tiene una dimensión estructural, colectiva y otra individual; que dicha garantía debe trascender del aspecto jurídico y atender a la protección social.

- *Enfoque Sistémico*, que privilegia la visión integral de los derechos de NNA, prescribiendo la acción conjunta y los mecanismos consensuados para salvaguardarlos.

## 5. Criterios para construir un sistema de protección integral o sistema especializado de garantía de derechos de NNA

Todo lo dicho anteriormente pone de manifiesto que el diseño del SPI debe ceñirse a los principios y tener en cuenta los enfoques ya comentados. No obstante, ayuda mucho orientarse por criterios que hacen operativos los principios y que pueden servir de guía práctica, para quienes tengan a su cargo concebir un Sistema suficiente para hacer efectivos los derechos de NNA. Dichos criterios serían: *Integralidad, Eficacia, Participación, Autonomía y Descentralización*.

1.- **Criterio de la Integralidad:** *El Sistema debe construirse para brindar protección Integral a NNA.* Esta integralidad supone:

- Que el Sistema debe concebirse para garantizar los derechos a **todos los NNA**, sin discriminación alguna (incluyendo la situación económica) y no solo a los que se consideran en situación de vulnerabilidad o riesgo social, tal como era propio de la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar. Recuérdesse que para el vetusto paradigma, el cual estuvo vigente desde 1919, hasta que periclitó en 1989, con la promulgación de la CDN y su sustitución por la Doctrina de la Protección Integral, los NNA no eran sujetos de derechos sino objeto de tutela por parte del Estado o de instituciones privadas. Pero sólo aquellos que se encontraban abandonados, en

situación de peligro o infringían la ley penal (infractores) es decir los pobres, marginados, excluidos del desarrollo y bienestar.

Se hace referencia a este asunto para advertir sobre los peligros de una tendencia que, a veces insidiosa otras claramente, se viene instalando en América Latina y contaminando las leyes y sistema garantistas ya funcionando en varios países de la región; pretendiendo resucitar concepciones y prácticas institucionales que se creían muertas y enterradas, por efecto del enorme salto cultural que significó la Convención y la DPI. Se trata de la corriente denominada “*neominorismo*” o “*neotutela*” que persigue el renacimiento de la Doctrina de la Situación Irregular, utilizando un discurso proteccionista que aspira reducir los Sistema de Protección Integral a meros Sistemas de Protección Especial, con énfasis en la solución de problemas tales como NNA privados de cuidados parentales, aún conocidos como “abandonados” los que sufren violencia, las adolescentes embarazadas, etc.

- Que el Sistema debe poder garantizar ***todos los derechos*** de NNA consagrados en la CDN y respectivas leyes nacionales. ***Todos, absolutamente todos los derechos***, sin excepción ni privilegios. De no ser así, cuando en algún país se presente una situación de mayor incidencia en la conculcación de algún derecho en particular –como es el caso del Ecuador, donde en los últimos años se viene presentando un aumento preocupante de la violencia contra NNA– al no hallarse vías de solución en el SPI, habrá la tentación de ir aprobando leyes especiales y buscando estrategias “apaga fuegos”; creándose Sistemas de Protección ad-hoc, lo que no contribuye a salvar las dificultades sino que, por el contrario, puede generar desconcierto y conflicto entre normas.

- Que el Sistema debe estar en condiciones de garantizar los derechos de NNA en *todos los niveles: difuso, colectivo e individual*.

Se entiende por derecho o *interés difuso* el que pertenece a una pluralidad indeterminada de sujetos. Va más allá de los intereses individuales, porque pertenece a la generalidad de las personas. Tiene por objeto garantizar y restituir el derecho de todos los afectados por su amenaza o conculcación (por ejemplo, el derecho de *todos* los NNA ecuatorianos a un medio ambiente sano, al agua potable, al saneamiento básico, a la salud universal, a la educación de calidad) invocados por órganos o instituciones públicas, así como por particulares y asociaciones privadas legitimadas para actuar.

*Colectivo* es el derecho de comunidades o sectores compuestos por sujetos de derechos más o menos determinables, que representan los intereses que el grupo persigue. Por ejemplo, los derechos de NNA de una determinada escuela; de un barrio, de una asociación.

*El derecho es Individual*, cuando corresponde a una persona en concreto, que se puede precisar con nombre y apellidos.

Ahora bien, la garantía de derechos de NNA, *en cada uno de los tres niveles exige sujetos* activos (órganos, instituciones, servicios) y *medios o mecanismos* distintos, propios, específicos con los que el SPI debe contar, so pena de no ser considerado integral.

Obsérvese, además que la obligatoriedad de garantizar derechos difusos o colectivos es uno de los avances, conquistas, logros fundamentales de la Doctrina de la Protección Integral, pues la Doctrina de la Situación Irregular se caracterizaba por brindar protección

meramente individual.<sup>6</sup> Así, una ley que no cuente con mecanismos para la garantía de derechos a nivel difuso y colectivo; un Sistema que no tenga el claro mandato y las posibilidades de hacerlo, aun no superó cabalmente el Modelo Tutelar.

Insístase en la idea anteriormente expresada: la integralidad supone ir más allá de los dispositivos jurídicos destinados a garantizar derechos. La integralidad exige brindar protección social que se refiere a la concepción e implementación de políticas públicas básicas, compensatorias, asistenciales y de protección para el aseguramiento de derechos básicos y de protección especial de NNA.

**2.- Criterio de la eficacia:** *el hecho de reconocer a NNA como sujeto de derechos obliga a crear vías efectivas para la defensa y garantía de los mismos, a nivel difuso, colectivo e individual, para lo cual debe quedar claramente establecido en la normativa que regule el SPI:*

- *Los actores de la garantía:* órganos, instancias, entidades y servicios, obligados a garantizar derechos;
- *Los medios, mecanismos y estrategias de aseguramiento:* políticas, planes, programas, medidas, acciones, sanciones, todo lo idóneo para lograr el objetivo esencial del SPI;
- *Los mecanismos* que garanticen los recursos necesarios para que el Sistema pueda operar y brindar la Protección Integral a la que NNA tiene derecho.

---

6. La Doctrina de la Situación Irregular solo atendía necesidades de NNA individualmente considerados, centrandó la protección en la figura del denominado Juez de Menores, otorgándole competencia universal, tanto para resolver conflictos jurídicos de NNA como para atender sus necesidades sociales. Para la DPI, los NNA no se dividen en dos categorías –incluidos y excluidos–, sino que la infancia es una sola y su protección exige la utilización de otros medios diferentes de la actuación judicial y la solución de casos individuales. Para la DPI, la salvaguarda de sus derechos empieza por la formulación e implementación de políticas públicas para todos los niños, niñas y adolescentes. Definitivamente, NNA en dificultades sociales ya no es competencia de la justicia.

La asignación de recursos para el funcionamiento del SPI y por ende el aseguramiento de derechos debe guiarse por el *Principio de la Prioridad Absoluta*, según el cual NNA está primero en todo: tendrá preferencia en la formulación de políticas públicas, *en la asignación de recursos*, así como en la atención frente a situación de vulneración o de negación de derechos. Es así, como los Estados no podrán negar los fondos necesarios para resguardar derechos, sin contrariar un principio fundamental de la DPI.

- *Las medidas sancionatorias*, vistas como una estrategia de garantía que puede el Sistema aplicar a quienes, estando obligados a ello, no garanticen, amenacen o violen derechos de NNA.

### **3.- Criterio de la Participación Democrática y Solidaria:**

*El Sistema debe distribuir la responsabilidad concurrente de garantizar derechos de NNA entre la trilogía familia, Estado y sociedad, lo cual debe quedar evidenciado en los órganos e instancias de protección y en las competencias y atribuciones que les sean conferidas. Todo ello exige que en el SPI se encuentre:*

- *El diseño de una estructura administrativa y judicial coherente, articulada, integrada por una representación gubernamental y no gubernamental con funciones deliberativas, planificadoras, coordinadoras, ejecutoras y contraloras.*

La atención a este criterio supone aún la disposición de espacios y modos que propicien la participación de NNA.

**4.- Criterio de la Autonomía:** *El SPI sería una entidad independiente de cualquier otro órgano del Estado para garantizar la independencia y transparencia de sus decisiones, así como el efectivo control de las demás instituciones públicas, cuyas políticas y acciones se relacionen con la garantía de derechos de NNA.*

**5.- Criterio de Descentralización:** *Supone la transferencia de poder, autoridad y recursos del gobierno central a las regiones y municipios,*

visto que los asuntos relacionados con la garantía de derechos de NNA mejor se resuelven donde se produce su amenaza o violación.

Aun cuando en los países —como es el caso del Ecuador— ya opere la descentralización, ésta solo estaría completa si los órganos, instituciones y servicios del Sistema, que se encuentren descentralizados, dispongan de recursos y gocen de autonomía, frente a los gobiernos regionales y municipales. En América Latina, aún se observa una fuerte dependencia política y funcional de los primeros, en relación a los segundos.

Es así como, atendiendo a los criterios antes desarrollados, la ley que pretenda garantizar con eficacia derechos de NNA tiene que contar con un Sistema de Protección Integral, para lo cual la normativa debe:

- Declarar expresamente sus objetivos;
- Establecer su composición, que estará integrada de la forma más democrática posible, en cuanto al número y funciones, por representantes del más alto nivel del Estado y de la sociedad civil;
- Concebir la estructura organizativa y funcional, así como definir claramente las competencias de todos su integrantes delimitando, en el ámbito administrativo, los que se encargan de la garantía universal de derechos, de los que brindan protección especial;
- Definir y desarrollar, a cabalidad los mecanismos de garantía, es decir, los medios con que cuenta para alcanzar los objetivos: políticas, planes, programas, medidas de protección (administrativas y judiciales) regulación de entidades y servicios, procedimientos (administrativos y judiciales), sanciones aplicables a quienes violen derechos de NNA;
- Concederles autonomía frente a otras instituciones del Estado.

- Disponer su descentralización hasta donde sea posible;
- Prever las fuentes de financiamiento.

## 6. Composición del sistema, atribuciones y medios de garantía

Como se dijo anteriormente, los integrantes del SPI, así como los medios de que dispondrán para resguardar derechos, deben ser específicos, diferentes según el nivel de garantía sea difuso, colectivo e individual.

Al respecto, se debe tener en cuenta que:

- Los integrantes del SPI se organizan en dos componentes— *el administrativo y el jurisdiccional*;
- El *componente administrativo*, a su vez, se integra por entidades públicas y privadas, por una representación gubernamental y no gubernamental, de preferencia paritaria, o que por lo menos guarde una proporción entre una con otra, de modo a no comprometer el carácter democrático que debe tener;
- Las entidades públicas que integran el componente administrativo serán intersectoriales, de alto nivel (Ministerios, Secretarías) que tengan atribuciones relacionadas con derechos básicos de NNA: salud, educación, nivel de vida adecuado (alimentación, vivienda) seguridad, protección laboral y seguridad social. Asimismo, deben integrar ese componente otras instituciones del Estado con competencia en materia de protección integral de NNA; que se dediquen a la salvaguarda de algún derecho en particular o a la defensa directa de derechos de NNA en general, como por ejemplo, algún organismo específico de garantía del derecho a vivir en familia, a estar protegidos contra la violencia; las Defensorías de la Niñez y Adolescencia; Procuradurías Especializadas en Niñez y Adolescencia,



Secciones Especializadas de la Defensoría del Pueblo, las entidades de atención directa a NNA.

Es importante insistir en el alto nivel de la representación gubernamental, pues la experiencia en Latinoamérica enseña que el SPI solo funciona cuando dicha representación tiene la calificación suficiente para tomar decisiones o que, por lo menos, pueda acceder de forma directa e irrestricta a la autoridad que decide;

- En cuanto a la *representación de la sociedad civil*, hay que dejar establecida la forma más legítima y democrática de escogerla, guardando siempre una proporción de representantes de organizaciones de promoción y defensa de derechos de NNA; de las que prestan asistencia directa a los mismos, así como de personas o instituciones que, aún cuando no estén directamente relacionadas con ellos, puedan contribuir con la garantía de derechos, mediante su conocimiento, experiencia y compromiso, tal como es el caso de empresarios y universidades;
- En el *componente administrativo* hay que distinguir, claramente, los integrantes que deben garantizar derechos a nivel difuso y colectivo, de los que asegurarán derechos a nivel individual, lo cual se hará mediante la asignación de atribuciones;

Es así como, quienes deben garantizar derechos difusos y colectivos tendrán atribuciones deliberativas, articuladoras, consultivas y controladoras, para lo cual utilizarán como medios para lograr su cometido la formulación de políticas públicas, planes, directrices, lineamientos; el seguimiento y control de políticas y acciones públicas intersectoriales referidas a NNA; la exigencia a las autoridades competentes de acciones y adjudicación de recursos para la solución de situaciones que afectan a NNA, entre otras.

A los que corresponda la salvaguarda de derechos individualmente considerados se concederá atribuciones para la imposición y ejecución de las denominadas medidas de protección, que se aplicarán mediante los procedimientos administrativos previstos en las leyes y se cumplirán en programas, servicios y entidades especializados. Además, contribuyen a la garantía de derechos en ese nivel, los servicios de promoción y defensa directa de los intereses de NNA, como sería el caso de las Defensorías Municipales de la Niñez y Adolescencia, si la legislación las prevé.

- *El componente jurisdiccional del SPI estaría integrado por los Tribunales (o Juzgados) Especializados en Materia de Protección de NNA, diferentes de los órganos judiciales encargados del juzgamiento de adolescentes que cometen delitos; por el Ministerio Público y por la Defensa Pública.*

Una vez desjudicializado el tratamiento de los problemas sociales y separadas las competencias de carácter penal de las no penales, la figura del *Juez Protectorio* sale fortalecido porque, además de resolver conflictos jurídicos que puedan producir alteraciones sustanciales o permanentes en la condición jurídica de NNA –guarda, tutela, patria potestad, régimen de visitas, adopción–; de aplicar las medidas de protección que sean de su exclusiva consideración, se le atribuye competencia para corregir abusos, desviaciones, omisiones, faltas, errores cometidos por entes y personas responsables de brindar protección integral a NNA. Dicha corrección puede darse a nivel individual, utilizándose las *sanciones*, o a nivel difuso usando como estrategia la denominada *Acción de Protección*, prevista en varias legislaciones para la infancia en América Latina. Se trata de un mecanismo judicial cuya finalidad es corregir omisiones o acciones indebidas perpetradas por particulares o instituciones públicas, haciendo cesar la amenaza o restituyendo el derecho conculcado.

El *Ministerio Público*, a través de la actuación de Fiscales especializados puede ejercer en el ámbito del SPI, según cada legislación, variadas atribuciones que contribuyen a salvaguardar derechos de NNA. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, las de interponer acciones a que hubiese lugar para hacer efectiva la responsabilidad de personas o instituciones que por acción u omisión violen derechos individuales, colectivos o difusos de NNA, e inspeccionar a las entidades de atención, donde se encuentre NNA institucionalizados, para solicitar a la autoridad competente las medidas a que hubiese lugar, de constatare violación de derechos. En los últimos años, el Ministerio Público de varios países de la región se vienen destacando por tener programas de atención especializada a NNA víctima y/o testigo de delito, principalmente cuando sufren violencia, en cualquiera de sus manifestaciones.

Comúnmente, se suele pensar en la *Defensa Pública* como un servicio para actuar a favor de personas, adultas o adolescentes inculpadas de delito, pero la verdad es que su radio de acción puede ser mucho más amplio, siendo que el Defensor Público puede y debe actuar en cualquier procedimiento propio de las otras ramas del derecho, incluyendo en las instancias judiciales y administrativas donde se discutan el interés y derechos de NNA.<sup>7</sup> El Defensor Público está llamado a contribuir con la garantía de derechos en el ámbito del Sistema de Protección, especialmente en resguardo del derecho de Acceso a la Justicia de esa población,<sup>8</sup> para lo cual los Estados deben garantizar la

7. La Recomendación 10 del Comité de Derechos del Niño expresa la obligación de los Estados de asegurar a NNA su Derecho a la Defensa tanto en el ámbito judicial como administrativo.

8. El reconocimiento a favor de NNA del Acceso a la Justicia implica que tiene el derecho de acudir ante una autoridad competente e imparcial para la defensa de sus derechos e intereses y que ésta decida sobre su petición, dentro de los lapsos legales. Se suele entender que los adolescentes (personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad) tienen plena capacidad de ejercer directamente y personalmente ese derecho.

asistencia y representación jurídica gratuitas a NNA, que carezcan de medios económicos suficientes.

Examinando la legislación comparada de la región, encontramos que se suele conferir a los Defensores Públicos, entre otras, las atribuciones de brindar asistencia jurídica, técnica, integral y gratuita a NNA, representándolos ante todas las autoridades y situaciones procesales, en defensa de sus intereses; recibir denuncias de violación de derechos de NNA y promover las acciones correspondientes.

Legislaciones recientes (como la peruana) vienen concediendo papel destacado a la Defensa Pública, cuando se trata de la garantía de derechos cuya conculcación se viene agravando: el derecho a ser criado en una familia y el de estar protegido contra la violencia.

## 7. Ejes transversales de actuación del sistema

La actuación del Sistema gira en torno a dos ejes fundamentales: la *articulación* y la *información*.

La *articulación* hace parte de la definición misma del Sistema, así que es la condición necesaria para su existencia y funcionamiento. Articular significa establecer relaciones, conexiones o vinculaciones para la consecución de fines estratégicos comunes de todos sus integrantes, respetando las competencias propias de cada actor.

Por articulación se entiende el conjunto de acciones que permiten establecer intra e interinstitucionalmente eficientes y permanentes relaciones y alianzas a fin de garantizar derechos de NNA.

La articulación del Sistema de Protección Integral o de Garantía de Derechos debe darse a dos niveles:

- *Articulación intra institucional*, es decir dentro de cada institución que componga el Sistema, para afrontar temas

específicos y situaciones concretas que obstaculizan su funcionamiento interno, lo que puede impactar negativamente en el cumplimiento de derechos;

- *Articulación interinstitucional*, que tiene, a su vez, doble dimensión. Se trata de la articulación entre las instituciones que integran el Sistema, para optimizar el cumplimiento de su objetivo común; y de las conexiones que se deben dar entre estas y otras instituciones públicas y privadas, cuyo apoyo es necesario, a veces imprescindible, para el logro de objetivos comunes y principalmente para el resguardo de derechos de NNA.

El Sistema de Protección Integral no podrá operar eficaz ni eficientemente, ejercer sus atribuciones deliberativas y contraloras, si no cuenta con *información* actualizada y disponible a cualquier momento sobre la situación del cumplimiento de derechos de NNA y sobre el funcionamiento de las instituciones que lo integran. Es así como debe tener acceso a los datos generados por cualquier órgano, institución pública relacionada con sus atribuciones; a los sistemas de información ya instalados en el país, así como tener su propio software. Es enorme la importancia de contar con un registro de información que permita conocer los datos demográficos sobre la niñez y adolescencia del país; mapear sus necesidades y vulneración de derechos; sobre la población inserta en el Sistema; sobre la intervención del mismo sobre dicha población y cualquier otro dato que coadyuve a la formulación de políticas para la niñez y adolescencia; la creación de programas para su atención, así como el seguimiento y evaluación de procesos y desempeño del propio SPI. Es imprescindible que las legislaciones contengan los indicadores de calidad basados en derechos humanos, sobre la gestión del Sistema en cuanto a la protección de NNA.

## 8. A modo de conclusión

Por todo lo expuesto, podemos sacar algunas conclusiones:

1. El Ecuador fue uno de los primeros países de la región en adoptar, formalmente el enfoque de derechos humanos y en desarrollar el principio de protección integral propuesto por la Convención de los Derechos del Niño en su legislación. (CONA)
2. Este principio implicaba la superación de viejos criterios vinculados a la situación irregular y también requería del esfuerzo conjunto del Estado y la Sociedad civil para desarrollar un sistema eficaz de protección integral de los niños, niñas y adolescentes que sirviera para hacer efectivos dichos derechos.
3. Sin embargo, el Ecuador como muchos de los países de la región tuvo dificultades para convertir en realidad el mandato de la prioridad absoluta, sobre todo en lo que tiene que ver con poner en funcionamiento esta estructura que se construirá e implementará alineada con los principios consagrados en la CDN.
4. Es por ello, que resulta muy importante apoyar este nuevo esfuerzo conjunto entre la asamblea nacional y las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de los niños para repensar y rearticular el sistema nacional de protección integral de la niñez.
5. También, se puede concluir que la reconstrucción de ese sistema debe centrarse en crear una normatividad y una institucionalidad adecuada para la salvaguarda de los derechos y garantías de la población infantil y juvenil contando con la participación de todos los actores y con el acceso a los indispensables para cumplir los objetivos marcados por la convención de los derechos a fin de hacer

realidad la Protección Integral, que todos estamos obligados a brindarles.

6. En ese contexto, la nueva legislación de niñez debe esforzarse por crear un sistema simple y funcional en el que participen en igualdad de condiciones tanto las instancias gubernamentales de más alto nivel con todos los actores que representan los derechos de los niños, incluyéndolos a estos.
7. Ese sistema debe anclarse en un desarrollo claro de competencias administrativas y judiciales así como, con el desarrollo de unos procedimientos muy expeditos que permitan la protección y garantía efecto va de los derechos de la niñez.
8. En particular, es necesario establecer un sistema administrativo y de justicia especializada que atienda con celeridad los requerimientos de los niños, niñas y adolescentes que actualmente no están cubiertos por la protección del Estado y las instituciones del sistema.
9. Sin especialidad no hay posibilidad de ningún sistema de protección integral de la niñez ni es factible atender los requerimientos de la convención de los derechos del niño y del comité de derechos del niño en relación con la situación de la niñez ecuatoriana.
10. Y esa especialidad requiere necesariamente de la generación de datos e información empírica sobre la implementación del sistema y la salud de los derechos de los niños.

## Principio de protección integral en el proyecto del nuevo Código de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Un análisis crítico.

Juan Montaña Pinto<sup>9</sup>

*“(…)Ven conmigo a las sombra de las administraciones  
Al débil, delicado calor pálido de los jefes (...)  
Examinemos ahora los títulos y las condiciones  
Las actas especiales, los desvelos  
Las demandas con sus dientes de otoño nauseabundo  
La furia de cenicientos destinos y tristes decisiones (...)  
Rodad conmigo a las oficinas, al incierto  
Olor de los ministerios, y tumbas y estampillas  
Venid conmigo al día en que se muere  
Dando gritos de novia asesinada”*

**Pablo Neruda**

Residencia en la Tierra<sup>10</sup>

### Resumen

El texto, que el lector tiene en sus manos, realiza un análisis crítico del proyecto de Código Orgánico de las niñas, niños y adolescentes, que se discute actualmente en la Asamblea Nacional y que fue aprobado en primer debate. Para ello, se ponen en cuestión los fundamentos conceptuales de la reforma y en particular el concepto de protección integral como eje articulador declarado de la reforma, con los resultados concretos plasmados en las disposiciones del proyecto. Paralelamente, el texto revisa con pretensiones de historicidad los aportes concretos del vigente CONA en la protección de los niños y las niñas ecuatorianos frente a los argumentos y las justificaciones esgrimidas por los especialistas sobre la necesidad de reformar o no la legislación de niñez en el país.

9. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la UCE.

10. Cfr. Neruda Pablo, *Residencia en la Tierra*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2009, pp. 109-110.



**Palabras claves:** enfoque de derechos, protección integral, reforma integral, derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## 1. Introducción

Hace pocas semanas la Comisión ocasional de Niñez de la Asamblea Nacional aprobó en votación mayoritaria el informe final del primer debate del proyecto de Código Orgánico de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. El objetivo fundamental de este proyecto, que todavía espera un complicado trámite en segundo debate antes de convertirse en ley era y es, reconstruir el Sistema Nacional de protección integral de la niñez que fuera desmantelado en los últimos 10 años. El sistema de acuerdo con los redactores del proyecto debería estar anclado profundamente en los postulados del principio de protección integral y ser una materialización del enfoque de los derechos humanos; debe también incorporar las últimas tendencias y desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

En ese contexto, el presente trabajo busca examinar críticamente tanto los objetivos, como el proceso y el resultado de la reforma que se está tramitando poniendo especial énfasis en la consistencia y coherencia entre el enfoque de derechos, las condiciones técnicas, sociales y políticas que ha debido enfrentar y superar el proyecto y los resultados normativos.

Para ello, utilizando un método meramente descriptivo y analítico el texto primero revisa los fundamentos del enfoque de derechos como arco conceptual obligado de la reforma; luego en un segundo epígrafe pone el acento en encontrar una definición mínima de protección integral que pueda servir de eje articulador de la reforma. Posteriormente, se examinan críticamente los aportes concretos del vigente CONA en la protección de los niños y las niñas ecuatorianos y se examinan las vicisitudes y los retos que debió superar y no lo hizo el código vigente. En un siguiente apartado se discuten los argumentos y las justificaciones objetivas y

subjetivas sobre la necesidad de reformar o no la legislación de niñez en el país; se revisa el accidentado camino de la reforma hasta el día de hoy y finalmente se hace un análisis impresionista de los resultados.

## 2. El enfoque de derechos. Un marco de referencia obligado

Paralelo al desarrollo del Estado Constitucional, en los últimos 50 años, se ha perfeccionado conceptualmente lo que se conoce como, enfoque de derechos humanos. Este se sustenta en la dimensión subjetiva de los derechos humanos<sup>11</sup> de acuerdo con la cual éstos son un conjunto de facultades que tenemos todas las personas para exigir al Estado y la Sociedad la satisfacción de las necesidades básicas, materiales e inmateriales, que configuran nuestra dignidad.

La adopción de este enfoque y la consideración de los derechos como límites al poder del Estado busca asegurar unas condiciones mínimas de libertad e igualdad para las personas y corregir, de ser necesario, las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan o impiden la vida digna. Para ello, los Estados y sus instituciones tienen tres obligaciones básicas, o si se quiere tres caras de una obligación única: deben respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas y cada derecho en particular. Respetar los derechos ha sido entendido comúnmente como, abstenerse de interferir en el disfrute de ese derecho; Protegerlos implica evitar que otras personas impidan o

---

11. De acuerdo con la doctrina más aceptada los derechos humanos tienen una doble dimensión. Por una parte los derechos humanos son una expresión de la naturaleza humana y por ello se manifiestan como facultades intrínsecas al ser humano para proteger su dignidad y su autonomía frente a la acción del Estado y de terceros; pero también, son una manifestación jurídica y un producto artificial del hombre. En esta segunda dimensión llamada dimensión objetiva los derechos humanos convertidos en derechos constitucionales operan como elementos objetivos que dan sentido y legitimidad al Estado, puesto que el poder del Estado en sus diferentes manifestaciones encuentra su justificación, legitimación y origen en los derechos humanos una vez han sido constitucionalizados. Sobre la doble dimensión de los derechos Cfr. Pérez Luño Antonio, *Los derechos Fundamentales*, Técnos Madrid 1998; también: Pérez Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Lección 10, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 192.

interfieran en su disfrute; y, garantizarlos se refiere a la obligación de las autoridades estatales de adoptar medidas concretas<sup>12</sup> que permitan a las personas disfrutar de sus derechos.

Sin embargo, cuando hablamos de proteger y garantizar los derechos no hablamos de proclamar una dignidad en términos abstractos, como ocurría en el pasado,<sup>13</sup> sino de la satisfacción efectiva de las necesidades materiales e inmateriales de las personas en su contexto. En ese sentido, la protección y garantía de los derechos humanos se manifestaría de diferente manera en función de las necesidades específicas y de las desigualdades concretas de cada uno. Estas condiciones particulares en las que se expresa la dignidad han variado a lo largo de la historia de los derechos humanos y en la actualidad se materializan en distintas categorías, o condiciones como el género, la etnia, la pertenencia cultural, la condición social y también, cambian de acuerdo con el enfoque metodológico o disciplinar que se utilice para estudiarlas.

Así, aunque los derechos humanos son universales, su protección no es la misma si se tiene o se carece de enfoque de género. Examinar los derechos humanos con un enfoque de género nos permite reconocer que desde tiempos inmemoriales las sociedades humanas han asumido y adoptado una forma de organización social patriarcal donde las mujeres han sido objeto permanente de explotación y discriminación;<sup>14</sup> y nos permite registrar cuáles son las diferencias que la sociedad ha establecido para hombres y mujeres, así como el valor que se les ha otorgado; y nos permite

---

12. Medidas concretas que se transforman en normas, políticas y procedimientos, incluida la asignación de recursos que hagan realidad los derechos.

13. Desde la aparición del constitucionalismo liberal a fines del siglo XVIII, pero especialmente después de la Segunda Guerra Mundial el sujeto protegido por los derechos humanos era el hombre primero y luego el ser humano en abstracto.

14. Véase a manera de ejemplo la condición de la mujer en el mito sobre el origen de la humanidad en el Génesis y sobre todo la responsabilidad de ésta en el incumplimiento del plan divino. Cfr. Génesis Capítulo 2 versículos 21 y 22 y Génesis, Capítulo 3 versículos 6 a 19.

orientar el diseño de las estrategias de intervención en función de alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A su vez, a pesar de que los derechos humanos ostentan una pretensión de universalidad la protección de los derechos humanos no es jurídicamente idéntica si estamos entre personas de un mismo país o entre ellos y los extranjeros;<sup>15</sup> peor aún, si hablamos de sociedades y culturas diversas.<sup>16</sup> En ese sentido, si estamos en un contexto socio económico y cultural diverso donde coexisten y se yuxtaponen históricamente formas extremas de discriminación racial, social, económica y cultural debe reconocerse que la vigencia plena de los derechos humanos no es posible sin tomar en consideración esas condiciones culturales y económicas distintas y sobre todo es imposible hablar de derechos humanos si olvidamos el solapamiento de ejes de opresión y en tal sentido debe asumir lo que hoy en día se conoce como enfoque interseccional. La interseccionalidad, es un modelo de explicación estructural de la discriminación, desarrollada por un sector del feminismo negro norteamericano, que reconoce que las mujeres no solo sufren opresión u ostenta privilegio con base a su género sino que esta condición de discriminación o privilegio depende además y sobre todo de su pertenencia a múltiples categorías sociales o culturales;<sup>17</sup> y que la defensa o protección contra este tipo de discriminación debe tomar en cuenta estas específicas condiciones étnicas, sociales o culturales.

Pero además, en el caso de los derechos humanos las normas y las políticas públicas dirigidas a respetarlos, protegerlos y garantizarlos obligatoriamente deben construirse desde una perspectiva

---

15. Sobre la diferencia entre igualdad jurídica, legal o constitucional e igualdad humana Cfr. Pérez Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 193.

16. Sobre la aplicación de los derechos humanos en contextos culturales diversos al occidental Cfr. Kymlicka Will, *Ciudadanía Multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Editorial Paidós, Barcelona 1996.

17. Cfr. Kimberle Crenshaw, *Critical Race Theory*: UCLA, 1989.

transdisciplinaria que tome en cuenta las distintas facetas y disciplinas que analizan el contenido de la dignidad humana.

### **3. Una definición mínima de protección integral de los derechos de los niños**

Uno de los resultados más reveladores de la aplicación del enfoque de derechos humanos, fue el surgimiento de la doctrina de la protección integral. Esta doctrina o teoría aparece por primera vez de manera explícita con ocasión de la entrada en vigor de la Convención de Derechos del Niño,<sup>18</sup> y paulatinamente se ha ido generalizando luego para todos los sujetos de protección prioritaria definidos por el derecho internacional de los derechos humanos; a tal punto que hoy en día la doctrina de la protección integral se ha transformado en el sustento teórico y conceptual del derecho internacional y constitucional en los últimos 35 años.

La doctrina de la protección integral representó un salto cualitativo fundamental en el tratamiento y consideración de las personas más vulnerables de la sociedad.<sup>19</sup> Se basa en el reconocimiento de que todos los seres humanos, con independencia de sus condiciones económicas, sociales y/o culturales, son sujetos plenos de derechos y no, como se pensaba en el pasado, objetos de tutela, protección control o represión por parte del Estado o la sociedad.

Este modelo permite al Estado y a la sociedad promover, proteger y garantizar integralmente el contenido de los derechos de las personas; así como, también, repararlos en caso de vulneración. Esta doctrina tiene múltiples facetas y se ha desarrollado desde diferentes ámbitos, manifestándose en desarrollos teóricos, principios éticos, normas jurídicas, planes, programas y acciones concretas emanadas y ejecutadas desde el Estado y la sociedad

---

18. Que comenzó a discutirse en 1979 con ocasión del año internacional del niño y terminó adoptándose en 1989 con la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño.

19. Cfr. García Méndez Emilio, La legislación de menores en América Latina, En: Derecho de la Infancia y adolescencia en América Latina, Unicef, Bogotá, 1998.

civil para garantizar, sin discriminación alguna, el goce efectivo de los derechos humanos de todas las personas;<sup>20</sup> pero especialmente de aquellos que históricamente han sufrido discriminación, han estado o están en condiciones de vulnerabilidad.

Abarca tanto acciones y políticas generales encaminadas a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas; acciones y políticas específicas dirigidas a garantizar y proteger los derechos especiales de determinados grupos de población considerados especialmente vulnerables; como acciones y políticas encaminadas a reparar y restituir los derechos vulnerados por la acción y omisión del Estado y los particulares en contra de personas concretas. El objetivo de las acciones y políticas públicas generales es la generación de condiciones sociales, materiales y subjetivas que permitan la satisfacción de las respectivas necesidades de las personas en general que cuando cumplen su objetivo garantizan el disfrute universal de los Derechos en igualdad de condiciones para todos. A su vez, el objetivo de las acciones y políticas específicas dirigidas a las personas y grupos de atención prioritaria es la atención concreta y especializada de sus intereses, necesidades y situaciones particulares, que se concretan en derechos y garantías específicos necesarios para promover y garantizar efectivamente su derecho a la igualdad material y no discriminación. Y que son eficaces cuando logran asegurar en la realidad las condiciones mínimas para la vida digna y el desarrollo integral de las personas y colectivos sociales más vulnerables. Finalmente, el objeto de las políticas y acciones de restitución de los derechos es la restauración completa del plan de vida de aquellos que han sufrido vulneración de derechos y se concretan en las políticas y servicios de “protección especial”.

La Protección Especial en tanto, manifestación específica de la protección integral tiene también dos dimensiones: de un lado es

---

20. Esta definición operativa de protección integral se ha tomado de: Buais Yuri, *Ley de protección integral de la niñez y adolescencia comentada de El Salvador* Libro Primero, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2012.

un componente objetivo que define el alcance de las obligaciones reparatorias y restitutorias del Estado, pero también un derecho autónomo diferenciado. Desde esta última perspectiva, la protección especial se define como “*el derecho que tienen las víctimas de violación de derechos humanos a obtener su restitución por parte del Estado y la sociedad*”. No está dirigida al reconocimiento o garantía de derechos sino que se activa frente a situaciones que impiden su ejercicio normal. Cuando opera la protección especial ya no hablamos de reconocimiento o garantía de derechos universales de todas las personas, o específicos de una de ellas, pues lo que se busca es proteger a las víctimas concretas de la violación de un derecho de las situaciones adversas que atentan contra su dignidad. Se trata de un derecho medio que se concreta en el funcionamiento de una estructura jurídica e institucional dirigida a la restitución de la dignidad de las personas que han sido víctimas de la vulneración de sus derechos.<sup>21</sup>

Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en multitud de ocasiones y con particular claridad en el Caso Villagrán Morales Vs Guatemala.<sup>22</sup> En este caso la Corte interamericana estableció que a la luz de la Convención de los Derechos de los Niños, la vulneración de derechos de los “niños de la calle”, era especialmente grave no solo porque fueran niños, niñas y adolescentes,<sup>23</sup> sino además por la propia omisión del Estado guatemalteco que toleró en su territorio una práctica sistemática de violencia,<sup>24</sup> contra niños en situación de riesgo, por parte de agentes de seguridad del Estado. La Corte determinó que

21. Cfr. Beristain Carlos, Diálogos sobre Reparación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

22. También, en la opinión consultiva 017 de 2002 sobre la situación jurídica del niño.

23. Que como tales, y en función del principio de prioridad absoluta sus derechos gozan de garantía agravada. Cfr. Artículo 3 párrafo 1 de la CDN y observación general 14 del Comité de Derechos del Niño.

24. El argumento era las necesidades de la lucha contra la delincuencia juvenil y las pandillas que proliferaban en el país.

cuando el Estado se abstiene de actuar en defensa de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, como los niños, los convierte en víctimas de una doble vulneración: en primer lugar estas actuaciones atentan directamente contra su integridad física, psíquica y moral de los niños<sup>25</sup> pero además, la omisión del Estado y de sus instituciones en cumplir sus obligaciones les priva a estos niños de las mínimas condiciones de vida digna y les impide desarrollar su personalidad. En ese sentido, el derecho a la protección especial no solo abarcaría el conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos sino, que incluye acciones dirigidas a devolverles las condiciones de vida digna a las víctimas y a sus familias, así como asegurar que estas vulneraciones no se vuelvan a repetir.<sup>26</sup>

Finalmente, las políticas públicas de Protección Especial se materializan en normas, procedimientos y acciones administrativas y/o judiciales dirigidas a garantizar la reparación y restitución de los derechos de las víctimas directas o indirectas y su ámbito de acción es muy amplio ya que va desde la existencia de medidas de reconocimiento simbólico de la vulneración de los derechos; la garantía de no repetición de los hechos que generaron la violación; la atención integral de las víctimas; la rehabilitación de la salud física y psicológica; y, la obligación del Estado de investigar a los responsables directos e indirectos de los mismos. En casos específicos puede conllevar a la prestación de servicios públicos y a la compensación económica de los daños y perjuicios.

---

25. Vulnerando el artículo 6 de la CDN.

26. En ese sentido, la protección especial cumple seis objetivos principales: Reconocer la dignidad humana de las víctimas; Mostrar solidaridad con ellas; Atender de forma específica y personalizada las necesidades de las víctimas; Ayudarlas a enfrentar las consecuencias individuales y colectivas de la violación de sus derechos; Generar las condiciones mínimas para la reconstrucción del plan de vida de las víctimas; y, Definir un camino de restablecimiento de la confianza de las víctimas en la sociedad y el Estado.



#### 4. El CONA y sus aportes a la protección integral de los derechos de los niños ecuatorianos

El Código de la Niñez y adolescencia es considerado por muchos<sup>27</sup> como la herramienta normativa más importante producida en Ecuador en los últimos 30 años. Representó, en su momento, el más significativo avance jurídico sobre niñez desde los inicios de la República, al introducir al país en la lógica y los principios del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la introducción en el territorio ecuatoriano de la doctrina de la protección integral.

En primer lugar, en armonía con los mandatos de la CDN, reconoció a los niños y niñas ecuatorianas su condición de sujetos plenos de derecho e introdujo en el país la doctrina de la protección integral; instituyó, así mismo, derechos específicos relacionados con la garantía de la vida digna, el desarrollo y la participación de los niños en las decisiones políticas que le incumbían.

Además, hizo posible una muy notable experiencia de participación ciudadana. Entró en vigencia el día 3 de enero de 2003 luego de un importante proceso de construcción colectiva que incluyó una consulta nacional tanto a NNA como a la inmensa mayoría de las organizaciones e instancias de la sociedad civil vinculadas a la protección y defensa de los derechos de los niños en el Ecuador. Este proceso de participación se desarrolló a través de una consulta nacional que incluyó foros y talleres en todas las provincias y en un número muy significativo de los cantones del país. También, se efectuaron reuniones y consultas con actores clave en la defensa de los intereses y derechos de los NNA. El proceso, además, contó con los aportes sustantivos de importantes instituciones públicas, semipúblicas y privadas y la asistencia técnica y el apoyo institucional de organismos y personas vinculadas al sistema de Naciones Unidas. El resultado del proceso fue la expedición de un Código cuyo principal

27. Cfr. Simon Farid, *Op. Cit.*, pp.

contribución fue la introducción de la doctrina de protección integral en nuestro país. A partir de allí se desataron importantes transformaciones institucionales que condujeron al abandono definitivo de aquellas visiones desconocían la existencia jurídica de los niños o los veían, en el mejor de los casos, como objetos de tutela de los adultos. Esto se consiguió a través de la normativización de la idea de que los niños son sujetos plenos de derechos; idea que se materializa en el principio del interés superior del niño.

El desarrollo de este principio permitió redefinir integralmente el contexto normativo y administrativo del país al establecer, la primacía y prevalencia que las normas, políticas públicas y erogaciones presupuestarias destinadas a satisfacer las necesidades de los NNA derechos de los NNA. Pero además, en un ejercicio de realismo político y jurídico consagró como principio fundamental de aplicación de los derechos las normas y las políticas públicas el principio de progresividad según el cual el ejercicio de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes será progresivo en función de la edad y el grado de madurez de los niños. El código además, asumió como propia la clasificación de los derechos desarrollados por la Convención de los Derechos del Niño, que distingue a los derechos de los niños en derechos de supervivencia, desarrollo participación y protección especial. Con ello, se logró superar en Ecuador la restrictiva clasificación tradicional de los derechos en derechos de primera, segunda y tercera generación dándole carácter jurídico pleno a derechos tan importantes como la educación, la salud y la cultura, que hasta ese momento tan solo eran principios y objetivos de la política pública. El CONA además, incorporó, por primera vez en el país, aquella idea de que sin garantías efectivas y mecanismos institucionales de carácter administrativo y judicial era imposible la garantía y eficacia de los derechos de NNA. También, desarrolló los procedimientos y las medidas de protección de los derechos a fin de garantizar su restitución integral.

Pero, sin duda la contribución más tangible del Código fue la creación del Sistema Nacional Descentralizado de protección integral.<sup>28</sup> El sistema se estructuró en tres ámbitos: el espacio de las normas e instituciones encargadas de definir las políticas públicas; el ámbito de las normas, instituciones y procedimientos encargados de proteger y restituir los derechos de los niños; y la esfera de las instituciones encargadas de la ejecución de las políticas públicas.

De las instituciones y organismos del sistema dedicados a la generación de políticas el más importante era el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia,<sup>29</sup> órgano encargado de generar las directrices generales de la política y asegurar la armonía entre las políticas nacionales y las locales. En el plano de la ejecución de las políticas de atención las instancias más importantes eran los “Consejos Cantonales de la Niñez”, organismos municipales encargados de ejecutar las políticas locales de garantía de los derechos, políticas que debían estar en armonía con las directrices generales determinadas por el consejo nacional de la niñez y adolescencia. Por su parte, el subsistema de protección de los derechos estaba anclado en unas “juntas de protección de derechos” organizadas en cada cantón para tramitar las denuncias sobre vulneración de derechos de NNA y dictar medidas administrativas de protección. También, tenían competencia para hacer seguimiento al cumplimiento de estas medidas. El Código también definía de manera clara cuales eran las medidas de protección que podía ser adoptadas por las juntas y el resto de los integrantes del sistema nacional de protección integral de la niñez.

---

28. A través del Sistema Nacional de Protección integral se debían formular y desarrollar las políticas, los planes y los programas dirigidos a la protección de los niños y se establecían las instituciones vinculadas y sus competencias, distinguiendo entre aquellos organismos encargados de formular las políticas nacionales y locales y aquellos que se ocupaban de ejecutarlas.

29. El Consejo de la Niñez era un órgano mixto integrado paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil.

Pero además, el CONA también sirvió de inspiración teórica y política al proceso de cambio constitucional que vivió el país en los años 2007-2008, constituyéndose en plataforma conceptual para la teoría general de los derechos y garantías desarrollados por la Constitución de 2008. En efecto, la influencia teórica y la legitimidad política del CONA fueron tan grandes que una de las cinco agendas políticas fundamentales del proceso constituyente de Montecristi, (la agenda de los derechos),<sup>30</sup> tomó como modelo teórico al CONA. En ese sentido, el desarrollo del principio de igualdad, la aplicación preferente y directa de los derechos y su plena justiciabilidad, la interpretación pro niño, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos o el principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos fueron tomados del CONA y de la doctrina de protección integral desarrollados por la Convención y sus observaciones generales, fueron convertidas en norma constitucional aplicable para todos los derechos.

Esta “constitucionalización inversa tuvo importantes repercusiones muchas de ellas positivas para el derecho de los niños y otras no tanto. Entre las consecuencias positivas de la conversión del derecho internacional de la niñez en normas constitucionales están, por supuesto, el carácter supremo y la fuerza vinculante que asumieron las normas sobre niñez; su conversión en normas jurídicas de directa e inapelable aplicación sin requerir desarrollo legal adicional; o la garantía jurisdiccional reforzada que adquirió el derecho de niñez y adolescencia”.

Pero también, generó problemas que a la postre determinaron la inviabilidad del código en su conjunto. El principal de los cuales es que al generalizar la condiciones de aplicación propias de los derechos de los niños a todos los derechos de todas las personas se fisuró el elemento fundamental del derecho de la niñez, esto es, el principio de prioridad absoluta, pues si todos los

---

30. Sobre los componentes y los alcances de esta agenda Cfr. Montaña Juan, Introducción, En: Santos Boaventura de Sousa, Derecho y Emancipación, Corte Constitucional, Quito 2012. pp. 27 a 30.

derechos son interdependientes y de igual jerarquía como plantea el artículo 11.6 de la Constitución ecuatoriana el resultado es el desvanecimiento automático de la prioridad o preeminencia que los derechos de los niños tenían frente a los derechos del resto de la población; lo cual constituye una carga de profundidad para la doctrina de la protección integral en su conjunto.

### **5. Algunos argumentos importantes sobre la necesidad de la reforma integral**

El CONA a pesar de su legitimidad y de su carácter progresista y a pesar de llevar más de 15 años de vigencia, no tuvo la eficacia que deseaban sus promotores. Esta falta de eficacia obedeció a distintas razones: En primer lugar, el CONA no pudo superar, sufrió las consecuencias y sucumbió a los efectos de la crisis orgánica que vivió el Ecuador entre 1996 y 2006, y que se expresa en la cantidad de gobiernos débiles que se sucedieron en esa década perdida de la democracia ecuatoriana, así como en la crisis económica que vivió el país y que llevó a casi 3 millones de ecuatorianos a la diáspora.

En segundo término, a pesar de que la Constitución en su parte dogmática se inspiró y recibió expresamente la influencia teórica de la Convención de los Derechos del Niño y del CONA,<sup>31</sup> la generalización de estos principios a los demás derechos debilitó la especialidad y especificidad de los derechos y la institucionalidad para la niñez. En efecto, el sistema creado por el CONA fue uno de los damnificados del proceso de reinstitucionalización del país propiciado por el constituyente de 2008. Hay que recordar que en la constituyente de Montecristi confluyeron por lo menos cinco agendas y proyectos de país, a veces contradictorios que cohabitan en un precario equilibrio al interior del texto

---

31. Tanto es así, que el desarrollo del principio de igualdad, la aplicación preferente y directa de los derechos y su plena justiciabilidad, la interpretación pro niño, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos o el principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos fueron tomados del CONA y de la doctrina de protección integral desarrollados por la CDN y sus observaciones generales.

constitucional de 2008.<sup>32</sup> Una de ellas, es la agenda desarrollista, la cual a partir de una visión antiimperialista y nacionalista del Estado y en una visión centralista y centralizadora de la administración pública realizó la reconstrucción del Estado. La otra era la agenda de los derechos que se expresó en la constitucionalización del enfoque de derechos y en la transformación a norma constitucional del derecho internacional de la niñez, en la generalización de la doctrina de protección integral a todos los sujetos y grupos de atención prioritaria, en el reconocimiento de la interdependencia e igual jerarquía de los derechos, en la eliminación del concepto de derechos fundamentales y en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.<sup>33</sup>

La confluencia de estas dos agendas constitucionales representó el momento de mayor auge y triunfo de la doctrina de la protección integral, pero paradójicamente, también fue el instante de quiebre y el comienzo del fin para el CONA, puesto que al generalizar los principios de aplicación de los derechos de los niños para los derechos de todas las personas se perdió en la práctica la idea de la especialidad y prevalencia de sus derechos.

A partir de allí que nació con fuerza la idea de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida, en cuya aplicación se justificó más adelante el desmonte de todo el sistema especializado de protección integral para NNA. A partir

---

32. Cfr. Montaña Juan, Introducción, En: De Sousa Santos Boaventura, Derecho y Emancipación, Cedec, Quito, 2011, pp. 25 a 30.

33. Las otras tres agendas importantes que se dieron cita en la discusión constituyente de 2007-2008 son: la agenda democrática, la agenda plurinacional y la agenda verde. La primera buscaba devolver al pueblo la titularidad y ejercicio del poder constituyente, crear una democracia multidimensional que combinara una democracia participativa, una democracia representativa repotenciada y una democracia comunitaria y la intervención directa del pueblo en el control y fiscalización de los actos de poder. La agenda verde, por su parte, incorpora las demandas de los colectivos ambientalistas y ecologistas, los primeros interesados en construir un modelo de desarrollo sostenible y un capitalismo verde, mientras los segundo pretendían generar una propuesta de superación del modelo de desarrollo capitalista a partir del reemplazo del desarrollismo y del antropocentrismo por una visión biocéntrica.

de ese momento, la antigua búsqueda de la especialidad en derechos y servicios promovida por la Convención y el CONA fue reemplazada por el establecimiento de proyectos y programas de atención intergeneracionales que, basados en economías de escala, atendieron de forma general e indiscriminada a todos los grupos de atención prioritaria.

Este cambio, y el desmantelamiento definitivo del sistema especializado de protección integral de NNA se produjo efectivamente algunos años después con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 283 de 7 de julio de 2014, que estableció el marco institucional y normativo y regula los principios, la integración y las funciones de los Consejos de Igualdad, desarticularon e hicieron desaparecer en la práctica el sistema y su eje central el principio de especialidad.

Esta ley creó un Consejo Nacional de Igualdad intergeneracional que a pesar de ser teóricamente el responsable de la política de atención integral de sus sujetos protegidos (niños, adultos mayores y personas con discapacidad) no tenía espacio competencial para formular las políticas generales en la materia, puesto que esta atribución le fue dada con exclusividad a los Ministerios; y tampoco tenía capacidad jerárquica para dirigir o coordinar el sistema de protección en el nivel territorial dado que los consejos y juntas de protección de derechos eran entes supuestamente autónomos, pero en realidad dependientes de las autoridades locales y en los que el Consejo no tiene ninguna capacidad directiva.

En el caso de los consejos y juntas de protección de derechos de nivel cantonal la situación se agrava por la falta de armonía entre la ley de los consejos de igualdad y el COOTAD. Mientras la primera ordena a las autoridades locales a nombrar a los responsables de consejos y juntas para dotarles de presupuesto, el COOTAD no define en sus normas pertinentes ninguna atribución u obligación específica de las autoridades locales en relación con las personas y grupos de atención prioritaria.

Otro elemento que explicaría la progresiva desarticulación del CONA y tiene que ver con la estructura territorial en el que se soportaba el sistema de protección integral y su sistema es la falta de independencia de los consejos cantonales y las juntas de protección de derechos de las autoridades locales quienes son las encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento.

Por otra parte, y ya en un plano más general, dado que históricamente el reconocimiento de derechos y la política social han dependido tanto de la salud presupuestaria del Estado y que el modelo desarrollado en la Constitución de 2008, así fuera extemporáneamente, pretendió construir en nuestro país una suerte de Estado de Bienestar, los avatares y predicamentos de esta forma de Estado determinaron la comprensión y aplicación de toda la estructura de los derechos desarrollada por la Constitución y han afectado especialmente el entendimiento y alcance del principio de protección integral en el Ecuador. En este sentido, a pesar de que la Constitución es clara en determinar que los derechos son normas jurídicas directamente aplicables y que no existe ninguna jerarquía de derechos, pese a la retórica constitucional, la implementación de la agenda de los derechos y el destino de los derechos de las personas y grupos sujetos de especial protección, entre ellos los de los niños, niñas y adolescentes, ha sido especialmente sensible a las circunstancias y a la salud presupuestaria y fiscal.

Es bueno recordar que en los dos planes de desarrollo anteriores al vigente (2009-2013 y 2013-2017) el gasto público se focalizó para la reconstrucción de la infraestructura física del país y la generación de oportunidades productivas y la política de protección social ha dependido de los excedentes. Por ello, mientras existió un excedente de dinero en el país que permitió re-institucionalizar el Estado y reconstruir la infraestructura física y productiva del país, el modelo fiscal centralista diseñado por la Constitución pudo atender con relativo éxito las necesidades básicas y las demandas de las personas y grupos de atención prioritaria. Cuando



este modelo comenzó a tener dificultades y luego hizo agua debido a la crisis del extractivismo petrolero que comenzó en 2014, el sistema de protección integral de los NNA y del resto de las personas y grupos de atención prioritaria se derrumbó.

Pero además, el Código tiene algunas carencias que lo hacen miope e insuficiente en el contexto social ecuatoriano. Carece por ejemplo, de una perspectiva intercultural que dé cuenta de las enormes dificultades que aún subsisten a la hora de responder a las necesidades básicas de los NNA indígenas y campesinos, con el agravante que es en este sector donde se concentran las mayores vulneraciones de los derechos humanos de los NNA en el Ecuador.

El código tampoco estableció lineamientos claros que permitiera desarrollar adecuadamente el derecho a la protección especial, lo que generó que los esfuerzos estatales y privados en esta materia se diluyeran en políticas y acciones de carácter asistencialista, que han impedido trabajar adecuadamente en temas tan graves como la violencia física, psicológica y sexual contra NNA, o en problemas tan complejos como la persistencia del trabajo infantil en el país. Y finalmente, en los últimos 10 años el sistema de protección de derechos de NNA fue totalmente desmantelado a raíz de la aplicación de un modelo de gestión en la función judicial que desconociendo los mandatos de la constitución desconoció el principio de especialidad y especificidad.

El resultado final de todo este complejo panorama es que si bien existe un reconocimiento generalizado de la importancia política los aportes teóricos y dogmáticos del CONA, un poco más de 16 años después de su entrada en vigencia la realidad es que, hoy en día el código prácticamente no se aplica y cuando se lo hace, esta aplicación tiene un sesgo paternalista y familista que guarda muy poca armonía con el principio de protección integral y su elemento fundamental que es la existencia de un sistema nacional de protección integral y un sistema especializado de protección que como se vio se encuentra totalmente desarticulado y sin norte claro.

A partir de allí, nació con fuerza la idea de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida, en cuya aplicación se justificó el desmonte del sistema especializado de protección integral para NNA que se produjo, algunos años después, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, que estableció el marco institucional y normativo y reguló los fines, principios, integración y funciones de los Consejos de Igualdad. La Ley de los Consejos de Igualdad aparte de centralizar la política pública de atención de las personas y grupos vulnerables<sup>34</sup> teóricamente partía de la idea equivocada de que para atender las necesidades de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables era suficiente con garantizar universalmente los derechos sociales generales de todas las personas. Esta decisión legislativa aparte de ir en contravía de los desarrollos recientes del derecho internacional de los derechos humanos,<sup>35</sup> desconoció de un plumazo las necesidades concretas, las reivindicaciones y las luchas de colectivos y movimientos sociales muy significativos dentro de la sociedad ecuatoriana y vulneró el propio principio constitucional de la especialidad de los servicios.

Para el caso de los Niños, Niñas y Adolescentes, la aplicación de la visión generalista de los derechos sociales y del enfoque del ciclo de vida, aunada a la desaparición del Consejo Nacional de la Niñez y de los Consejos cantonales de la Niñez, produjeron con el tiempo la virtual paralización de la política pública de niñez, y la desaparición de la especialidad en la atención de los derechos de los Niños, sin que por otro lado se viabilizará realmente la atención de otros grupos prioritarios como los adultos mayores, los jóvenes o las personas con discapacidad que a lo largo de estos años no han encontrado doliente institucional.

---

34. Encorsetando en una débil institucionalidad y haciéndola depender de los avatares de la política partidista y de los intereses políticos del gobierno central.

35. Que reconoce derechos específicos y aconseja atender con herramientas específicas las necesidades de cada sujeto de los derechos humanos.

Otro de los elementos que justifican la reforma a CONA es la falta de independencia de los Consejos y las juntas cantonales de protección de derechos respecto de las autoridades locales encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento. El CONA actual, como muchas de las normas expedidas en el periodo neoliberal, carece de herramientas para garantizar el adecuado financiamiento del sistema. Dado que durante el gobierno de Rafael Correa se creía a rajatabla en la centralización de las finanzas públicas, la falta de claridad y contundencia del CONA sobre las fuentes de financiamiento del sistema de protección integral, desencadenó una absoluta dependencia de los organismos del sistema de protección de la niñez al presupuesto general del Estado, circunstancia que en un escenario de auge económico y superávit presupuestario como el que vició el país entre 2008 al 2013 no generó mayores problemas, pero que una vez el Ecuador entró en crisis por la baja de los *commodities* y especialmente del petróleo se manifestó en la absoluta carencia de recursos para solventar la atención y protección de los niños.

Adicionalmente, la reforma debe proponer soluciones concretas frente a la falta de capacidad técnica, operativa, administrativa y financiera de los órganos que hacen parte del sistema de protección de NNA. Esto pese a que el comité de derechos del niño ha insistido en múltiples ocasiones que es necesario desarrollar reformas institucionales que garanticen hacer operativos los sistemas de protección de derechos ya que en la mayoría de los cantones del país se encuentra inoperativo por falta de recursos, capacidad técnica y especialización del personal encargado de cumplir esa función.

Pero además, el CONA careció de una perspectiva intercultural que diera cuenta de las enormes dificultades que aún subsisten a la hora de responder a las necesidades básicas de los NNA indígenas y/o campesinos, con el agravante que es en este sector donde se concentran las mayores vulneraciones de los derechos humanos de los NNA, debido a la brecha enorme que existe entre las necesidades y la garantía efectiva de los derechos.

El Código tampoco definió lineamientos claros que permitiera garantizar adecuadamente el derecho a la protección especial, lo que generó que los esfuerzos estatales y privados en esta materia se diluyeran en políticas y acciones de carácter asistencialista, que han impedido trabajar adecuadamente en temas tan graves como la violencia contra NNA, o en problemas tan complejos como el embarazo adolescente o la persistencia del trabajo infantil en el país. Y finalmente, en los últimos 10 años el sistema de protección de derechos de NNA fue totalmente desmantelado a raíz de la aplicación de un modelo de gestión en la función judicial que desconociendo los mandatos de la constitución dejó de lado el principio de especialidad y especificidad.

Un desafío adicional de la reforma integral al CONA, es la falta de especialidad y especificidad de las actuales políticas públicas de protección de los NNA. Para enfrentar este reto es necesario atender a los planteamientos del Comité de Derechos del niño que ha insistido desde hace algunos años<sup>36</sup> en que el Estado debe garantizar que cualquier reforma jurídica que se haga en materia de niñez tenga como eje central la garantía de la especialidad de las normas e instituciones de protección de los derechos del niño.

Además, existen rezagos de la doctrina de la situación irregular tanto en el manejo del sistema penal especializado para adolescentes en conflicto con la ley como en el conjunto de instituciones y herramientas del subsistema de protección especial;

Pero hay otras razones de aparente coyuntura que aconsejarían emprender la redacción de un nuevo código de la niñez. Una de ellos es la necesidad de poner alto a la violencia generalizada que sufren los niños. Aunque, la violencia es un problema histórico estructural del Ecuador que se expresa en el carácter patriarcal,

---

36. Cfr. Comité de los derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*, 29 de septiembre de 2017. Particularmente: Punto 6B.

racista y excluyente de nuestra sociedad; es evidente que en los últimos años esa violencia se ha exacerbado y se expresa con formas cada vez más crueles y más extremas.<sup>37</sup> Por ello, importantes sectores del Estado y de la sociedad civil consideraron necesario impulsar una reforma a distintas normas que se relacionan directamente con el tema de la violencia, entre ellas el CONA, para establecer acciones urgentes para transformar esta realidad. Para el caso de los niños se requiere propiciar una reforma al CONA que permita crear instrumentos que en el mediano y largo plazo posibiliten una revolución cultural que transforme al país garantizando la erradicación de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

## 6. El accidentado camino hacia la reforma integral

Tal escenario, pero especialmente los efectos que tuvo el descubrimiento de la catastrófica situación de violencia sexual que viven cotidianamente los niños y las niñas en Ecuador,<sup>38</sup> destapada por las denuncias del caso AAMPETRA y su insuficiente tratamiento por parte del CONA, llevaron a la Asamblea Nacional a establecer como una de sus prioridades políticas la reforma urgente al CONA. Para hacerla se creó al interior de la Asamblea una comisión ocasional especializada para preparar la reforma al CONA.

Esta comisión, que comenzó su trabajo en octubre de 2018, tuvo un primer gran debate en torno al alcance de la reforma. La primera opción planteada fue la mera actualización formal del Código vigente acorde con las nuevas instituciones creadas por la Constitución y la ley de los consejos de igualdad; Una segunda opción fue asumir una reforma parcial enfocada en la reconstrucción del sistema nacional de protección integral y en la modificación del libro 2 referente a las relaciones familiares

37. Cfr. Informe Final de la Comisión AAMPETRA.

38. Según datos de la Fiscalía recogidos en el Informe de la Comisión AAMPETRA entre el 2015 y 2017 hubo 27.666 denuncias por delitos sexuales ocurridas, de las cuales 4.854 tuvieron como víctimas a las niñas, niños y adolescentes.

de las niñas, niños y adolescentes y al régimen de adopciones; mientras que una última opción era realizar una reforma integral de todos los libros de Código. Después de álgida discusión en donde más que problemas teóricos se discutió sobre las posiciones de los distintos grupos políticos alrededor del código, se concluyó que la mejor alternativa era realizar una reforma integral que proyectará los derechos de los niños hacia el Ecuador de los próximos 20 años.

Una vez resuelta la cuestión del alcance de la reforma, un segundo problema resuelto por la Comisión de la niñez fue el de la estructura de la propuesta normativa. Las premisas de esta reforma, que para algunos es en realidad un nuevo Código, es crear las condiciones para la aplicación real de la doctrina de protección integral; y reconstruir el sistema nacional de protección integral, armonizándolo con los mandatos constitucionales y con la nueva institucionalidad creada por la Constitución; también se exige la definición de lineamientos básicos o generales que sin desnaturalizar la división de funciones del Estado y el carácter contingente de la política pública garantice más allá de los avatares políticos la estabilidad de las políticas y el cumplimiento estricto de los principios de prioridad absoluta y de especialidad.

Para cumplir con estos objetivos políticos la comisión aprobó la estructura del nuevo texto dividiéndolo en 5 capítulos: el primero relacionado con los principios, derechos y las garantías; el segundo relativo a la regulación de las instituciones familiares relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el tercero relativo a política pública y al sistema nacional de protección integral de la niñez; y el último relacionado a la regulación de la situación de los adolescentes en conflicto con la ley.

Después de un breve entusiasmo inicial de la Asamblea, compartida por los organismos internacionales de derechos humanos, el Gobierno Nacional y los defensores de los derechos de los niños, que vieron en la creación de la comisión una oportunidad ideal para discutir técnica y políticamente soluciones

al problema de la violencia estructural contra los niños ecuatorianos, para reconstruir el sistema de protección y para recrear el proceso participativo vivido 15 años antes a raíz de la expedición del CONA, la comisión rápidamente perdió apoyo, primero de los defensores de derechos de los niños, luego de los organismos internacionales de derechos humanos de la niñez y luego también del Gobierno<sup>39</sup> y de las propias directivas de la Asamblea.

En efecto, no bien comenzó a funcionar la Comisión, muchos colectivos defensores de derechos de la niñez anunciaron su apoyo a la misma sobre la idea de que esta debía recrear el proceso participativo que se había generado con ocasión de la expedición del CONA. Pero una vez se constató que, en el contexto de la crisis económica que vive el Ecuador, la comisión carecía de los recursos económicos propios y no contaba con suficientes auxilios financieros del gobierno y de la cooperación para llevar adelante ese proceso de discusión participativa del nuevo código, estos grupos rápidamente perdieron interés en el trabajo de la Comisión y volvieron a sus tradicionales disputas por la conservación de los exiguos espacios de poder que el debilitado movimiento de niñez aún tiene en el país.

La comisión también soportó la falta de apoyo de los organismos internacionales de derechos humanos y particularmente de UNICEF. Durante la mayor parte del trabajo de la comisión este organismo especializado se ha mantenido convenientemente al margen de la discusión.<sup>40</sup> Las razones de ese desinterés son múltiples y van desde la propia crisis institucional que vive UNICEF y los demás organismos técnicos del sistema de

---

39. El Gobierno Nacional a través del MIES inicialmente planteó su apoyo a la comisión apoyo que se expresó en la celebración de un convenio de cooperación con la asamblea y el financiamiento de un grupo de académicos y expertos nacionales para asesorar a la Comisión.

40. Ajenidad y desinterés que se manifiesta en la notoria ausencia de apoyo financiero de UNICEF a los trabajos de la comisión.

Naciones Unidas por la creciente y estructural falta de recursos;<sup>41</sup> pasando por la adhesión de la oficina nacional de UNICEF Ecuador a las tesis del grupo parlamentario por los derechos de la niñez que ha sido manejado y controlado por asambleístas de origen correista.

Pero además, la Comisión también nació con una grave complicación inicial relacionado con el escaso tiempo de vigencia de su mandato pues la Comisión de Administración legislativa le dio a la Comisión un plazo de apenas 6 meses, objetivamente muy corto para el tamaño de la tarea encomendada; al punto que desde el inicio de las deliberaciones existía la conciencia de que era imposible cumplir los objetivos en ese lapso de tiempo por lo que desde el principio se planteó la necesidad de pedir una prórroga.<sup>42</sup>

Otra razón que explicaría la pérdida de legitimidad de la Comisión es de carácter interno y se relaciona con la lentitud y la falta de liderazgo de Comisión en la discusión de las propuestas. De hecho, luego de la etapa inicial de discusión del ámbito de aplicación de la reforma, hubo enormes problemas y retardos a la hora de aprobar la estructura del nuevo código al punto que sólo se aprobó 4 meses después de iniciadas las deliberaciones.

Un motivo adicional de la ineficacia de la comisión en la gestión de su trabajo tiene que ver con las crecientes dificultades administrativas que ha debido sortear y que se manifiestan en la mora

---

41. Esta crisis estructural de Naciones Unidas tiene su explicación en el abandono progresivo del sistema por parte de los Estados Unidos y demás grandes contribuyentes después de la caída del muro de Berlín ya que esta organización internacional ha dejado de tener la importancia política e ideológica que tuvo en tiempos de la guerra fría.

42. A la Comisión se le concedieron dos aplazamientos uno de tres meses y otro de un mes adicional que vence el 30 de abril; pero lo cierto es que la comisión ocasional no alcanzó a entregar el informe final. En su momento también se planteó la idea de aprovechar la reforma de la Ley Orgánica de la Función Legislativa para incluir en ella la creación de una comisión permanente de la niñez, iniciativa que pese al apoyo mayoritario no fue finalmente considerada.



en la contratación de los expertos nacionales que debían apoyar técnicamente a la comisión, grupo que luego de innumerables inconvenientes solo pudo comenzar su trabajo en junio de 2019 con lo que se perdieron 4 meses de valioso tiempo de asesoría y discusión.

Finalmente, el puntillazo final a la legitimidad de la comisión fue la inexplicable posición de la presidenta de la Comisión en relación con la despenalización del aborto en caso de violación que se discutía paralelamente en la asamblea. Efectivamente la presidenta de la comisión votó en contra de la iniciativa de despenalización a pesar de que tanto el movimiento de mujeres como el de los niños habían solicitado públicamente la despenalización que en el Ecuador afecta especialmente a adolescentes entre 12 y 14 años. Esta insólita decisión de la máxima autoridad de la comisión la condenó al ostracismo y le hizo perder toda legitimidad política a una comisión que se vio incapaz de velar por los intereses de los más vulnerables.

Para completar, una vez pasado el escándalo generado por el informe AAMPETRA, la situación de la niñez y el problema de la vulneración de los derechos humanos de los niños no es una prioridad para la agenda de los actores políticos del país, puesto que los niños aun siendo la tercera parte de la población no votan.

El gobierno tampoco ha sido consistente en su apoyo a la reforma integral al CONA. De un claro apoyo inicial a la propuesta que se manifiesta en la firma del convenio de cooperación entre el Gobierno y la Asamblea, la realidad es que ese apoyo tardó en materializarse efectivamente en términos técnicos y presupuestarios, y al final se diluyó en manifestación de buenas intenciones, para terminar en una incomunicación absoluta que se refleja en que tanto, el gobierno como la comisión han presentado propuestas de reformas diferentes, cuando la idea inicial era trabajar mancomunadamente.

## 7. Visión impresionista de los resultados

El impresionismo es una corriente artística que busca representar los objetos de la naturaleza a partir de la impresión subjetiva o personal del autor, dejando de lado la descripción de la realidad objetiva de los fenómenos. La propuesta del nuevo código discutida por la Comisión de la Niñez<sup>43</sup> tiene casi 600 artículos<sup>44</sup> lo que hace imposible fotografiar en pocas páginas su contenido y hacer una exegesis completa del mismo, por lo que en este apartado nos limitaremos a hacer lo que podríamos denominar un mapa impresionista del libro primero de la propuesta de nuevo código de los niños.

En lo que atañe al libro primero que trata sobre principios, derechos y garantías esta sección representa un significativo avance con respecto tanto al CONA anterior como sobre todo a los demás Códigos de la niñez de América Latina, precisamente por tratarse de una normativa del Siglo XXI que ha incluido importantes desarrollos dogmáticos que se reflejan desde el nombre del proyecto: “Código Orgánico de protección integral de las niñas, niños y adolescentes”. La nueva denominación del Código destaca en primer lugar su carácter orgánico, que busca armonizarse con los mandatos del artículo 133 de la Constitución. En ese sentido, el nuevo código será una ley orgánica porque regulará derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes. Respecto de la incorporación en el nombre del principio de PROTECCIÓN INTEGRAL, esta corresponde a un reconocimiento de su finalidad, toda vez que las niñas, niños y adolescentes deben ser protegidos de forma integral. Esta decisión normativa permite vincular al proyecto con la más avanzada doctrina de derechos humanos según la cual el

---

43. Se hace esa diferenciación porque, en el trámite de la discusión parlamentaria el MIES en su calidad de máximo órgano rector de la política de protección integral de los grupos de atención prioritaria presentó a consideración de la Asamblea Nacional un proyecto de reforma al CONA con cerca de 150 artículos, proyecto que está siendo considerado por la comisión, aparte del suyo propio.

44. Concretamente tienen 595 artículos y varias disposiciones generales y transitorias.

código protegería todos sus derechos de todas y todos los niños, niñas y adolescentes, durante todo su desarrollo evolutivo,

En cuanto, al cambio del Código de la niñez y adolescencia a Código de las NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, éste refleja la aplicación del enfoque basado en derechos, pues la actual denominación del Código vigente de “NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” denota el uso de estos como categorías sociales, y no como sujetos protegidos en sus derechos. El fin último de las normas de protección de derechos humanos es la protección de sujetos y no de categorías sociales. Finalmente, para remarcar y hacer un reconocimiento simbólico a la transversalización del enfoque de género se ha cambiado el orden de los sujetos iniciando por niñas.

Por otra parte, en materia de derechos y particularmente garantías y previsiones que regulan fenómenos nuevos y/o agravados (por ejemplo, la violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes o una regulación sobre los derechos de los niños en condición de migración. Al respecto, cabe hacer una mención especial a las disposiciones del proyecto sobre las garantías en las que se desarrolla normativamente la distinción entre garantías generales o primarias, encargadas de garantizar el acceso oportuno a los derechos en circunstancias de normalidad; y las garantías secundarias, cuyo objeto es la reparación de los derechos de los niños y se han incorporado los avances interpretativos de la normativa internacional y reflejado las posiciones doctrinarias más avanzadas, todo lo cual contribuirá, con seguridad a mejorar la condición de vida de los niños ecuatorianos.

Sobre el Libro Segundo, encargado de regular los derechos de los niños en el marco de sus relaciones familiares, este es el apartado del código que a mi juicio tiene mayores problemas y en las que la comisión desperdició una oportunidad enorme, pues en términos generales mantuvo una postura epistemológica y teórica conservadora lo que hizo perder el tiempo en relación con necesarias reformas al régimen anterior.

Esta posición conservadora de la Comisión es la respuesta pragmática a un serio conflicto político que giró y gira alrededor de la concepción de familia que existe en Ecuador. En efecto, la comisión no fue más lejos como hubiera podido ir, particularmente en el tema de la tenencia y cuidado de los niños, o en la cuestión del régimen de adopción debido al enorme conflicto social y cultural que estos temas producen en la sociedad ecuatoriana actual cuyas opiniones y posicionamientos políticos siguen amarradas a los intereses de poderosos sectores como la iglesia católica o los grupos evangélicos generalmente ligados a la derecha más extrema. Por supuesto, este *clivaje* cultural y social tiene expresión en la Asamblea Nacional y tuvo enorme presencia en las discusiones de la comisión; razón por la cual y ante la necesidad de generar un consenso sobre el informe para el primer debate, la comisión prefirió ser cauta y conservadora en sus propuestas y prefirió irse por la línea de las reformas más bien formales y cosméticas, con lo cual tal vez se perdió una oportunidad histórica de propiciar un cambio cultural y social desde el deber ser de la norma.

Aun así, el proyecto contiene importantes avances sustantivos como la derogación del concepto y régimen de patria potestad y su reemplazo por el concepto de régimen de cuidado. Otro elemento importante del libro 2 del proyecto es la inclusión del mandato constitucional sobre los distintos tipos de familia y la distinción entre familia biológica y las familias organizadas por razones de supervivencia. Otro importante avance es la novedosa regulación del régimen de visitas que recoge muchas de las demandas de niños, madres y padres a efectos de garantizar la conservación y potenciación de las relaciones familiares en casos de familias rotas o separadas.

En lo que toca a la institución de la adopción como mecanismo de garantía de los derechos de los niños a tener una familia y como instrumento de protección especial esta construido sobre algunos supuestos vinculados no a garantizar los derechos de los niños sino a facilitar el ejercicio del derecho a la paternidad

y maternidad de los padres adoptantes. Ello lleva al proyecto a incluir disposiciones relativas a la “*fase de emparentamiento*” en el proceso de adopción que podrían atentar contra el interés superior del niño. Lo primero a tener en cuenta y que no lo contempla adecuadamente el proyecto es que de esa fase depende el éxito de una adopción, entendida como un acto definitivo, por lo cual todo cuidado es poco. El emparentamiento tiene como finalidad detectar las afinidades que harán posible el entendimiento futuro (de por vida) entre el adoptante y el adoptado, operando en ambos sentidos. De allí, que la fase de emparentamiento debe darse teniendo en cuenta aspectos importantísimos: el tiempo, el lugar y el modo, donde y como se realiza. Es de conocimiento público la enorme cantidad de niños privados de su medio familiar en Ecuador, y que están institucionalizados, a quienes se conculca el derecho a vivir en familia. Conocemos también la tendencia general que existe en los países de la región, en donde se busca simplificar el procedimiento de adopción y de otras medidas para la reintegración familiar. Pero, en el afán de solucionar la dolorosa situación de miles de niños institucionalizados y de garantizar los derechos de los padres adoptantes no puede justificar el menoscabo de los derechos básicos de los niños, así como la estricta consideración de su interés superior. Concretamente: el emparentamiento debe garantizar el *tiempo* suficiente para que se pueda apreciar, con la mayor certeza posible, las afinidades entre las partes involucradas en el proceso de adopción. Y en el caso del proyecto establecer como plazo 15 días, es totalmente inadecuado e insuficiente. Es indispensable más tiempo para que la relación se establezca y esto no lo contempla el proyecto.

En cuanto al modo como se realiza el emparentamiento se debe asegurar en la máxima medida posible el ambiente, las condiciones donde los niños vivirán una vez sean adoptados. Nada más artificial para el emparentamiento que la institución de las “*visitas*” que contempla el proyecto. No se trata de tener y propiciar “*visitas*” sino de garantizar condiciones de convivencia sostenida entre adoptantes y futuros adoptados. El Niño y la niña tienen

derecho a conocer el espacio y vivir las circunstancias que le serán propias una vez decretada la adopción. *El emparentamiento debe entonces garantizar una verdadera convivencia entre las partes*, lo cual no está asegurado en el proyecto.

En cuanto al Sistema de Protección desarrollado en el Libro III, este es el núcleo duro del proyecto, dado que la motivación fundamental de la reforma al CONA como quedó expresado más arriba es la reconstrucción del Sistema Nacional de protección integral de los niños. A pesar de ello, la forma en que ha sido concebido y los vacíos que contiene la regulación del proyecto y con base en experiencias internacionales análogas se puede predecir que, desafortunadamente, tal como está redactado este sistema va a fracasar lo que implicará también a la postre el fracaso de todo el proyecto de reforma si no se toman en consideración su reestudio. Esta opinión no se sustenta en razones o concepciones ideológicas sino de claridad, coherencia, consistencia entre lo anunciado como propósito y el desarrollo del contenido. El modelo propuesto es el más pesado y engorroso posible: demasiados actores, funciones confusas, redacción barroca, etc. Las leyes para la infancia deben ser pedagógicas y por ende ser entendidas por todos los usuarios. Así como está redactada, incluso los iniciados están sujetos a confusión, pues es prácticamente imposible realizar hasta un simple organigrama del Sistema y un cuadro de funciones de sus integrantes.

En ese sentido, bajo el supuesto de que el proyecto de nuevo código lograra transformarse en Código, y tomando en consideración el actual contexto político ecuatoriano donde la agenda de los derechos y los derechos mismos han perdido importancia y capacidad normativa, hay que insistir en replantear seriamente el Libro III, porque de nada valdría haber desarrollado los derechos en el Libro I, si el Sistema no es capaz de garantizarlos.

En lo atinente al contenido del libro IV, más allá de preferencias o concepciones ideológicas es importante felicitar la idea de crear una verdadera justicia Especializada para la niñez, como por otra

parte manda la Constitución, puesto que su existencia y funcionamiento es prerequisite indispensable para la verdadera garantía de los derechos, eso si siempre el termino especialidad sea un sinónimo de *exclusividad* y se garantice la experticia y la calidad de los encargados del ejercicio de las funciones.

Ahora bien, no todo es perfecto en ese libro. Así por ejemplo, en la revisión del proyecto debería reclamarse con fuerza la necesidad del cambio de la denominación. Este capítulo debería llamarse “*De la Justicia Especializada para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*” porque como los saben los expertos lo restaurativo no es un tipo de justicia, sino una metodología utilizada para hacerla efectiva. No es tampoco un enfoque o principio, sino solamente es una metodología de trabajo.

En lo que concierne al contenido del libro IV lo primero que hay que decir respecto a la responsabilidad penal del adolescente, queda establecido en el proyecto un avance importante en el sentido de que a los adolescentes entre 14 y 16 años solo se les aplicará medidas socioeducativas no privativas de libertad. Que está vinculado con la intención de la comisión de cumplir el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, pero resulta problemático que la edad sea el único criterio que defina el régimen sancionatorio. No se puede obviar la consideración de la naturaleza y gravedad del delito, así como el grado de responsabilidad del adolescente.

Finalmente, otra crítica que se le puede realizar al libro IV tiene que ver con la inexplicable conservación de la figura de las “*medidas de seguridad*” a los adolescentes, a quienes se excluya de responsabilidad, por causa de la “*discapacidad física, mental, funcional*” que altere su nivel de conciencia o voluntad”. Sobre este particular debemos reclamar en que las medidas de seguridad son sanciones penales desuetas propias del más rancio positivismo peligrosista y que, como tales, están absolutamente reñidas con el enfoque de derechos humanos actual que la propuesta dice defender y asumir.

Pero aun así, se trata de una apuesta y una reforma muy significativa y relevante a la actual situación de indefensión que viven los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

## 8. Conclusiones

- 8.1. A lo largo de estas páginas se ha podido revisar y recordar los fundamentos principales del enfoque de derechos que sirvió y sirve como marco conceptual declarado de la reforma al CONA que se discute actualmente en la Asamblea Nacional. En ese sentido se enfatizó en el escrito en el esfuerzo del discurso de los derechos humanos por evitar proclamar una dignidad en términos abstracto y en cambio concentrar el esfuerzo en la satisfacción efectiva de las necesidades específicas y de las desigualdades concretas de cada uno que materializan su dignidad, para lo cual se utilizan distintas categorías, o condiciones como el género, la etnia, la pertenencia cultural, la condición social y también cambian de acuerdo con el enfoque metodológico o disciplinar que se utilice para estudiarlas.
- 8.2. En ese sentido en el escrito se evidencia que los derechos humanos son universales pero que su protección no es la misma si se tiene o se carece de enfoque de género; también se resalta que a pesar de que los derechos humanos tengan una pretensión de universalidad, su protección concreta no es idéntica si estamos entre personas de un mismo país o entre ellos y los extranjeros y mucho menos si hablamos de sociedades y culturas diversas, por lo que se insiste en la necesidad de asumir en la redacción y análisis del proyecto lo que hoy en día se conoce como enfoque intercultural, interseccional y transdisciplinario.
- 8.3. También, pudimos afirmar y concluir que asumir el enfoque de derechos en materia de niñez implica contar con una definición mínima de protección integral que pueda servir como eje articulador de la reforma y su análisis y se



evidenció que el libro I del proyecto contiene esta definición, misma que es desarrollada y concretada en la mayor parte del texto normativo del proyecto.

- 8.4. Igualmente, se pudieron rastrear y resaltar los aportes concretos del CONA vigente en materia de protección de los niños y las niñas ecuatorianos pero igualmente se destacan en el texto las dificultades, problemas y vacíos de la legislación vigente para llevar a la práctica sus postulados de protección integral y reconoce las enormes dificultades que tuvo el código de poner en práctica sus mandatos al haber sido redactado y promulgado en un contexto de crisis orgánica del sistema político e institucional ecuatoriano, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.
- 8.5. En el texto también es posible examinar cuales fueron las justificaciones objetivas y subjetivas que explican la necesidad urgente de la reforma del CONA y de su alcance. En particular, se discutieron los efectos negativos de la generalización del principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos propiciada por la Constitución de 2008 en la protección de la niñez, debido al debilitamiento de la especialidad y especificidad de los derechos y las garantías institucionales de los niños, por decisión del constituyente.
- 8.6. También, si analizamos los efectos de la instauración de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida en la política pública de niñez y se pudo comprobar la responsabilidad de este enfoque en el debilitamiento y desmonte de todo el sistema especializado de protección integral de la niñez; proceso que se exacerbó con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad.
- 8.7. En el texto se afirma y se comprueba que otro elemento explicativo de la desarticulación del CONA fue la débil estructura territorial en el que se soportaba particularmente

relacionado con la falta de independencia de los consejos cantonales y las juntas de protección de derechos de las autoridades locales encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento.

- 8.8. En definitiva, se pudo comprobar, más allá de toda duda, la urgencia y la necesidad imperativa del proceso de reforma emprendido por la Asamblea y también, se pudo comprobar las enormes dificultades que un proceso de reforma integral como el planteado tiene para la sociedad y el Estado ecuatoriano.
- 8.9. En particular, se pudieron evidenciar, que más allá de los errores normativos y de las incomprensiones teóricas que han aquejado a las políticas públicas de niñez en la última década y media, el desmonte del sistema de protección integral de los niños se explica en buena medida por la prevalencia de los intereses particulares y por la defensa corporativa de prebendas y privilegios por parte de los diferentes sectores del movimiento de defensa de los derechos de los niños y por la debilidad creciente de la institucionalidad internacional de defensa de estos derechos.
- 8.10. Finalmente, se pudo dar una mirada panorámica e impresionista a los resultados que resalta la novedad, pertinencia y corrección del libro 1 del proyecto, comprobándose el enorme esfuerzo por realizado por la Comisión en la incorporación de las últimas tendencias doctrinarias en materia de derechos y garantías.
- 8.11. En este escrito también se refleja la excelencia de la propuesta de reforma integral del libro 4 que introduce el método o enfoque restaurativo en la protección de los adolescentes en conflicto con la ley penal, mientras que también se pudieron evidenciar y se destacan las preocupantes fallencias teóricas y prácticas que aquejan a los libros 2 y 3 de la propuesta aprobada por la Comisión.

- 8.12. En el texto se insiste especialmente en la preocupación que causa el complejo diseño institucional del sistema nacional de protección integral y se promueve la necesidad de un nuevo debate que culmine en la modificación de ese modelo antes de la entrada en vigor del nuevo código. No hacerlo implicaría condenar al fracaso al sistema y al propio código.
- 8.13. En definitiva, no hay duda que el proceso de reforma integral del CONA emprendido ha implicado una concienciación y una consolidación del principio de protección integral de niños, niñas y adolescentes, un avance importante del enfoque de derechos y una muestra evidente del proceso de constitucionalización del ordenamiento que vive nuestro país. La reforma también evidencia en sus resultados los graves conflictos culturales y políticos, así como la distorsión permanente que los intereses particulares de ciertos sectores generan en el funcionamiento actual y futuro del sistema de protección integral de la niñez y sobre todo demuestra el enorme camino que debe recorrer el país si se quiere pasar del deber ser a la realidad en materia de protección de los derechos de los niños, que siguen siendo aún las principales víctimas de un Estado semántico y de una sociedad tremendamente conservadora y violenta con los más vulnerables.

# Estado, Política, Niñez, Aproximaciones para un abordaje de Políticas Públicas

Yuri Emilio Buaz Valera<sup>45</sup>

## Resumen

El presente escrito tiene por objeto responder a la pregunta acerca de cuáles son las condiciones necesarias y suficientes; así como, las óptimas de construcción y aplicación de las políticas públicas vinculadas a la protección integral de los NNA. Plantea que el centro de la política pública para la niñez y adolescencia es el enfoque basado en los derechos humanos; se fundamenta en la Protección Integral, el control social activo y la exigibilidad de los derechos; e indica que la protección a los niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos humanos requiere que la política pública se construya, defina, ejecute y evalúe bajo los parámetros estrictos del derecho internacional de los Derechos Humanos, también se afirma que si se adopta esta perspectiva se debe delimitar el ámbito de la garantía universal de los derechos, el ámbito de la garantía de los derechos específicos para los niños y la política pública de protección especial.

**Palabras Clave:** Derechos humanos, políticas públicas, Protección integral.

## 1. Introducción

En los últimos 30 años en América Latina se ha producido un intenso debate sobre los objetivos, el alcance y sobre todo la

---

45. El autor es Abogado, criminólogo y especialista en Derechos Humanos. Venezolano. Se ha desempeñado como Oficial de políticas pública y de protección en Unicef Venezuela; consultor de Unicef en países de América Latina y El Caribe. Catedrático en Universidades como, La Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, de El Salvador, la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, entre otras. Ha acompañado procesos de redacción de leyes de protección integral a la niñez y adolescencia en Venezuela, República Dominicana, El Salvador y Bolivia, y los procesos constituyentes en Venezuela y Bolivia, además de la reforma constitucional en República Dominicana. Actualmente, se desempeña como Consultor de UNICEF en Ecuador.

utilidad de la universalización del enfoque de los derechos humanos. El resultado de este proceso ha sido la generalización de las reformas legales que introdujeron en nuestro entorno el paradigma o principio de protección integral. Otro ámbito en el que se ha avanzado mucho es en el estudio de las políticas públicas. No son tan numerosos los estudios que enlazan o vinculan las dos temáticas: políticas públicas y derechos humanos, menos aun tratándose de políticas públicas sobre derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

En ese contexto, el presente escrito tiene por objetivo examinar las condiciones óptimas de construcción y aplicación de las políticas públicas vinculadas a la protección integral de los NNA; lo cual implica comprender en primera instancia que es una política pública, entender el contexto de su aplicación y, a partir de allí, definir cuál es el ámbito y el alcance de la protección integral para atender las necesidades básicas de los niños y adolescentes, especialmente de los más vulnerables.

Para lograrlo hemos dividido el estudio en seis capítulos o epígrafes: el primero sobre políticas públicas,<sup>46</sup> el segundo sobre la trascendencia de las Políticas Públicas para la Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia,<sup>47</sup> se analizan los diferentes modelos de protección de la niñez; se estudia también la relación entre protección integral y desjudicialización del tratamiento de los problemas de la niñez para culminar con una serie de conclusiones que buscan definir el alcance del mandato ideal de la política pública de protección integral.

---

46. En el análisis de las políticas públicas de derechos humanos se parte de una definición general de políticas públicas para luego analizar sus principios y sus características. Cfr. Ludwig Guendel. “Políticas Públicas y Derechos Humanos” “Por una gerencia social con enfoque de derechos” “Si no se vigilan los derechos difícilmente se cumplen” [En línea disponibles en la página del Instituto de gobernabilidad de Cataluña] [www.iigov.org](http://www.iigov.org).

47. En este epígrafe se analiza la importancia que tienen para el Estado Constitucional las políticas públicas en la garantía de los derechos de los NNA.

## 2. Los derechos humanos vistos desde las políticas públicas

### a. Definición de Políticas Públicas:

Por Derechos Humanos entendemos de una parte el conjunto de conquistas histórico-sociales de la humanidad en busca de la autonomía, la dignidad, la igualdad y la justicia; y también, que son un conjunto de normas éticas que permiten a los seres humanos alcanzar condiciones que les permiten vivir sus vidas con dignidad, procesos éstos que ocurren en contextos y realidades específicas, en las que existen determinadas condiciones que se convierten en obstáculos para acceder a la plena realización humana.<sup>48</sup>

Ahora bien, cuando unimos los dos conceptos y pretendemos hablar de políticas públicas de derechos humanos no queremos profundizar en los intensos debates que conducen a adoptar diversas definiciones de política pública. Sino que lo que pretendemos es relieves la importancia que tiene el concepto de Política Pública para la realización efectiva del conjunto de valores, principios y normas que hacen parte de lo que entendemos por derechos humanos. En ese sentido, la política pública de derechos humanos es el conjunto de objetivos y acciones del Estado que persigue como propósito fundamental la satisfacción y garantía de los derechos de la sociedad en su conjunto.

Advertimos que no deben entenderse los derechos como “simples necesidades”, tal como lo entiende la escuela de Budapest a partir de la teoría marxista de los derechos<sup>49</sup> sino como condi-

48. JARAMILLO VÉLEZ, Rubén. “Historia de los Derechos Humanos.” La Responsabilidad en Derechos Humanos. Universidad Nacional de Colombia-Asociación Nacional de Especialistas en Derechos Humanos. Memorias del Seminario “El fenómeno de la Responsabilidad en Derechos Humanos”. Bogotá. 1996. pp. 147-167. También: PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Cap. 2 “El proceso de positivación de los Derechos Fundamentales”. Editorial Técnos, S.A. Madrid, 1991. pp. 52-129.

49. Cfr. Herrera Flores, Joaquín. La fundamentación de los derechos humanos: Teoría de las necesidades y de los valores en la “Escuela de Budapest”. Tesis doctoral. Mimeo. Universidad de Sevilla, 1986.

ciones subjetivas exigibles por todo ser humano. En este sentido, nos distanciamos de algunos autores<sup>50</sup> que ponen el acento en las “necesidades” y cobertura de bienes y servicios como elemento definitorio de la política pública. Mientras los “derechos” se erigen en fuente de obligatorio cumplimiento, que además son de carácter universal e intransigibles,<sup>51</sup> la cobertura de necesidades resulta potestativa para el Estado. La política pública es así no sólo aquella que reacciona para dar respuesta únicamente a las demandas de la sociedad, sino que es una acción permanente y articulada de todos los sectores y agentes del Estado para la cobertura de los derechos humanos en lo político, social, económico, ambiental, cultural, etc.

Por supuesto que existe entonces una intrínseca relación entre la Política Pública y los Derechos Humanos, puesto que son nociones integradas en su accionar en cuanto o, por lo menos sus comunes objetivos, acciones, estrategias, procedimientos, las formas de gestión y control, las transformaciones institucionales que se proponen desde el enfoque de los derechos humanos, los programas de satisfacción, garantía y restitución de derechos, las providencias y acciones tuteladas desde el Estado para la generación de bienestar social a los administrados y las formas de seguimiento y evaluación.

No es pensable asumir desde la perspectiva de los derechos humanos que la política pública no tenga como objetivo fundamental la protección integral de los seres humanos. Por ello es que se debe implementar cualquier acción gubernamental, desde uno cualquiera de los poderes públicos, atendiendo a directrices coordinadas que tengan como objeto insoslayable la garantía de los derechos a la dignidad, igualdad y justicia social.

---

50 Por ejemplo: Duguit. León Manual de Derecho Constitucional, Editorial Comares, Granada 2005.

51. Buergethal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. Cap. 1. “Antecedentes Históricos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” IIDH. San José. 1990. pp. 9-17.

La dignidad humana se suele entender como una cuestión abstracta a la que han aspirado constantemente los seres humanos pero que muy pocos han logrado alcanzar. Esta visión tan abstracta ha contribuido a colocar las aspiraciones por una vida digna como un ideal lejano, por lo que nos parece natural que sea tan difícil de alcanzar. Por el contrario, la dignidad es un asunto muy concreto que se verifica en nuestra cotidianidad. Herrera Flores llama la atención del carácter concreto de la dignidad al señalar que: “Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea “digna” de ser vivida”.<sup>52</sup>

Se trata entonces de reivindicar que una vida digna no es una aspiración a futuro sino una práctica presente que se concreta en la medida que se tenga acceso y se pueda disfrutar de condiciones materiales e inmateriales que hacen posible la realización de los individuos como personas. De esta forma, en la acepción menos romántica e idealista (pero si ideológica), la dignidad humana es de naturaleza objetiva, en la medida en que supone una condición personalísima, intransferible del ser humano, administrada a la igualdad y no discriminación por ningún motivo, al respeto ineludible de sus derechos fundamentales y a las mejores condiciones de vida en cualquier circunstancia en que se encuentre el ser humano. (Léase bien: “...en cualquier circunstancia en que se encuentre el ser humano... las mejores condiciones de vida”).

Esas condiciones de igualdad, dignidad y justicia social son inherentes a la definición propia de los objetivos de la política pública de protección integral a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. En esta visión, la política pública está integrada por principios que son parte también de los derechos universales hartamente conocidos en la materia, tales como la irrenunciabilidad, inalienabilidad, progresividad y universalidad. En tal

---

52. Herrera Flores, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Ed. Atrapasueños. 2008.



razón, por ejemplo, no se puede renunciar al derecho a la salud o a la educación, ni tampoco se puede pretender cumplirlo sólo a un determinado grupo de personas o población selecta por su condición social o económica. Pero, además, la Política Pública está construida sobre principios bases particularísimos que son aquellos que permiten que su característica fundamental, es decir la de ser de orden público, convierta cualquier acción particular (incluso muchas provenientes del sector privado) en interés de toda la sociedad y por tanto reguladas, supervisadas y controladas por el Estado.

Estos principios particulares de la política pública, han sido asumidos en muchas de las legislaciones de niñez y adolescencia de América Latina y El Caribe<sup>53</sup> que se han adecuado a la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la que en su artículo 4 compromete a asumir obligaciones para garantizar su cumplimiento, y en particular determinar, dictar y ejecutar providencias de carácter administrativo, institucional, legislativo, y de cualquier otra índole para hacer efectivo los derechos que en este instrumento se encuentran consagrados.

### 3. Principios informantes de la Política Pública

Además, de los comunes a los derechos humanos, los siguientes principios informan las políticas públicas vinculadas a los derechos humanos: **Son permanentes por su propio carácter universal**, y no ocasionales ni temporales, aunque pueden ser variables según las circunstancias o cambios sustanciales en la sociedad. Por ejemplo, siempre debe existir una política de salud, pero puede variar según existan situaciones endémicas o de epidemia.

- **Están vinculados a la búsqueda de la Justicia social**, lo cual significa **que persiguen** alcanzar igualdad y bienestar

53. Por ejemplo la legislación de niñez del Salvador, la de República Dominicana, a Venezolana o la Colombiana Cfr. Simon Farid, Derechos de la niñez y adolescencia, Editorial Cevallos, 2005.

social a las grandes mayorías. Por ello, originalmente se les asoció y denominó “políticas de bienestar”.

- **Implican Responsabilidad**, lo cual significa que los órganos estatales y en particular la administración pública es objetivamente responsables de su cumplimiento y deben rendir cuentas por ello.
- **Generan participación social**, puesto que hoy en día no puede entenderse la política pública como una mera acción de los gobernantes sino la suma de construcción y ejecución protagónica de todos los sectores sociales.
- **Utilidad**, principio que les define su propia naturaleza puesto que aquella política pública que no es útil al objetivo de satisfacción de derechos humanos, no es tal. Para ello, la Política pública debe partir siempre de un análisis de situación del estado de los derechos en el seno de la sociedad, es decir, un adecuado análisis de datos y/o de información que pueden ser pasados, presentes o futuros, los cuales proporcionan la base para el proceso de planificación y programación.

#### 4. Características fundamentales de las Políticas Públicas

En ese contexto, los rasgos característicos de las políticas públicas de protección especial son: oportunas, son múltiples y diversas, se sustentan y promueven la transparencia, y son esencialmente gratuitas.

Que sean oportunas quiere decir que se deben ejecutar (cumplir y hacer cumplir) de forma ineluctable siempre que son necesarias. De nada vale la ejecución de acciones del Estado cuando ya el perjuicio social es irreversible. Son públicas, esto es que, aunque las ejecutan sectores privados, son de naturaleza y orden público porque están referidas a la satisfacción de derechos fundamentales.

Que sean múltiples y diversas significa que comprenden numerosos objetivos y metas, algunos de largo alcance, pero también

incluyen metas y tareas cortas y concretas como son los de superación de una emergencia puntual y focalizada. También, son múltiples en relación a los medios que utilizan ya que requieren la utilización de una enorme variedad de instrumentos para lograr sus objetivos.

La publicidad y transparencia obliga a que la política pública sea del conocimiento de los beneficiarios y beneficiarias, y de la sociedad en general, no solo luego de ejecutada, sino también en todo su proceso de formulación, ejecución y evaluación, conociéndose de esa manera con seguridad todas las reglas. Y son gratuitas, pues la satisfacción de derechos humanos como objetivo de la política pública no debe imponer carga económica para las ciudadanas y ciudadanos, pues por naturaleza son gratuitos y constituyen si una carga presupuestaria a ser planificada y costeadada por el Estado.

Tanto los principios analizados como las características anteriormente mencionadas deben ser considerados en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de niñez y adolescencia que informan el Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Por tanto, el Sistema de Protección de niñez y adolescencia es en sí mismo, por naturaleza y definición legal, de carácter público, coincidente con la norma constitucional del artículo 341 que lo consagra como tal.

Resulta una *prima razón* para la garantía de especialidad en la política pública dirigida a que los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes sean el centro de las acciones de la gestión de Estado no sólo su consagración legal y constitucional, sino esencialmente su implementación y funcionamiento como medio para la satisfacción de los derechos y garantías. No quepa duda entonces que el Sistema Nacional de Protección Integral es una providencia institucional de política pública que imbrica la estructura orgánica del Estado.

## 5. La importancia de las políticas estatales en la garantía de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

La conjugación de derechos humanos, política pública y protección integral en un solo significado, nos permite afirmar que las políticas de Estado de derechos humanos para la protección integral de la niñez y adolescencia son orientaciones y directrices que conjugan la estrategia del Estado para la protección de todos los niños y niñas, fijando objetivos generales y comunes de todos los entes del poder público en la materia, lo cual le da un enfoque de integralidad. Su aplicación es de carácter universal y están dirigidos a asegurar derechos y garantías, razón por la que es claro que las políticas públicas son mecanismos de acción mediante las cuales las tomas de decisiones de las autoridades correspondientes dan solución a la problemática social en función de respuestas efectivas y equitativas, contribuyendo con esta inversión social, especialmente al desarrollo integral de la niñez y adolescencia, en este sentido deben dirigirse a la creación y activación de los mecanismos de toda índole necesarios que permitan subrayar el carácter universal de la protección, para la superación de cada uno de los obstáculos de carácter estructural, que han creado marcadas relaciones de inequidad en las familias, y particularmente en las niñas, niños y adolescentes.

Por tal motivo es que, en la sociedad actual, insistimos, los Derechos Humanos y las políticas públicas, en particular las que están orientadas a la garantía y cumplimiento efectivo de los derechos sociales, económicos, culturales y de participación, constituyen así una noción integrada e integradora en la garantía del desarrollo humano y, por ende, en la prosecución de sociedades más libres y dignas. De esta manera, cultura por ejemplo ya deja de ser una noción de gobierno o de simple gestión pública para erigirse en una noción de satisfacción de derechos al acceso al arte, la creatividad, la libertad creadora, los valores autóctonos de los pueblos, etc. convirtiéndose de esa manera en un sistema integrador desde la política pública de los derechos culturales de las personas. Idéntico debe ocurrir, por ejemplo, con la salud,

la educación, la seguridad social, la alimentación o nutrición, la vivienda, entre otros derechos sociales, que necesitan estar administrados, más bien integrados, a la política pública, con carácter imperativo, para constituir la armazón de la protección integral a los derechos humanos.

No es protección integral el hecho de la gestión ocasional para cobertura de necesidades particulares o colectivas, porque la diferencia entre derechos y necesidades justamente se encuentra en la mayor o menor posibilidad de coercibilidad y cumplimiento de la exigencia social y humana. Ciertamente, el enfoque de las políticas públicas basado en derechos humanos es diferente del enfoque con base en necesidades, pues la perspectiva y objeto de las políticas basadas en derechos humanos, se caracteriza por dirigir sus acciones hacia el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia y sólo puede lograrlo con políticas públicas que apunten hacia su protección integral, lo cual significa políticas dirigidas a todos, sin discriminación alguna y que transversalmente consideren los derechos a la Supervivencia, Desarrollo, Participación y el Derecho a la Protección especial, es decir, las políticas públicas deben estar concebidas con la integración de todos y cada uno de los derechos comprendidos, a su vez en cada uno de los grupos de Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección especial, como única forma de garantizar una política integral, ya desde la óptica de la prevención, ya desde la ejecución programática de atención universal como forma de protección.

### **6. Los modelos de protección de la niñez**

Se denominan modelos de derechos humanos a todas aquellos sistemas normativos e institucionales, destinados a la protección, garantía (satisfacción) y reparación de los derechos humanos, y en nuestro caso, de los niños, las niñas, las adolescentes y los adolescentes.<sup>54</sup>

---

54. Organización de las Naciones Unidas, Comité de los Derechos del niño, Observación general 14.

Es abundante el marco normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>55</sup> en el sentido de que todas las personas tenemos derecho a la dignidad en cualquier parte o circunstancia en que nos encontremos, lo cual da una dimensión de respeto universal al catálogo de derechos que se encuentran positivados en el corpus iuris internacional, pero también a aquellos que no encontrándose consagrados expresamente forman parte inherente de la condición y dignidad de los seres humanos. Ese contexto normativo internacional ha generado obligaciones a los Estados en relación con los niños que no son meros compromisos políticos, sino que se deben desarrollar a través de implicaciones en la institucionalidad interna de estos países, en particular a través de extensas medidas legislativas, judiciales, sociales, económicas, educativas y de otra índole necesarias para la eficacia de un modelo político y programático garantista.

En cuanto a los modelos de protección para los niños, niñas y adolescentes, el contexto normativo del reconocimiento de sus derechos en la Convención sobre Derechos del Niño –CDN– y demás instrumentos internacionales; conlleva expresamente una orientación general vinculada a los principios de prioridad absoluta e interés superior del niño, cual es el derecho a demandar las transformaciones político-institucionales que permitan la efectividad de los derechos reconocidos legal y constitucionalmente.

Se trata sin duda de un derecho político o de participación, ya que entraña y compromete las relaciones mismas del Estado en cuanto a la estructura política encargada de la satisfacción de derechos, en este caso respecto de los niños pero también del resto de la sociedad.

Si se ha dicho insistentemente que la Convención sobre Derechos del Niño constituye un proyecto de sociedad, nueva, justa,

---

55. Esta es la perspectiva recogida por ejemplo en la Convención de los Derechos del Niño, en la convención de la CEDAW, o en la convención por la eliminación de la discriminación racial por solo poner los ejemplos más importantes.

con base en la dignidad humana de los niños.<sup>56</sup> Negar la importancia que la Convención atribuye a las transformaciones político-institucionales como estrategia para la conquista de esa nueva sociedad que proyecta, constituiría por lo menos un desconocimiento de la proyección emancipatoria de los derechos humanos, y cuanto más representaría la conservación y estática de las relaciones sociales inequitativas que han existido y en la que los niños y las mujeres han ocupado una especie de afirmación real, declarada y desarrollada, de la injusticia.

En ese contexto, cualquier modelo de protección integral debe ser y es parte constitutiva del principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 2 de la Convención. Pero, supone la posibilidad de desarrollar desde la ciudadanía activa (más apropiadamente podría serlo “la persona” activa), en cuanto elemento fundamental y realizador de la concepción del niño como sujeto pleno de derechos.

Por otra parte, el principio/ derecho a la transformación político-institucional es intrínseco al proyecto de igualdad y justicia social de la CDN, como lo explica el artículo 4, de la CDN “(...) al consagrar el principio de efectividad que compromete el cambio en la conducta del Estado, puesto que cuando obliga a la toma de decisiones políticas, administrativas, institucionales, sociales, económicas o de cualquier otra índole para que sean efectivos los derechos de los niños; está obligando a la transformación del Estado, de manera que estas decisiones no sean sólo producto del control restitutorio de los derechos, sino más bien de su efectividad cumplida en la estructura orgánica del Estado.”

El principio de efectividad orienta entonces el deber de prestación que asume el Estado al afirmar los derechos sociales, económicos y culturales, entendidos como garantías para la supervivencia y

---

56. García Méndez Emilio, *Das Relações Públicas ao Neomenorismo: 20 anos de convenção internacional dos direitos da criança na américa latina (1989-2009)*, en: revista internacional de história política e cultura jurídica, rio de janeiro: vol. 3 no. 1, janeiro-abril 2011, pp. 117-141.

el desarrollo de los niños, por lo que antes que enumerar y en todo caso explicar cuáles son las transformaciones institucionales, insisto en que resulta más relevante y urgente entender y explicar la razón de ser de éstas transformaciones en el plano político-institucional como presupuesto constitutivo e indispensable de la protección integral de los niños.

Alterar el orden tradicional de la política de Estado, por ejemplo, en materia comunicacional, importa el establecimiento de protocolos y guías de actuación permanente en cada información, programación, actuación pública comunicacional de los personas y personajes que le representan, fijar las condiciones de la programación dirigida a los niños, formar de manera crítica la actitud de todos los ciudadanos acerca de la educación informal de los medios de comunicación, entre otras medidas.

Un claro ejemplo lo constituye el artículo 6, numeral 2, relacionado con los artículos 27 y 32 de la CDN. En ellos –y de ellos– se desprende que el Estado es quien se debe transformar como obligación para garantizar la supervivencia y el desarrollo creando condiciones apropiadas para que los padres y/o representantes cumplan sus obligaciones primarias de manutención y calidad de vida de los niños, pero deben confluir otras estrategias institucionales estructurales y apropiadas en la política educativa del Estado que protejan a los niños contra el trabajo u otra forma de explotación económica. En el articulado triangular que he colocado como ejemplo (6, 27, 32 de la CDN); nada se puede exigir a los padres si el Estado no ha sido capaz de garantizar las mínimas condiciones a las familias para que cumpla su función social, así como no bastaría con sancionar al patrono explotador si las condiciones sociales, si la política educativa del Estado no garantiza la inclusión, la permanencia y la calidad en la Escuela. En este mismo ejemplo, vale analizar el alcance del Sistema de Protección de Niños, restituyendo el derecho mientras las relaciones de Estado-Industria-Niños-Escuela, permanecen incólumes.



Como se sabe la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– contempla expresa y extendidamente entre uno de sus principios rectores de Derechos Humanos para esta población el reconocimiento de todo niño como sujeto pleno de derechos, lo que por sí sólo debería implicar la excepcionalidad de la institucionalización y la no judicialización de los niños por sus carencias materiales, sociales, culturales, económicas y/o familiares. Así, la propia Convención insiste sobre el carácter principal de la crianza y cuidado del niño en la familia, sobre su libertad personal, su dignidad y sobre formas de atención que, en lo posible no sean las de recurrencia a los sistemas judiciales. En este sentido, también deben observarse y garantizarse los principios y normas estatuidas en las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidados de los niños, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en el 64 período de sesiones el 24 de febrero de 2010, que priorizan el fortalecimiento familiar, la prevención de separaciones, y los cuidados familiares y comunitarios para los niños sin cuidados parentales, que referiré en forma detallada más adelante.

Pero la Convención sobre los Derechos del Niño también establece mecanismos, providencias y medidas positivas a favor de los niños, que hacen exigibles las condiciones subjetivas de las que son acreedores como sujetos de derechos. Adicionalmente, la Convención y en general la doctrina de protección integral a niños transforma las necesidades en derechos. Tal afirmación conduce, sin discusión, a entender, en consecuencia, que toda necesidad básica de un niño o niña que resulte insatisfecha se traduce en derecho vulnerado, que, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, implica la activación cierta de mecanismos, preferiblemente administrativos y en último caso, judiciales, para garantizar o restituir el derecho vulnerado.

El artículo 27, numeral 2do. de la CDN establece que los padres tienen la responsabilidad primordial de proporcionarle a los hijos, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones

necesarias para su desarrollo, como también prescribe en su norma 27, numeral 3ro. la obligación del Estado en adoptar cuantas medidas sean necesarias y apropiadas para ayudar a los padres o responsables a dar efectividad a este derecho, lo cual además debe ser interpretado de acuerdo a las obligaciones generales de efectividad que asumen los estados partes de la CDN en su artículo 4, al declarar la obligación de dar efectividad a los derechos de los niños, por cuantas medidas sean apropiadas, y también debe interpretarse de acuerdo al artículo 6.2 de la Convención en la que el Estado asume la obligación de garantizar los derechos de supervivencia y desarrollo de los niños.

Por supuesto, que las medidas de apoyo a los padres ordenadas en la CDN están orientadas a dar efectividad al derecho a una vida digna y adecuada al desarrollo del niño, por lo que el parágrafo 1 del artículo 27 de la CDN amplía como desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y el parágrafo 3ro. Insiste en la importancia de que el Estado proporcione asistencia material en caso necesario, particularmente respecto a nutrición, vestuario y vivienda. Como se nota, es evidente que esta norma internacional crea una obligación de prestación, es decir, una garantía primaria al Estado frente a las familias, que comprende **la adopción de medidas de protección de carácter positivo** para los niños y sus familias que no alcancen un nivel de vida adecuado. Para esta asistencia material, la CDN creó el principio de efectividad que exige la generación de mecanismos, estructuras, programas, políticas, planes y acciones a favor de los niños en general, y también a favor de los más vulnerados o particularmente violentados en sus derechos.

De igual forma, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece de manera indubitable esta obligación en su artículo 10 en términos de que: **“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”**. Es evidente que esta

norma, siendo de carácter general, se refiere a “todos los niños” y las fundamente en el principio general de no discriminación e igualdad. Estas medidas especiales de protección estarán a disposición de todos los niños que las necesiten y se activarán cada vez un derecho sea vulnerado a un niño o niña en particular, para protegerlo eficazmente. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 establece que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo particular, y la Doctrina de Derechos Humanos para la Protección Integral de los niños y adolescentes, en general, se han encargado de reconocer universalmente los derechos a la supervivencia, el desarrollo, la participación y la protección especial.

También, en el ámbito de los órganos internacionales de supervisión de los avances en la implementación de la Convención sobre Derechos del Niño, y principalmente el Comité de los Derechos del Niño, se han pronunciado indicando la importancia de los modelos adecuados a los derechos humanos. Así en su Observación General N° 5, este Comité ha expresado sobre las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño que “(...) tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados...” (Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, Art. 9).

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de la población de niños, niñas y adolescentes tiene como

eje esencial la generación de políticas públicas de satisfacción de esos derechos, desde una nueva institucionalidad pública que se materializa en transformaciones políticas, administrativas, judiciales, culturales y sociales capaces de asumir el reto de la conquista de la igualdad y la justicia social. Por tanto, es preclaro el artículo 6.2 de la CDN ya analizado, ya que no se trata de seguir concibiendo a la niñez y adolescencia desde la caridad o compasión, ni siquiera desde la simple atención, sino desde el ángulo de la protección integral que es atención primaria y preventiva, garantía fundamental de la supervivencia y el desarrollo.

A diferencia de los modelos de intervención característicos de la situación irregular que estaban dirigido a la atención final, es decir, a los síntomas y no a sus causas, la protección integral a la niñez y adolescencia presta atención en los niveles o causas estructurales, intermedias y finales que explican la vulneración de los derechos.<sup>57</sup> En el caso de la protección integral a la niñez y adolescencia atendiendo a esta visión etiológica todas las acciones emprendidas son: 1) parte de la política pública del Estado; 2) Se dirige a la atención y superación de las causas; se dirige a la garantía o a la restitución de los derechos violados, o hace cesar las amenazas a estos derechos; 3) Privilegia la permanencia de la niñez y adolescencia en su seno familiar; 4) busca incidir sobre las causas estructurales de los problemas sociales; 5) Interrelaciona estrategias, acciones y órganos de los diferentes poderes públicos; promueve la participación de actores sociales y de la familia; y, finalmente 6) el diagnóstico socio jurídico de situación determina el tipo de protección, que cambia de un caso a otro.

---

57. Esta noción de causas estructurales, intermedias y finales de violación de los derechos humanos se ha explicado suficientemente en: Buis Yuri Lepina comentada libro primero, Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador, El Salvador, 2011, páginas 343 a la 348.

## **7. Relación necesaria entre protección integral y desjudicialización del tratamiento de los problemas de la niñez Este sería por sí solo un tema de gran relevancia**

Una característica de la doctrina de la situación irregular que rigió antes de la adopción del principio de protección integral era fomentar la judicialización de los problemas sociales que significa básicamente que conflictos de naturaleza extraña a lo jurídico son atribuidos o conocidos arbitrariamente a la competencia de los órganos del poder judicial un ejemplo de judicialización lo constituyen las normas sobre peligrosidad social, tales como aquellas que declaraban en “abandono” a un niño o niña, sometándolo al conocimiento de un proceso judicial que determinaría por sentencia o fallo judicial la suerte del programa a intervenir en la vida de este niño o niña, sin que hubiese razones para que conociera un ente judicial, pues se trataba de conflictos sociales que atañen al conocimiento de los órganos de política social y no a los de política judicial.

Cuando ante los órganos del sistema judicial son sometidos asuntos que correspondería resolver a las instancias del poder ejecutivo y en particular aquellos conflictos sociales que están asociados con las necesidades fundamentales de los seres humanos, tales como la ausencia de políticas de empleo, vivienda, agua potable, salud, educación, cultura, pertenecientes al ámbito de los derechos humanos de supervivencia y desarrollo; estamos en presencia de la figura que denominaremos “judicialización de la política”. Parecería casi evidente que no son los órganos judiciales los que deben dirimir las controversias que se suscitan por falta de apremiantes y urgentes políticas sociales y sin embargo, muchas legislaciones y sistemas judiciales mantienen aún la judicialización de estos conflictos. Así, por ejemplo, las declaratorias de abandono por causas sociales como la carencia de recursos de las familias para la nutrición adecuada de sus hijos, la exclusión escolar, el trabajo infantil, los llamados niños de la calle, que sin duda alguna corresponden a ausencia o mala aplicación de políticas públicas,

por orden legal, en el que la o las víctimas de estas vulneraciones eran sometidas a juicio como si se tratase de un conflicto legal.

Una característica de la situación irregular, era la judicialización de los problemas sociales que significa básicamente que conflictos de naturaleza extraña a lo judicial son conocidos arbitrariamente por los órganos del poder judicial. un ejemplo de judicialización, insistimos, lo constituyen las normas sobre peligrosidad social, tales como aquellas que declaraban en “abandono” a un niño o niña, sometiéndolo al conocimiento de un proceso judicial que determinaría por sentencia o fallo judicial la suerte del programa a intervenir en la vida de este niño o niña, sin que hubiese razones para que conociera un ente judicial, pues se trataba de conflictos sociales que atañen al conocimiento de los órganos de política social y no a los de política judicial. La judicialización consiste entonces en someter al conocimiento de los órganos del poder o de la función judicial aquellos conflictos sociales que pertenecen a la competencia y solución de otros órganos y funciones.

La protección integral que se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño y se expresa de forma desarrollada en las legislaciones de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, han proscrito y superado la práctica judicializadora de los conflictos sociales, colocando en su verdadera dimensión y competencia estos conflictos, al atribuirlos a los órganos del poder ejecutivo, de carácter administrativo, como parte de la gestión pública en la satisfacción de los derechos fundamentales de la población de niñez y adolescencia. De esta forma, se supera también una abierta injusticia cometida durante más de un siglo, pues ya no debería existir ninguna causa social que justifique someter a niños, niñas y adolescentes a un proceso judicial.

Ahora, el poder judicial especializado debe actuar para restituir los derechos de la niñez y adolescencia, responsabilizando a los órganos y entes encargados de cumplir sus derechos, o a la familia e incluso a la sociedad, pero no más judicializando los conflictos

sociales. Se trata pues de una actividad judicial cónsona con el respeto de la legalidad de los derechos humanos, al tiempo que se estatuyen órganos administrativos, medidas, programas y acciones encargados de atender los conflictos sociales derivados de las situaciones concretas de violación o amenaza a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

De igual forma, la desjudicialización de los conflictos sociales comprende el que órganos administrativos tales como Juntas de Protección en el caso de El Salvador, Ecuador y República Dominicana, o Consejos de Protección como es el caso de Venezuela; sean los encargados primarios de atender esas violaciones o amenazas de derechos, a través de procedimientos administrativos, expeditos, rápidos, por lo general confidenciales, que dictan órdenes o mandatos de restitución, inclusión en programas de protección, acciones o abstenciones, según sea el caso, capaces de salvaguardar derechos humanos.

### **8. A manera de Conclusión: el mandato de la política pública de protección integral**

La protección a los niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos humanos trasciende la simple noción de respeto a los derechos, pues implica que la política de Estado se construya, defina, ejecute y evalúe bajo los parámetros estrictos del derecho internacional de los Derechos Humanos, lo cual significa dar cumplimiento, garantizar el goce efectivo de los derechos, planificar y decidir con prioridad absoluta, al tiempo de restituir y reparar integralmente cuando exista vulneración de los derechos a la niñez y adolescencia.

Si se adopta esta perspectiva por parte del Estado,<sup>58</sup> también debe delimitar claramente la política pública de garantía universal de los derechos, aquella encaminada a la garantía de los

---

58. Es decir, si no solo se limita a respetar los derechos, sino fundamentalmente a cumplirlos y hacerlos cumplir desde la planificación de la gestión de todos los sectores, funciones y poderes.

derechos específicos para los niños y la política pública de protección especial.

El concepto de Protección Integral permite entender esta delimitación, que es además necesaria en todos los procesos de planificación, prestación de servicios, ejecución de programas y proyectos, e incluso en la destinación presupuestaria para la cobertura de unas u otras.

El centro de la política pública para la niñez y adolescencia en el enfoque basado en los derechos humanos se fundamenta en la Protección Integral, el control social activo y la exigibilidad de los derechos.

Para conseguir que esto suceda en la realidad hay que pasar de un Estado reactivo frente a las vulneraciones de derechos de los niños a un Estado activo en la protección integral de la niñez y adolescencia. Esto implica entender que la justicia va más allá de la actuación judicial en los conflictos jurídicos pues la justicia en un marco de derechos humanos se relaciona materialmente con la garantía a la vida digna, y la eficacia de los derechos sociales.

Para ello, no basta con la existencia de un orden social capaz de asegurar derechos por vía constitucional y legislativo, sino la existencia de claras instancias responsables de ello, la sostenibilidad de las políticas de desarrollo humano que desplacen la existencia de políticas económicas en favor de las minorías y tengan como centro de toda actuación la satisfacción de los derechos humanos, por encima de cualquier otra consideración.

En un Estado constitucional de derechos y de justicia, la principal responsabilidad del Estado consiste en la prestación (positiva o negativa), correlativa a todos y cada uno de los derechos humanos.

Por ello, el Estado está obligado a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo humano de los niños, niñas y sus



familias, pues no se puede exigir a una familia que cumpla, por ejemplo, con la alimentación nutritiva y adecuada a sus hijos, cuando carece de las condiciones elementales para hacerlo, o cuando es evidente la ausencia de políticas de empleo dirigidas a los padres.

Respecto a las transformaciones culturales para garantizar los derechos de los NNA si bien es una tarea de todos, sin embargo, el Estado tiene la obligación fundamental de liderar los cambios cognoscitivos y culturales acerca de la niñez.<sup>59</sup>

En cuanto a la participación de los niños y niñas, también corresponde al Estado cumplir un papel activo en animar la utopía abriendo el camino de la participación de los niños en la toma de decisiones, lo que supone una refundación del Estado de los adultos y la alteración de una cultura institucional de autoritarismo que se representa y materializa con el sólo hecho de decidir por ellos y sin ellos.

En ese contexto, tres son las más claras obligaciones del Estado constitucional de Derechos y de Justicia: Cumplir y hacer cumplir los Derechos Humanos; Generar condiciones a las familias para el nivel de vida adecuado, y Producir cambios sustanciales en los órdenes institucional, cultural y social.

---

59. SHERIDAN Bartlett, Roger Hart, David Satterhwait, Ximena de la Barra y Alfredo Missair. Ciudades para los niños. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España y Comité Español de UNICEF. 2001.

# La prisión por el no pago de pensiones alimenticias

Edwin Manuel Argoti Reyes<sup>60</sup>

## Resumen

El presente artículo de investigación realiza un análisis exhaustivo, histórico-comparativo y doctrinario con respecto al desarrollo de la prisión por el impago de las pensiones alimenticias en el caso ecuatoriano desde una perspectiva legal de carácter civil y penal, visibilizando los principios en defensa del interés superior del niño con los cuales radica la competencia de los jueces civiles al dictar prisión por medio de la figura del apremio personal. Así mismo, se examina el proceso penalizador y el manejo carcelario de las personas privadas de libertad por este tipo de deudas de carácter civil.

El problema radica en el surgimiento de una concepción inadecuada y equívoca de la responsabilidad en el impago de la pensión alimenticia, lo que ha generado una confusión en su tratamiento, y entre lo que realmente representa la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Es así que la prisión de origen civil ha estado influenciada por una concepción errada, y ha tenido como principal fin proteger los derechos del menor de edad, pero a su vez no ha logrado resultados positivos, por lo menos en el Ecuador.

**Palabras clave:** prisión, pensiones alimenticias, apremio personal, derecho alimentos.

**Sumario:** 1. Antecedentes Históricos; 1.1 Principios que favorecen al alimentado como sustento para la aplicación de la prisión por alimentos; 1.1.1 Principio de Igualdad.; 1.1.2 Principio del interés superior del niño; 1.1.3 Principio de corresponsabilidad; 1.2 La prisión por alimentos de origen civil; 1.3 Requisitos para el proceso penalizador; 1.4 Manejo carcelario de las personas privadas de

---

60. Docente Derecho Civil Universidad Central del Ecuador, ex Director de Ciencias Policiales, ex Magistrado.

la libertad (PPL) por alimentos; 1.5 Diferencias entre: desacato, apremio personal y prisión; 1.6 Contradicciones legislativas con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal respecto a la prisión en actos civiles.

## 1. Introducción

Desde una perspectiva legal se puede apreciar que, en Ecuador, se ha transitado por un amplio camino de transformaciones de la norma constitucional, principalmente marcado por la inestabilidad política. Los cambios han oscilado desde simples reformas, hasta la aprobación de nuevos textos constitucionales. Si se analiza la historia constitucional ecuatoriana, desde el primer texto constitucional aprobado en el año 1830, hasta la norma suprema que rige en la actualidad, han sido aprobadas aproximadamente más de una veintena de normas constitucionales; y el término aproximación es utilizado, porque ha predominado en la doctrina jurídica ecuatoriana discrepancias sobre este tema.

Evidentemente estas modificaciones son una clara muestra de inestabilidad política que ha imperado en el país, donde cada grupo de poder ha tratado de asegurar sus pretensiones e ideología, así como alcanzar dicho cometido, donde la Constitución figura como instrumento para tal alcance de ese fin. En relación con esto, se puede resaltar la norma constitucional vigente, la cual posee importantes innovaciones y está caracterizada por demostrar un importante enfoque de índole social, bajo los parámetros de la denominada ‘política del buen vivir’.

Es así que, cada uno de los textos constitucionales aprobados, han generado beneficios y perjuicios, en los diversos ámbitos dígame social, económico, político, jurídico, cultural e incluso ambiental. Desde el marco jurídico específicamente se ha manifestado un tratamiento negativo, y que a su vez ha constituido un retroceso respecto a la materialización del apremio personal en relación con el incumplimiento de obligaciones civiles, lo cual aún persiste en la práctica legal ecuatoriana. Para poder comprender en

que consiste el apremio personal, es necesario hacer un recorrido desde el surgimiento de la prisión por deudas.

## 2. Antecedentes Históricos

Como un precedente relacionado a la prisión por deudas, se puede mencionar a la figura del ‘concertaje’, surgida y desarrollada durante la época colonial española. Este sistema denominado concertaje se identificaba como un tipo de contrato a través del cual el indígena era obligado a trabajar de por vida, bajo parámetros que obedecían a una deuda adquirida con el patrón, donde dicha obligación de deuda solo podía ser extinguida con la muerte del indio; a pesar de ello en el supuesto de que se considerase a dicha obligación como aún no saldada, esta podía ser transmitida a los descendientes del indígena obligado.<sup>61</sup> El concertaje fue eliminado de la práctica ecuatoriana en el año 1929.<sup>62</sup>

Este sistema sancionatorio de aplicar la prisión por deudas y su contemplación en la norma legal, estuvo vigente hasta el año 1906, en cuyo periodo de tiempo fue aprobado un nuevo texto constitucional, el cual estableció la prohibición de materializar la prisión por causa de deudas.<sup>63</sup> Del mismo modo la norma civil que rigió en esa época, estipulaba la ejecución por apremio de las decisiones judiciales que obligaban al pago de los alimentos, donde la persona obligada, en este caso el apremiado, en el supuesto de no cumplir lo establecido por el magistrado, esta persona obligada era recluida a una prisión; o bien sea hasta que los hechos fueran verificados, o hasta que se saldara la deuda contraída; incluso los días de estadía en prisión podían ser equiparados al monto monetario que representaban los alimentos adeudados.<sup>64</sup>

61. PÉREZ GUARTAMBEL, C. *Justicia Indígena*. Editorial: Fondo Indígena. Quito, 2015, pp. 92-95.

62. AYALA MORA, E. *Historia del Ecuador...* op., cit., pp. 61-63.

63. Constitución (Ecuador), 23 de diciembre de 1906, R.O. No. 242, Art. 26.

64. *Código de Enjuiciamiento Civil (Ecuador)* vigente en 1906.

Esta prisión por deudas de alimentos, como una clara excepción a la prohibición de la prisión por deudas, tuvo duración hasta la promulgación en el año 1929 de un nuevo texto constitucional, en el cual se llegó a prohibir de forma expresa la prisión por deudas derivadas de obligaciones con un carácter civil; unido además de la abolición de la figura del concertaje como bien se mencionó con anterioridad.<sup>65</sup> La prohibición de la prisión por deudas, en el marco legal establecido por esta norma constitucional, incluyó la prohibición de la prisión por alimentos. La normativa civil vigente en dicho periodo, (aquella que contemplaba el apremio personal por deuda de alimentos) fue declarada inconstitucional.<sup>66</sup> Este fue un precedente el cual constituyó un paso positivo en la confirmación de que la prisión por deudas no debería ser establecida en el ámbito de la ley, puesto que obedece a una obligación de carácter civil.

A pesar de esta prohibición sobre la prisión por deuda de alimentos, en el año 1946 es aprobada otra Constitución, que reflejó una regresión jurídica en relación con este tema.<sup>67</sup> Este texto constitucional, impulsado por el entonces presidente Velasco Ibarra estableció como una excepción a la prohibición de la prisión por deudas, aquellas procedentes por alimentos,<sup>68</sup> por lo que fue resucitado la figura del apremio personal.

La situación antes expuesta se mantuvo en los posteriores textos constitucionales emitidos en el país, como fue el caso de las constituciones de 1967, 1978 y 1998; esto incluye además a la norma constitucional vigente aprobada en el 2008,<sup>69</sup> lo cual permite el establecimiento del apremio personal en materia de alimentos en las normas civiles que integran en ordenamiento

65. *Constitución Política (Ecuador)*. 26 de marzo de 1929, R. O. No. 138. Art. 151.

66. *Tribunal de Garantías Constitucionales*, 19 de junio de 1945, Res. R. O. No. 312

67. *Constitución Política (Ecuador)*. 31 de diciembre de 1946 R. O. No. 773

68. *Ibidem*.

69. *Constitución (Ecuador)*. 20 de octubre de 2008, R. O. No. 449.

jurídico ecuatoriano, así como en la normativa especial referente a los menores de edad.

Hay que destacar además que los menores de edad en el país contaron por vez primera con una norma especial en el año 1938, donde fue promulgado el primer Código de Menores, dicha norma estuvo sujeta a constantes transformaciones hasta el actual Código de la Niñez y la Adolescencia (con su última reforma en el año 2009). En esta normativa se evidenció desde su surgimiento el cuidado y la protección que todo menor de edad debe poseer, especialmente el derecho a la alimentación. Si se analiza cada cuerpo normativo se puede apreciar que el Código de Menores de 1938, se estableció la prisión por deudas de alimentos,<sup>70</sup> en contraposición a lo estipulado en la norma constitucional vigente en dicho periodo o sea la Constitución de 1929. En los textos legales venideros, 1969, 1976 y 1992, la prisión por alimentos fue tratada bajo la figura del apremio personal. Esta situación tiene gran similitud con lo establecido en el actual Código de la Niñez y Adolescencia, donde la prisión por deudas era establecida en la norma procesal no solo para los padres sino además para aquellas personas que son obligados de manera subsidiaria en las deudas de alimentos; esto cambió a partir de la promulgación del nuevo Código Orgánico General de Procesos, donde los segundos no pueden ser privados de la libertad en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria.<sup>71</sup>

## *2.1. Principios que favorecen al alimentado como sustento para la aplicación de la prisión por alimentos*

En el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano llegan a ser establecidos una serie de principios fundamentales que enmarcan la propia existencia y aplicabilidad de la norma.<sup>72</sup> De dichos

70. *Código de Menores* de 1938.

71. *Código Orgánico General de Procesos- COGEP*, 22 de mayo de 2015, R. O. No. 506.

72. *Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*, 3 de enero de 2003. R. O. No. 737.

principios serán analizados solo aquellos que son intrínsecos a todo niño, niña y adolescente, como: la igualdad, el principio del interés superior del menor y el principio de corresponsabilidad. A continuación, se expondrá un análisis general de cada uno de ellos.

### 2.1.1. Principio de Igualdad

El principio de la igualdad<sup>73</sup> puede ser analizado desde una perspectiva material, en la cual se destaca la igualdad de oportunidades y su base legal que se refleja en la norma, donde todas las personas deben ser tratadas por igual; ello incluye el reconocimiento de desigualdades, donde los grupos sociales con necesidades especiales llegan a representar una desventaja y ésta por lo tanto debe ser atendida; esto conlleva a una obligación por parte del Estado a brindar acciones de preferencia hacia los grupos sociales más débiles (en este caso los menores de edad). Esto se traduce en la implementación de políticas públicas que auxilien a la persona o grupo social necesitado, sobre este tema el jurista italiano Norberto Bobbio planteó lo siguiente:

“(...) que, una vez que a cada parte le ha sido asignado el lugar propio, el equilibrio alcanzado se ha mantenido por normas universalmente respetadas. Así, la instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la institución y la conservación del orden y la armonía del todo, que es, para quien se ponga en el punto de vista de la totalidad y no de las partes, el sumo bien. Estas dos condiciones son ambas necesarias para que actúe la justicia, pero sólo conjuntamente son también suficientes (...)”.<sup>74</sup>

A partir de las consideraciones aquí expuestas se puede plantear la interrogante siguiente: ¿Los alimentantes y los menores de edad son iguales ante la ley? Desde el ámbito de estudio de la norma legal cada grupo social le asisten derechos y principios, por lo que ante la ley son iguales. Entre los diversos grupos sociales debe

73. *Ibidem*.

74. BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Editorial: 3era edición, Paidós. Buenos Aires, 2013, p. 58.

predominar una coexistencia, lo que implica el respeto mutuo de los derechos y la exigencia en el cumplimiento de las respectivas obligaciones. Ello representa una igualdad en el trato brindado a las personas, así es respaldado en la doctrina jurídica chilena, al plantearse sobre la igualdad de trato, expuesto de la siguiente forma:

A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (Igualdad por Equiparación). En otras ocasiones y, por el contrario, el principio de igualdad exigirá recoger diferencias fácticas existentes para efectos de diseñar un estatuto diferenciado, porque sólo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato (Igualdad por Diferenciación).<sup>75</sup>

Es así que el Estado ecuatoriano tiene la tarea de implementar a cabalidad el principio de la igualdad, donde en el caso de los menores de edad están sujetos a un respaldo de sus derechos por medio de la implementación de un sistema de protección integral descentralizado,<sup>76</sup> lo cual pone en evidencia el encontrar un camino mejor que conlleve al cabal cumplimiento de obligaciones por parte del alimentante en el pago de sus pensiones alimenticias.

### 2.1.2. Principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño<sup>77</sup> ha sido considerado como un compromiso genérico con relación a todas aquellas personas.<sup>78</sup> Este principio también implica un determinado estándar de objetividad, ya que el cumplimiento y garantía de los derechos del menor, no puede ni debe estar sujeto a simples patrones de

75. FIGUEROA, R. "Igualdad y Discriminación". *Revista de Derecho Constitucional* No. 22, agosto de 2015, p. 7.

76. *Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*, 3 de enero de 2003, R. O. No. 737

77. *Ibidem*.

78. Pueden ser padres, maestros, autoridades públicas judiciales o no, empresas privadas, entre otras.



índole subjetiva. Ello significa que el interés superior no solo puede abarcar una creencia sobre lo que es mejor para el niño, sino de manera objetiva e íntegra contribuya a su desarrollo positivo. Esto implica además que tiene que ser determinada la necesidad de establecer un equilibrio entre los derechos y los deberes del niño, cuya estructura estará enfocada siempre en su bienestar y desarrollo.

Al respecto, el Estado ecuatoriano ha llegado a determinar la forma en que deben ser protegidos los menores de edad, específicamente en el Art. 44 de la norma constitucional. Como un complemento a esto el Código de la Niñez y Adolescencia establece el interés superior del menor como principio en su Art. 11. Dicho esto, el principio ha sido desarrollado en el país como una atención preferencial e integral del Estado, la sociedad y la familia hacia el menor de edad. No obstante, el interés superior del niño puede ser garantizado por cierta parcialidad dentro de la normativa especial ecuatoriana, donde a consideración de algunos juristas ecuatorianos si está debidamente protegida con la actual ley:

“El Art. 11 se refiere al interés superior, principio que dice ser orientado a satisfacer el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través de todas las autoridades administrativas y judiciales, y las instituciones públicas y privadas; pero a nadie le interesa ejecutar acciones y decisiones para su fiel cumplimiento”.<sup>79</sup>

Esta realidad negativa expresada por el citado autor se ha evidenciado en el papel erróneo adoptado por la propia norma ecuatoriana en los conflictos relacionados con las pensiones alimenticias, donde en un primer momento, estas no resultaban ser dignas acorde a las necesidades del menor, y posteriormente se ha colocado la figura del apremio personal en cuestiones de mora por pensiones alimenticias. En la práctica jurídica el desarrollo de políticas reales que estén destinadas a implementar planes y programas que impacten de manera positiva en la realidad donde se

79. OJEDA MARTÍNEZ, C. *Estudio crítico sobre los derechos y garantías de la niñez y de la adolescencia*, Tomo I. Editorial: 2da edición, Abya Yala. Quito, 2014, p. 4.

desenvuelven los niños, niñas y adolescentes; todos ellos podrían contribuir al mejoramiento de las relaciones afectivas, las condiciones del entorno e incluso el trabajo de los jueces.

### *2.1.3. Principio de corresponsabilidad*

Este principio de corresponsabilidad<sup>80</sup> se llega a centrar en la responsabilidad presente entre tres entes fundamentales que intervienen de manera directa en la vida del menor; es decir, el Estado, la sociedad y la familia. Dicho principio reconocido en el Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia, posee una relación estrecha con preceptos constitucionales tales como los artículos 44; 69, numerales 1 y 5; y 83, numeral 16, todos hacen referencia a los cuidados y acciones que deberán ejecutar estos tres entes.

La obligatoriedad de esta corresponsabilidad es establecida en el propio Código de la Niñez y Adolescencia, principalmente en los que se refiere a la familia y el Estado.<sup>81</sup> En lo que respecta a la familia, su función básica estaría dirigida a garantizar un espacio natural para el niño, donde se desarrolle la tutela directa de ambos padres. En el caso del Estado, este deberá materializar planes y políticas que permitirán el cumplimiento de aquellos objetivos que han sido trazados por la familia. Para la sociedad y su respectiva responsabilidad, esta se pone de manifiesto en el papel activo de Organización no Gubernamental (ONG) y fundaciones que laboran para atender aquellos menores que se encuentran en una situación de riesgo inminente, y que el Estado no tiene la capacidad para hacer frente a dichas necesidades, aquí se destaca el factor de riesgo económico.

### *2.2. La prisión por alimentos de origen civil*

Si se analiza el impago de las pensiones alimenticias, establecido en la norma especial estipulada para que rija en materia de niñez

80. *Código de la Niñez y Adolescencia- CNA*, 3 de enero de 2003, R. O. No. 737.

81. *Ibidem.*

y adolescencia, se puede apreciar que en el país, el no pago de alimentos nunca ha sido tratado como una infracción penal. De esto se deduce que la obligación que tienen los progenitores en el pago de los alimentos a sus hijos menores de edad acarrea una responsabilidad de tipo civil. Por lo que la pena privativa de la libertad (que ha sido establecida en el país desde el Siglo XX, hasta la actualidad) para la persona deudora de varias pensiones alimenticias, no le puede ser atribuida a partir de una responsabilidad penal, lo cual denota un claro error jurídico, ya que es impuesta desde el campo del Derecho civil.

No obstante, la realidad ecuatoriana obedece a otras circunstancias, es decir que en el país una persona puede ser sancionada con la pena privativa de la libertad por la materialización de un hecho delictivo establecido así en la ley penal, ya sea por acción u omisión, lo cual conduce a que la persona sea penalmente responsable,<sup>82</sup> pero el individuo también puede ser sancionado con pena de prisión (**bajo la figura del apremio personal**) por adeudar pensiones alimenticias, cuya obligación acarrea una responsabilidad civil, y no penal; lo que se puede considerar jurídicamente incorrecto y contraproducente al afectar los derechos fundamentales, a pesar de las variadas justificaciones emergidas para su ejecución.

Hay que destacar que esta obligación de otorgar alimentos a los hijos fue establecida en primer lugar en el Código civil ecuatoriano,<sup>83</sup> donde se recoge el orden en que dichos alimentos pueden ser reclamados;<sup>84</sup> y se establece la respectiva clasificación de estos en forzosos y voluntarios, en lo que llega a derivarse la responsabilidad económica correspondiente. En el supuesto de que surja un incumplimiento relacionado con cualquier obligación por alimento, existe el derecho del acreedor de dicha

---

82. *Ibidem.*

83. *Código Civil- CC*, 24 de junio de 2005, R. O. No. 46.

84. *Ibidem.*

obligación a demandar su pago ante el órgano de justicia competente, donde deberán ser fijadas las pensiones alimenticias a abonar por el alimentante. Conforme a ello, al presentarse varias deudas, el juez en la práctica jurídica ecuatoriana ha convertido al apremio personal en un mecanismo que contrarresta la deuda alimenticia, por lo que la prisión por deudas civiles ha sido permitida sin mayores contemplaciones en la práctica judicial ecuatoriana.

Respecto a la prisión por deudas de pensiones alimenticias, se han desarrollado varios criterios por parte de los órganos que integran la administración de justicia ecuatoriana. De tal manera se destaca la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional del Ecuador, ejemplo de ello fueron las consideraciones surgidas ante la negativa en las apelaciones para solicitar el recurso de *habeas corpus* en los casos de pensiones alimenticias, donde el órgano de justicia recaló que el impago de estas pensiones no constituía un delito en el país, de tal manera que se cuestionó en el marco de la legalidad la prisión por alimentos, y además señaló que:

“(...) tal prisión podría convertirse en indefinida y que además la misma no ha servido para generar el pago de la pensión alimenticia adeudada, puesto que una vez que el obligado pierde su libertad, las posibilidades de garantizar la alimentación del niño, quedan notoriamente reducidas (...)”<sup>85</sup>

Estos criterios no fueron tomados en cuenta para las posteriores reformas que fueron implementadas a la norma sobre menores, ya que la prisión por alimentos se mantuvo. La materialización de la prisión no solo estuvo dirigida a los progenitores sino también a las personas que eran obligados de forma subsidiaria, determinando que no debería transmitirse la obligación de otorgar alimentos a terceros que no son responsables; por esta razón en la actualidad ha sido eliminado.

85. Suplemento del Registro Oficial del 14 de agosto de 2008.

### 2.3. Requisitos para el proceso penalizador

El desarrollo de un proceso penalizador por la presencia de deudas en cuanto a pensiones alimenticias, parte de la ejecución de un juicio por alimentos. En aquellas legislaciones donde el impago de alimentos es considerado un delito, esta conducta delictiva se llega establecer, a partir de una situación en la cual el progenitor, que por medio de una sentencia se encuentra obligado a pagar la pensión de alimentos, no realiza ninguna acción en cumplimiento de lo establecido en la resolución judicial. Dicho incumplimiento deberá ser prolongado en el tiempo, o sea, deberán transcurrir algunos meses de forma continua, de esta forma se estará incurriendo en este tipo delictivo.<sup>86</sup>

Sobre este tipo de delito, en la doctrina jurídica española se ha llegado a considerar que:

“El delito de impago de pensiones de alimentos se produce en el momento en el que el progenitor que por sentencia está obligado a pagar la pensión de alimentos de un hijo común no lo realiza, durante tres meses seguidos, o cuatro no consecutivos, caso en el que estará cometiendo un impago calificado como delito, además de la comisión del delito penal, por lo civil se adeudará la cantidad que corresponda, que podrá ser embargada de los bienes del deudor acogiéndose a las cantidades mínimas inembargables que no son de aplicación, pues no tienen que sujetarse a ningún mínimo inembargable”.<sup>87</sup>

Acorde al criterio de este tratadista español, estipula que el impago de alimentos acarrea la imposibilidad económica a la que se enfrenta el alimentante, esto puede estar motivado por diversos factores tales como la carencia de trabajo, donde el progenitor que

---

86. En países como España el impago de pensiones alimenticias es establecido como delito en la norma penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*, Art. 227.

87. LÓPEZ, A. *El delito de impago de pensiones alimenticias*. Editorial: Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativo de Justicia. Barcelona, 2014, p. 18.

ostenta la custodia deja de contribuir con el pago de la pensión alimenticia hacia sus hijos, cuya obligación además queda fijada en la propia resolución. Como parte de las acciones que pueden ser ejecutadas ante el incumplimiento del pago de alimentos, se destaca la jurisdicción civil como un mecanismo para que el alimentante cumpla.

La situación aquí descrita no se aplica a la realidad normativa que predomina en el Ecuador. En primer lugar, el impago de alimentos por concepto de pensiones alimenticias a menores de edad no está tipificado como delito en la norma penal, en este caso el Código Orgánico Integral Penal. No obstante, se puede señalar que la consideración como un delito del impago de alimentos, debería contar con un periodo de 6 meses máximo; antes de dicho tiempo, debería ser agotada todos los mecanismos que ofrece la vía civil. El proceso penalizador destinado al impago de las pensiones por alimentos no debería desempeñar un rol protagónico en la práctica civil ecuatoriana, donde el apremio personal sobre el alimentante se ha convertido en el instrumento fundamental para hacer cumplir las obligaciones alimentarias.

En los ordenamientos jurídicos de otros países se ha llegado a establecer de manera clara las sanciones ante el incumplimiento de la obligación de alimentos, y se han fijado los límites en el marco de la norma civil y la norma penal. Algunas de las acciones adoptadas, en la legislación comparada son: La imposición de multas y la materialización de un procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado con el objetivo de que estos satisfagan las cantidades adeudadas.

En el caso del procedimiento judicial establecido en el ordenamiento legal ecuatoriano, este llega a ser establecido de la siguiente forma:

1. Presentación de la demanda ante los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

2. Se realiza un sorteo de la causa, y una vez que es designado el juez correspondiente este deberá calificar, aceptar y proceder a la citación, en el caso contrario deberá ordenarse su complementación.
3. El magistrado tiene la responsabilidad de establecer el día y la hora para materializar la audiencia única, en la cual deberán ser practicadas las pruebas anunciadas.
4. Esta audiencia deberá ser conducida de forma personal por el juez, el cual le dará inicio promoviendo un posible acuerdo conciliatorio, que en el caso de existir, será aprobado en la misma audiencia, y la ley establece los términos de juzgamiento. Posteriormente en el caso de no existir conciliación se procederá a las pruebas y los alegatos.
5. Una vez que son presentadas las pruebas en la audiencia, el juez deberá escuchar de manera reservada la opinión del menor de edad sujeto del conflicto y por tanto del proceso.
6. Una vez que ha concluido la etapa procesal, el juez emitirá la resolución, cuya apelación procederá en efecto no suspensivo.<sup>88</sup>

### *2.4. Manejo carcelario de las personas privadas de la libertad (PPL) por alimentos*

En el sistema penitenciario se pueden presentar ciertos factores negativos, en el infractor o PPL, ejemplo de ello es el denominado ‘síndrome de prisionalización’, cuyos efectos son principalmente psicológicos, tal es el caso del posible desarrollo de una neurosis, acarreada además por la pérdida de la privacidad o intimidad, el estrés, la pérdida de las relaciones afectivas, la pérdida del prestigio social e incluso la autoafirmación de ‘delincuente’ como etiqueta social.

88. *Código Orgánico General de Procesos- COGEP* (Ecuador), 22 de mayo de 2015. R. O. No. 506.

En la doctrina penal algunos autores han precisado que el desarrollo y ejecución del tratamiento penitenciario tenga como base la opción humana, para que a partir de dicha base pueda ser atendido el problema de la criminalidad y la posible reincidencia.<sup>89</sup> Si se analiza la libertad a partir de la pirámide de Maslow o jerarquía de las necesidades humanas, se puede concebir este valor como uno de los que ocupa una posición principal en el ser humano, que llega a ser altamente estimado a través del tiempo; en relación a estos, algunos de los fenómenos que llegan a gestarse a partir de la privación de la libertad son:

- La inutilidad del tratamiento penitenciario.
- La adopción o afinidad hacia grupos sociales criminógenos.
- La pérdida del arraigo.
- El incremento de la peligrosidad.

Ante los elementos aquí mencionados, que son comunes a todo sistema penitenciario de cualquier país, en el caso específico del sistema penitenciario ecuatoriano, se erige una historia y funcionamiento de la infraestructura carcelaria marcada por el abandono y la violación de los derechos fundamentales de las PPL. Esto se ha manifestado en la carencia de un personal calificado para el manejo de los internos, el continuo fracaso en los intentos por reinsertar socialmente a las PPL.

Este panorama estuvo sujeto a cambios positivos, con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se reconoce la ejecución de las penas bajo los parámetros de un Sistema Nacional de Rehabilitación Social.<sup>90</sup> La lógica indica que las políticas desarrolladas para el manejo carcelario de las PPL deberán estar

89. ORTEGA, Á. E., & MANZANOS BILBAO, C. “Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de la libertad”. *Revista de Derecho de la UPV/EHU*, junio 2013, pp. 53-88.

90. *Código Orgánico Integral Penal- COIP* (Ecuador), 10 de febrero de 2014. R.O. No. 180.



en correspondencia con los fines de este sistema. Toda política ejecutada en el manejo de las PPL, deberán estar enfocadas al mejoramiento del sistema de rehabilitación social en el país, y se basará en principios constitucionales como la equidad y en la justicia, puesto que ambos valores son los que se pretenden inculcar en la persona privada de la libertad. Hay que ser conscientes de que la misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, es por este motivo que debe ser empleado como la última *ratio*.

La situación de la PPL por deudas de alimentos se caracteriza por presentar diversas características, que a su vez se relacionan con la decisión emitida por el juez; en primer lugar está la prisión, la cual puede ser aplicada de manera provisional, para lo cual existen centros de privación provisional,<sup>91</sup> en los que deberá permanecer la persona, a partir del establecimiento de una medida cautelar (como es el apremio personal en caso de deudas por alimentos a menores de edad); en segundo lugar, están los centros de rehabilitación social<sup>92</sup> destinados a las PPL donde la pena ha sido establecida por medio de una sentencia condenatoria.

El manejo de un PPL por deudas de alimentos en ambas situaciones, debe estar regida por el respeto de sus derechos fundamentales, lo cual no se cumple del todo ya que llegan a ser colocados con presos comunes. Cuando el sujeto obligado al pago de la pensión alimenticia se enfrenta al medio carcelario en algunos casos pueden estar sometidos al riesgo de interactuar con personas que tienen una alta peligrosidad.

A pesar de que el apremio personal no constituye una pena, pues no proviene de una condena, es el resultado de un incumplimiento por parte de los obligados al pago de la pensión alimenticia, que produce los efectos parecidos a una condena o una pena, ya que, en definitiva, se produce la privación de la libertad. Por otra parte,

---

91. *Ibidem*.

92. *Ibidem*.

sólo los jueces penales están en posibilidad de dictarlas, lo ordena un juez de lo civil con base a un requerimiento de pago y un mandamiento de pago que es diferente a una sentencia condenatoria. Sin embargo, su cumplimiento tiene las mismas características de la privación de la libertad por el cometimiento de delitos, es por eso que el apremio personal se cumple en locaciones diferentes a los delincuentes, tratando de marcar la diferencia entre los privados de la libertad por delitos, de aquellos a los que se le ha ordenado al apremio personal. No obstante, tampoco se cumplen las políticas de ejecución de penas ya que definitivamente no es delito, ni los padres morosos son delincuentes.

## *2.5. Diferencias entre: desacato, apremio personal y prisión*

En lo que respecta al desacato su definición está enmarcada en su consideración como un hecho delictivo, sobre ello se ha llegado a considerar que:

“Delito configurado por el hecho de provocar a duelo, amenazar, injuriar o de cualquier modo ofender en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La pena se agrava si el ofendido fuere el jefe del Estado, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro o un juez”<sup>93</sup>

Conforme a esta definición se puede agregar que la concreción del desacato como un delito viene determinada por una idea desarrollada, en la que los órganos del Estado por el simple hecho de ostentar esa categoría deben ser merecedores de confianza y respaldo por parte de la sociedad civil; acorde con esta idea, los funcionarios públicos deben tener la posibilidad de ejecutar su trabajo sin exigencias perturbadoras y solicitudes de información desmedidas. Esta figura delictiva puede ser apreciada en la normativa penal, principalmente en lo que es calificado como ‘delito contra la administración pública’ y es tomado en cuenta

93. OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial: Datascan. Ciudad de Guatemala, 2014, p. 314.

como una de las variantes que pueden ser utilizadas en atentados perpetrados contra los servidores públicos.

La particularidad que posee este delito como parte de los hechos cometidos contra la administración pública, es que se trata de un delito de opinión, donde la expresión de opiniones que lleguen a resultar en una ofensa puede ser acreedora de un reproche penal. En el caso del apremio personal, en términos generales se puede afirmar que el apremio es la acción y efecto de apremiar; o sea, apretar, obligar, dar prisa a determinada persona para que realice algo. Desde el campo del derecho el apremio es considerado como:

“Acción y efecto de apremiar, de compeler a alguien para que haga determinada cosa. | También, andamio de autoridad judicial para compeler al pago de alguna cantidad o al cumplimiento de otro acto obligatorio. | Procedimiento sumario para la ejecución de ciertos créditos líquidos o sobre cosas fungibles, así como para la ejecución de cosas determinadas. | Procedimiento ejecutivo que siguen las autoridades administrativas para el cobro de impuestos o descubiertos a favor de la hacienda pública o de entidades a que se extiende su privilegio. Couture dice que es vía sumaria de ejecución, más breve y rigurosa que la del juicio ejecutivo (v.)”.<sup>94</sup>

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en la norma procesal civil, el apremio es considerado como una medida de carácter coercitivo que es ejecutada a partir de la potestad que tienen los jueces, para que las decisiones emitidas por estos sean cumplidas.<sup>95</sup> Cuando se hace referencia al apremio personal, en materia de alimentos, la doctrina jurídica civilista ha adoptado una posición común y coincidente, donde apremiar es compeler, forzar, obligar al progenitor a que realice el pago económico por

94. OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...* op., cit., p. 81.

95. *Código Orgánico General de Procesos- COGEP* (Ecuador, 22 de mayo de 2015. R. O. No. 506.

el incumplimiento de la obligación de la pensión alimenticia,<sup>96</sup> donde la norma legal ha llegado a fijar la prisión como una fuerza para que el pago se materialice.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica del apremio personal, esta se identifica como una medida de compulsión, presión o fuerza, donde su objetivo está enmarcado en que el deudor alimentario llegue a cumplir con su obligación, esta última es calificada como incumplida en el proceso judicial correspondiente. A pesar de que se persigue un objetivo material, el apremio personal es concretado por medio de la privación de la libertad, medida que no llega a ser concretada como una pena.

Cuando se trata de identificar la razón de ser de la prisión esta llega a ser posicionada como una medida de control social, y no como la simple instalación penitenciaria donde deben convivir por determinado periodo de tiempo determinadas personas de diferente género, que son identificados por haber violado una norma de Derecho penal. Dentro de los conceptos elaborados respecto a la prisión, se la define como: “Establecimiento carcelario donde se encuentran los privados de libertad por disposición gubernativa o judicial. | Nombre de una pena privativa de libertad, de duración y carácter variables de un país a otros”.<sup>97</sup>

El estudio del origen de la prisión debe enfocarse en su parte medular, para poder brindar una respuesta al porqué de su creación, lo cual recae en que llegó a constituir para el Estado el único medio de control, que infringía temor, y que a su vez magnificaba la figura del Estado. En la actualidad se sigue optando por la pena privativa de la libertad y por la persona que delinque, es decir que se le otorga prioridad a la prevención especial y no a la prevención general, esta última conlleva al desarrollo de un

96. BAÑUELOS SÁNCHEZ, F. *El derecho de alimentos y tesis jurisprudenciales...* op., cit., pp. 58-61.

97. OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...* op., cit., p. 771.

trabajo preventivo y control social. Se puede afirmar que las diferencias entre desacato, apremio personal y prisión son claras, resultando ser la primera un hecho delictivo en los delitos contra la administración pública, el segundo una acción o medida coercitiva para alcanzar un propósito, y en el caso de la prisión una medida de control social que contribuye a mantener el equilibrio en la sociedad y alcanzar la convivencia.

## 2.6. *Contradicciones legislativas con la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal respecto a la prisión en actos civiles*

En cuanto a las contradicciones legislativas que se ponen de manifiesto entre la norma constitucional y la ley penal en materia de prisión por actos civiles, cabe destacar lo recogido en el Art. 66, numeral 29, inciso c) de la Constitución, donde se señala lo siguiente: “Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.”<sup>98</sup> En este precepto legal puede apreciarse, el claro reconocimiento de la excepción que representan las deudas por pensiones alimenticias para aplicar la medida privativa de la libertad al deudor o alimentante. Esta es razón para la cual, en principio debe entenderse que aquel que le debe a un menor de edad, este último considerado una persona de atención prioritaria y garante del principio de interés superior,<sup>99</sup> deberá asumir su responsabilidad con medidas excepcionales que implica la prisión por deudas.

En este sentido representa contradicción, el establecimiento de la prisión por deudas alimenticias si se compara con lo regulado en el COIP, donde en esta norma legal no se contempla como figura delictiva, ni tampoco como una contravención el no pago de las deudas alimenticias. Es por ello, que en el desarrollo de esta investigación se ha sostenido la postura de que el no cumplimiento

98. Ver en referencias bibliográficas *Constitución de la República del Ecuador* de 2008.

99. *Ibidem...* Art. 44.

de este tipo de obligaciones civiles no representa un delito ni una contravención. Acorde a esto, ha de ser entendido, en principio, que una deuda de origen civil conlleva efectos de carácter penal, donde a título de apremio personal, llega a ser materializada la prisión bajo los mismos parámetros aplicados a los infractores de la ley penal. Este proceder puede ser catalogado como no coherente respecto a la garantía constitucional antes expuesta, por lo que se puede decir que a partir de esta regulación de la prisión por concepto de deudas alimenticias se genera una especie de antinomia entre ambas leyes.

Al respecto, la Corte Constitucional de Ecuador, en el fallo emitido en el mes de mayo del año 2017, se pronunció sobre este asunto. De esta manera, cabe plantearse la interrogante de si resulta ser legítima la excepción establecida de aplicar la prisión en materia de impago de pensiones alimenticias, bajo la figura del apremio personal. Este tipo de medida no puede calificarse como preventiva, y tampoco como el resultado obtenido a partir de dictaminar una condena, ya que no es una consecuencia directa del desarrollo de una acción penal y por lo tanto no es una sanción impuesta a partir de la ejecución de un hecho delictivo.

De igual modo, habría que partir del propio principio de legalidad y de su esencia, donde se considera que si determinado hecho se encuentra regulado en la ley resulta ser legítimo, a la vez se evidencia como una reafirmación de la legalidad si se reconoce específicamente en la norma suprema, la cual rige el funcionamiento del ordenamiento jurídico de cualquier país. No obstante, respecto a la prisión por el no pago de la pensión alimenticia, más allá de considerar si este tipo de medidas es de utilidad para aquellos fines que se pretenden perseguir, su cumplimiento puede representar una agravante para la posibilidad de llegar a procurar los medios económicos que se requieren para el cumplimiento de este tipo de obligaciones.

Quien dictamina el apremio personal es un juez de lo civil; que, a partir de la disposición aprobada, le acarrea un efecto penal ante

la privación de libertad de la persona que ha incumplido con el pago de la pensión. Dicho esto, un juez de lo civil no tendría la competencia requerida para ordenar un arresto, puesto que este tipo de actuación corresponde sólo a los jueces que trabajan en materia penal. Por otra parte, la ejecución está basada, no porque debe ser arrestada dicha persona, sino por el simple hecho de que no ha pagado la pensión respectiva, cuya conducta representa un peligro para la vida de los hijos; o sea, porque se incumple con la obligación que se posee en la posición de alimentante, ante el inminente abandono de sus descendientes.

Hay que agregar, lo dispuesto en el Art. 76, numeral 3, de la norma constitucional donde se señala lo siguiente:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza (...)”.<sup>100</sup>

En este precepto constitucional se llega a exponer con claridad la contradicción legal y constitucional antes expuesta. En este sentido, se llega a consagrar el principio de tipicidad donde a partir del cual, determinado hecho deberá estar escrito en la ley, donde a la vez se erige como resultado el principio de *nulla poena sine lege*, por lo que dicha contradicción se pone de manifiesto en la ejecución del apremio personal, como medida privativa de la libertad por un hecho que no es calificado como delito o infracción.

### 3. Conclusiones

Se debe diferenciar que el pago de las pensiones alimenticias es una obligación de carácter civil, es por ello que la aplicabilidad del apremio personal que da como consecuencia la prisión por deudas alimenticias es de carácter penal; no se puede respaldar en el respeto y cumplimiento del principio del interés superior del niño, como pretexto para legalizar la prisión civil.

---

100. *Ibidem*.

La finalidad de la imposición de la pensión alimenticia es resguardar el interés superior del niño para su desarrollo integral; es por ello que se debe analizar posibles alternativas tomando como ejemplo otras legislaciones, procediendo con la imposición de multas o el inicio de procedimientos de ejecución, determinando posibles medidas como el embargo de bienes, para que con esto el alimentante pueda cumplir con dicho pago; ya que al ser privado de libertad no podría cumplir con dicha obligación.

Se puede visibilizar en el Ecuador que el incremento de los juicios por pensiones alimenticias y la prisión por mora de pensiones alimenticias no ha determinado su cabal cumplimiento; ya que dicha medida coercitiva genera malestar para el alimentante y el niño, por un lado, alargando el tiempo para que se proceda con el pago de dichos valores adeudados; cuando se encuentre privado de libertad. Mientras que para el alimentado puede dificultar en generar lazos afectivos con el deudor, y su desarrollo íntegro y personal.

Este apremio personal para deudas de alimentos ha contribuido a violentar los derechos fundamentales del obligado, por un lado, imposibilitando el cumplimiento de la deuda, y por otro al ser privado de libertad por medio de un juez Civil. Las deudas por pensiones alimenticias son de carácter coercitivo, por ello la competencia para su cumplimiento radica a un juez de lo Civil, y dicho impago no puede ser considerado como una infracción penal, para que dé como resultado la prisión por medio del apremio personal. Es por esta razón que se considera una contradicción que dicha prisión no sea dictada por regla de competencia por un Juez Penal.



# Derechos de los Adultos Mayores en la ciudad de Ibarra 2018

Elizabeth Ximena Maldonado Erazo<sup>101</sup>

Pablo Ricardo Mendoza Escalante<sup>102</sup>

Cristhian Fernando Tambaco Olivo<sup>103</sup>

## Resumen

Esta investigación surgió de la necesidad de resguardar los derechos de los adultos mayores conforme lo consagra la Constitución de la República del Ecuador (2008), en la sección de los derechos del Buen Vivir. Los principales problemas que surgen en relación con los adultos mayores son: las condiciones de vida, el abandono por los familiares, la discriminación, las constantes vulneraciones de derechos por las distintas instituciones públicas y privadas, la falta de infraestructura adecuada, salud y alimentación; Por esta razón, se diseñó un plan de acción para la protección de estos derechos; Para su desarrollo se realizó una investigación del tipo acción participativa (IAP), que permitió determinar la situación de vulnerabilidad de los derechos de las personas adultas mayores. Se aplicaron entrevistas, que determinaron que entre las autoridades y funcionarios del Gobierno Autónomo descentralizado (GAD) Municipal de Ibarra, no existe una información homogénea respecto a las actividades y proyectos relacionados con el tema; las encuestas demostraron que: el 58% de los adultos mayores viven solos, el 45% de ellos no son visitados por sus familiares; el 73% no le son consideradas sus opiniones en la vida familiar,

---

101. Magíster en Derecho Constitucional. Docente investigador de La Universidad de Otavalo. Campus: Cdla Imbaya. Av. de los Sarances s/n y Pendonereros, Otavalo, Ecuador. Email: [emaldonado@uotavalo.edu.ec](mailto:emaldonado@uotavalo.edu.ec).

102. Magíster en Desarrollo Agrario. Docente investigador de La Universidad de Otavalo. Campus: Cdla Imbaya. Av. de los Sarances s/n y Pendonereros, Otavalo, Ecuador. Email: [pmendoza@uotavalo.edu.ec](mailto:pmendoza@uotavalo.edu.ec).

103. Estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Campus: Cdla Imbaya. Av. de los Sarances s/n y Pendonereros, Otavalo, Ecuador. Email: [mailto:ctambaco@yahoo.com](mailto:mailto:ctambaco@yahoo.com).

el 39% manifestó una mala relación familiar, el 38% manifestó ser víctima de maltrato físico y psicológico por sus familiares, el 95% manifestó que la institución le brinda una buena atención. Se concluyó que el adulto mayor se siente solo, abandonado, parcialmente desprotegido en alguno de sus derechos y que la implementación del plan de acción mejorará sus condiciones como personas diferenciadas que ameritan atención especializada.

**Palabras claves:** Adultos mayores, GAD, protección de derechos, vulneración de derechos, abandono, maltrato.

## 1. Introducción

La denominación jurídica de adulto mayor ha sido reconocida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución de la República del Ecuador, y en la Ley de Ancianos y su Reglamento, como grupo de vulnerabilidad y de atención prioritaria. No obstante, la realidad social ibarreña refleja que han sido objeto de vulneración de derechos, que se hace evidente cuando se quedan sin el apoyo de sus familiares, sin la debida y oportuna atención de sus afectaciones físicas y psicológicas y del suministro de medicamentos.

Es importante resaltar, que estas personas presentan un notable deterioro en sus funciones físico-motoras y psicológicas debido al desgaste natural ocasionado por el transcurso del tiempo y en muchos casos por haber terminado su etapa laboral y profesional después de haber servido a la sociedad por más de 65 años, generando como consecuencia un sentimiento de inutilidad y de baja autoestima, provocando en ellos una reducción en su memoria y lucidez.

Cabe indicar, que existen instituciones en Ibarra en donde se reciben a estas personas, pero en la mayoría de los casos se realiza en contra de su voluntad, y al ingresar en ellas consecuentemente inician una etapa de depresión por la falta de atención y cuidado de sus familiares. En este contexto, esta investigación abordó los

derechos, principios y garantías establecidas en el ordenamiento jurídico para las personas adultas mayores, que han sido víctimas de rechazo y aislamiento, procurando elevar el sentido de conciencia en el trato de este grupo de atención prioritaria por parte de los familiares, la sociedad y el Estado.

El envejecimiento de la población es un fenómeno global. Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) (2009) de la población nacional ecuatoriana del año 2009 que supera los 60 años, “el 53,1% son mujeres y el 46,6% son hombres” (p.5). Esto significa que el 7,2% de la población total del país eran adultos mayores. Así mismo, de acuerdo a Ferreira, C y otros (2010) en la publicación mujeres y hombres del Ecuador en cifras III señala que el INEC (2010) indica que de la población nacional ecuatoriana del año 2010 que supera los 65 años, “el 60,8% son mujeres y el 54,8% son hombres” (p. 12) y para el año 2020, “se calcula que el Ecuador tenga 1,3 millones de personas mayores a 65 años” según proyecciones del mismo Instituto.

Esta situación refleja la necesidad de analizar las diversas condiciones de vida en las que se encuentran los adultos mayores que hacen vida en la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, por lo que se acudió a un Plan de Acción para la protección del Derecho a la Vida en el Centro del Día del Buen Vivir (BV) para adultos mayores, que permita disminuir la vulneración de derechos de este grupo de atención prioritaria.

### **2. Antecedentes históricos y calidad de vida**

Es necesario señalar a Botero & Pico (2007) al referirse a las redes de apoyo social para el adulto mayor cuando afirman que:

Las redes de apoyo social con las que cuenta el adulto mayor son de naturaleza formal cuando están asociadas a lo institucional, y las informales están constituidas por la familia, familiares, los vecinos y los amigos. Las redes de apoyo primarias son de vital importancia como parte de la estructura funcional, afectiva y social (p. 11).

Las redes de apoyo social del adulto mayor son estructuras vinculadas a organizaciones públicas o privadas que trabajan de manera conjunta para brindar control de los derechos y ayuda a este grupo de atención prioritaria. Al existir estos grupos de apoyo social se podrá disminuir la violación de los derechos de las personas adultas mayores y así se asegurará una mejor calidad de vida.

La calidad de vida de una persona es el resultado de una combinación de componentes tanto objetivos y subjetivos. En este sentido, Botero & Pico (2007) expresan que: “Donde el aspecto objetivo depende del individuo (utilización y aprovechamiento de sus potenciales: intelectual, emocional y creador) y de las circunstancias externas (estructura socioeconómica, socio psicológica, cultural y política) que interactúan con él” (p. 15).

Siguiendo a los autores referidos, la calidad de vida se refiere a la satisfacción de los seres humanos en las necesidades de salud, trabajo, vivienda, buena alimentación, estado emocional, educación, entre otras y esta debería ser un objetivo primordial que se aplique en todos los países del mundo para velar de forma integral las necesidades de la sociedad. La calidad de vida también se basa en el bienestar con sí mismo, es decir, la realización de una persona a través de las capacidades o habilidades para lograr alcanzar sus metas, el aceptar y valorar a cada ser humano. Una vez que se ha podido definir la calidad de vida, es necesario realizar ciertas referencias de como ha venido siendo el trato de las personas adultas mayores desde la antigüedad.

A partir del siglo VI, una minoría de ancianos ricos buscaron en los monasterios un retiro tranquilo que les garantizase la salvación eterna. Según Martínez et al (2018) esta práctica:

Marca un hito en la historia de la vejez, pues ésta se identifica con el cese de la actividad y la ruptura con el mundo. Es el primer esbozo del asilo de ancianos, refugio y gueto a su vez. Este retiro, ahora de modo voluntario, inicia la concepción moderna del aislamiento de los viejos (p. 42).

En esta época, los ancianos más pudientes tenían la oportunidad de un retiro voluntario que les garantizaba la tranquilidad y así lograr mantener una vida digna; por otro lado, los ancianos pobres no gozaban de estas posibilidades por lo que debían trabajar hasta que sus fuerzas se lo permitían, hasta que luego quedaban en el abandono.

Siguiendo a Martínez et al (2018) el principal deseo de los ancianos es: “vivir mientras la vida valga más que la muerte en relación con la cultura propia de cada sociedad. Una vida con sentido ha de tener satisfechas las necesidades básicas tanto de tipo biológico como social” (p. 45).

En este contexto Rubio (1991) con relación a los ancianos dice que: “Con la decadencia de los sistemas oligárquicos la historia narra que en el siglo XII llegar a cumplir los 30 años de edad era alcanzar una edad avanzada. La vejez entonces tiene poca representatividad en la sociedad del antiguo régimen” (p. 22).

En este período las condiciones generales para atención a los ancianos fueron similares a la Edad Media, es decir, sin importar la edad que tenga el anciano era respetado dependiendo de la economía de cada uno. Mientras que el siglo XIX se da valor a los ancianos ya que la historia relata que en tiempos antiguos los ancianos fueron respetados.

### **3. Normas Internacionales, doctrina y jurisprudencia relativas a la protección de los derechos de las personas adultas mayores**

En relación con el derecho al cuidado Guzmán (2005) siguiendo al Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Protección a la Familia, expresa que: las personas mayores deberían lograr satisfacer necesidades básicas de alimentación, ingresos, cuidados, autosuficiencia, entre otras, y mandata el desarrollo de políticas que favorezcan la vida en sus hogares por medio del mejoramiento y adaptación de sus viviendas (p. 18).

Este Pacto Internacional de derechos establece que las familias, la sociedad y los Estados deben implementar servicios de apoyo y medidas especiales para las personas que deseen encargarse de las personas adultas mayores, para así lograr que estas personas puedan satisfacer las necesidades primordiales y aportar al mejoramiento de la su condición de vida. De acuerdo con el derecho a la integridad personal del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere a que toda persona y por lo tanto toda persona mayor debe ser tratada con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana.

Dentro de la legislación internacional, en el continente Europeo existieron legislaciones que buscaban la protección de los adultos mayores, algunas Constituciones europeas posteriores a la segunda Guerra Mundial incluyen referencias a la tercera edad similares a la que encontramos en el capítulo tercero derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, sección primera adultas y adultos mayores artículos 36 al 38 de nuestra Constitución de la República del Ecuador expedida en el año 2008, donde se reconocen los derechos, principios y garantías de las personas adultas mayores, en este sentido Álvarez (2007) sostiene que: “con el objetivo de que sean incluidos en la sociedad con un trato igualitario y sin discriminación alguna” (p. 7).

Por lo que se puede evidenciar, tanto la legislación internacional como la nacional siempre han buscado la protección e inclusión de este grupo de personas para el mejoramiento de su condición de vida, a pesar de que la sociedad no se sienta comprometida con las necesidades de atención y cuidado por su condición de vulnerabilidad. En este sentido se cita La Constitución Española de (1931) que expresa en el artículo 43 lo siguiente: “El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño”. El Estado español en ese momento histórico apuntó al bienestar de la familia, en el que consideraba a las personas ancianas, a la maternidad y a la

infancia como los grupos con más beneficios en relación con el resto de las personas que conforman una familia, por su condición de vulnerabilidad. Además, Álvarez (2007) señala que el Derecho Internacional reconocen los derechos y protección de los adultos mayores en:

La Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961, en el Convenio No.128, del 29 de junio de 1967, de la Organización Internacional del Trabajo relativo en donde se manifiesta principalmente de las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes y el Código Europeo de Seguridad Social, dado en la ciudad de Estrasburgo, el 16 de abril de 1964 (p. 6).

Los seres humanos por el hecho de haber llegado a su vejez no pueden ver limitados el ejercicio de sus derechos, tampoco es posible que exista un abandono y discriminación por parte de sus familiares, la sociedad y el Estado, porque durante toda su trayectoria de vida aportaron para el desarrollo de su familia y de la sociedad y lo correcto es que exista reciprocidad por sus años de trabajo, atención y protección que han prestado. Es por ello, que el Proyecto de Declaración *ibídem* establece:

El Adulto Mayor tiene el derecho de ser tratado como ciudadano digno y autónomo no sólo por sus méritos pasados sino también por los aportes que aún puede hacer al bienestar de la sociedad. Debe garantizarse un trato digno y no discriminatorio del adulto mayor, sin que en ello infieran consideraciones relacionadas con su edad, género, raza, nacionalidad o credo (Lara, 2002, p. 31).

El adulto mayor tiene derecho a tener una vida plena y digna considerando los aportes pasados y futuros que como ciudadano puede generar para mejorar la calidad de vida dentro de la sociedad, mediante el apoyo familiar y social por parte de las entidades encargadas de velar por los derechos de este grupo de atención prioritaria. Se debe reivindicar el derecho a vivir en una sociedad sensibilizada, es por ello que el Estado deberá educar a la colectividad por los medios que fuesen necesarios para garantizar la

comprensión y paciencia por parte de las personas al momento de interactuar con este grupo de atención prioritaria para que sean tratados con respeto y amabilidad.

Es importante recalcar el derecho a la participación, en capacitaciones brindadas por instituciones encargadas de su bienestar para mantenerlas activas y así puedan valerse por sí mismas en la sociedad para mejorar su integridad tanto física como psicológica, esto siempre y cuando el adulto mayor tenga la capacidad y la salud necesaria para desarrollar este tipo de actividades, tal como lo establece el artículo 11 del Proyecto de Declaración *ibídem*; en este sentido Lara (2002) expresa que: “El Adulto mayor tiene derecho al acceso a programas de educación y capacitación que le permitan seguir siendo productivo y ganar ingresos si él lo desea y su salud lo permite”.

Otro derecho de mayor importancia y relevancia es la jubilación nacional que se enmarca en varias opciones con respecto a la edad de retiro y tiempo de servicio para que las personas cesen de sus actividades laborales de manera total o parcial; considerando que si es de manera parcial sobrepasa de la edad mínima de retiro y el adulto mayor debe estar qué condiciones tanto físicas como de salud consideradas en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El Estado orientará medidas para que los derechos del adulto mayor sean efectivizados por parte de la sociedad y así velar por la protección física y moral de estas personas pertenecientes a este grupo de atención prioritaria logrando que no sean discriminadas o tratadas con indiferencia por parte de la familia y la sociedad en general.

#### **4. Normativa Nacional, constitución de la República del Ecuador, Ley del Anciano y su Reglamento**

En el Ecuador se reconocen los derechos, principios y garantías de las personas adultas mayores, con el objetivo de que sean incluidos en la sociedad, establecidas en el capítulo tercero de



derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, sección primera adultas y adultos mayores artículos del 36 al 38 en la Constitución de la República del Ecuador (2008), por lo que es menester citar los siguientes artículos:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores (...) recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privados. (...) El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (Asamblea Nacional, 2008).

La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que dentro del grupo de atención prioritaria se encuentran las personas adultas mayores, por lo que asegura que recibirán atención especializada y primordial en las instituciones públicas y privadas, además el Estado brindará atención especial a este grupo de personas que se encuentren en condiciones de doble vulnerabilidad, es decir, que su situación y condición de vida se ve afectada no solo por su edad sino que también adolecen de ciertas enfermedades y discapacidades que como consecuencia de ello causa un sufrimiento en el adulto mayor, a pesar de que sus derechos están reconocidos en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la práctica no se aplica y no se garantiza como lo fija el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Es necesario tomar en cuenta la definición que realiza la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 36, en donde se establece: “Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad” (Asamblea Nacional, 2008). Las personas adultas mayores tienen claramente reconocidos sus derechos por parte de la Carta Magna del Ecuador, en el artículo 11 párrafo 3 *ibidem*, se menciona como deben ser ejercidos los derechos, esto es, que los derechos son de directa e inmediata aplicación, por lo tanto estos derechos deben ser cumplidos tanto ámbito público como en el privado, especialmente porque estos derechos deberían considerarse como derechos de primera generación, esto quiere decir,

que son parte del grupo de los derechos civiles y políticos, porque fundamentalmente busca la protección del derecho a la vida es decir que son exigibles por el simple hecho de considerarse seres humanos, y no deberían haberse establecido en los derechos de segunda generación que son los económicos, sociales y culturales que dependen de una política pública financiada por el Estado para poder ofrecer el derecho a la sociedad, desconceptualizando además la garantía de aplicación directa e inmediata convirtiendo a este grupo de derechos en programáticos.

Resulta importante citar la Ley del Anciano (2016) que reconoce, las garantías básicas y calidad de vida de las personas adultas mayores, conforme lo establece el artículo 2 cuando señala que se debe: “garantizar el derecho a un nivel de vida que asegure la salud corporal y psicológica, la alimentación, la vivienda, la asistencia médica, la atención geriátrica y gerontológica integral y los servicios sociales necesarios para una existencia útil y decorosa”. Mediante esta ley el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la calidad de vida de los adultos mayores, brindándoles apoyo y servicios de entidades públicas y privadas para salvaguardar la integridad de los mismos, que debe ser garantizado principalmente por los organismos estatales y no gubernamentales. Así mismo, se establece:

El Estado protegerá de modo especial, a los ancianos abandonados o desprotegidos. Así mismo, fomentará y garantizará el funcionamiento de instituciones del sector privado que cumplan actividades de atención a la población anciana, con sujeción a la presente Ley, en especial a aquellas entidades, sin fines de lucro, que se dediquen a la constitución, operación y equipamiento de centros hospitalarios gerontológicos y otras actividades similares (art. 3).

El Estado tiene la obligación de proteger de manera prioritaria a las personas adultas mayores en condición de abandono, además de garantizar el cumplimiento de los derechos por parte de las entidades privadas con el fin de este grupo de personas gocen de los mismos derechos tanto en instituciones privadas como

instituciones públicas, siempre y cuando el objetivo de estas instituciones sea la ayuda social, y no el fin de lucro. En cuanto a la ubicación social de los ancianos se señala:

Los ancianos indigentes, o que carecieren de familia, o que fueren abandonados, serán ubicados en hogares para ancianos o en hospitales geriátricos estatales. Para el cumplimiento de esta disposición, el Ministerio de Bienestar Social, facilitará la infraestructura necesaria. Los ancianos abandonados recibirán ayuda obligatoria en los hogares de protección estatal, mientras se resuelva la pensión de alimentos y si no fuere posible determinar familiares que asuman la pensión alimenticia, éstos continuarán en los referidos hogares de protección (art. 10).

El Estado garantiza que las personas adultas mayores que se encuentran en abandono serán ubicadas en hogares de ancianos, mismos que cuentan con la infraestructura adecuada para tener una vida digna, así como también por la falta de presupuesto estatal, se ha establecido que los familiares paguen una pensión alimenticia, que deberá ser asumida principalmente por los hijos. Así, como se ha considerado el Reglamento de la Ley del Anciano cuando establece que:

Para demostrar la calidad de beneficiarios de la Ley del Anciano bastará con la presentación de la cédula de ciudadanía. Para el caso de los jubilados del IESS y beneficiarios de montepío del Estado, se aceptará como documento alterno que identifique al anciano, el carnet o credencial respectiva. Los extranjeros probarán su calidad de beneficiarios, con su pasaporte o con el certificado de Registro de Extranjeros otorgado por el Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores. A través de este reglamento menciona las entidades de ejecución, servicios y financiamiento que están a cargo de brindar la protección necesaria para así promover el buen vivir de los adultos mayores (art. 1).

A través del Reglamento de la Ley del Anciano, se establecen cuáles son las entidades que deben prestar servicios y

financiamiento y quienes están a cargo de brindar protección a los adultos mayores para el mejoramiento de la calidad de vida de este grupo, pero para acceder a estos beneficios se debería establecer procedimientos sencillos y de acceso inmediato a los beneficios establecidos en la Ley, considerando su situación de vida actual.

## 4.1. *De las personas adultas mayores*

En la Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional (2017) se ha considerado a las personas adultas mayores como: “parte de un proceso de cambio que todos los seres humanos no estamos exentos de esta parte del ciclo de vida, tales como transformación natural, dinámica, irreversible, progresiva y universal desde una edad promedio de 65 años”. Así mismo, Chawla (1988) afirma que:

“los ancianos no siempre son dependientes a causa de su decadencia física, sino que lo son frecuentemente debido a la forma cómo son categorizados socialmente y a las presiones que se ejercen sobre ellos”. Si bien es cierto que el envejecer implica un deterioro biológico, son las condiciones sociales de carencia de servicios y las ideas contenidas en el modelo médico tradicional las que restan oportunidades para que el “viejo” se mantenga activo y auto Valente. La carencia de una definición sociocultural del conjunto de actividades que serían específicas de los ancianos les hace sentirse inútiles y sin reconocimiento social (p. 6).

Los ancianos no siempre tienden a tener declinación física inmediata esto depende de las condiciones en las que vivió a lo largo de su vida es decir desde la etapa de la niñez hasta la adulta. La falta de interés social para los ancianos hace que el adulto mayor no tenga oportunidades de mantenerse en actividades que les ayude a desenvolverse en una sociedad por sí mismo, provocando en ellos un trastorno psicológico creyéndose no útiles para la sociedad y sus familiares.

## 5. De los Derechos

En el Ecuador, la Constitución Nacional (2008) establece los derechos que protegen a los adultos mayores para mejorar la calidad de vida, en este sentido señala que:

Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad (Asamblea Nacional, 2008, art. 36).

Es obligación del Estado asegurarse que esto se cumpla y no se falten a los derechos del adulto mayor, es muy importante el cumplimiento de este artículo ya que son personas expuestas a recibir maltrato de todo tipo. En cuanto a los servicios a los que pueden acceder los adultos mayores según la Constitución de la República del Ecuador son:

Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas; 2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones; 3. La jubilación universal; 4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos, 5. Exenciones en el régimen tributario; 6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley; y 7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento (Asamblea Nacional, 2008).

El Estado es el responsable de garantizar los derechos fundamentales para este grupo de personas destacándose la atención gratuita y de calidad en salud, un trabajo de acuerdo a las capacidades y una jubilación digna, descuentos en pagos de impuestos, servicios públicos y privados hasta la exoneración de pagos notariales, de acuerdo a lo establecido por la ley, se puede decir que lo establecido no se cumple en su totalidad, debido a que se puede

visualizar en las calles a los adultos mayores en plena mendicidad, rechazó y abandono.

De este modo, la sociedad debe tomar iniciativas o actividades que pueden reflejarse dentro de un plan de acción, para recuperar estos derechos que han sido olvidados. Se prohíbe el abandono parcial o total de las personas del grupo prioritario, en caso de que esto sucediera se garantiza que las personas afectadas el recibir la asistencia humanitaria preferente y especializada además protección por parte de las autoridades que brindaran alimentación, alojamiento, servicios médicos y sanitarios.

## **6. Una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas**

La ciudadanía manifiesta la importancia de que los adultos mayores cuenten con una calidad de vida digna, mediante el servicio ampliado de centros gerontológicos y el fortalecimiento de las condiciones de jubilación. Por otro lado, también se enfatiza en la necesidad de que el Gobierno implemente una política pública que permita la atención integral a grupos de atención prioritaria, a través de inversión local y la gestión de las competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (Secretaría Nacional, Plan Nacional de Desarrollo, 2017).

En el primer objetivo del Plan Nacional de Desarrollo, el Estado se responsabiliza por brindar equidad de oportunidades en la sociedad, en cuanto al adulto mayor se manifiesta que debe tener una vida digna mediante los centros de atención de los adultos mayores. Además, se acentúa en la implementación de políticas a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) para obtener una atención integral a los grupos de atención prioritaria para así garantizar los derechos de estos.

### *6.1. La igualdad*

La igualdad se refiere a tener los mismos derechos, obligaciones y deberes que la ley establece sin importar la condición, es

decir, sin discriminación de raza, nacionalidad, creencias o edad. Todas las personas son iguales ante la sociedad y ante la ley, es así como la Agenda Nacional para la igualdad intergeneracional (2014) establece:

No serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, sexo, edad, etnia, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política e ideología, situación económica, situación académica y comportamiento, orientación sexual, estado de salud, situación de movilidad humana, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares (p. 4).

### 6.2. *La no discriminación*

En este tema es menester seguir a Ruvalcaba (2005) cuando expresa sobre los adultos mayores que:

La discriminación a los adultos mayores parte de diversos factores, como son el cultural, social y económico, sin embargo, existe uno que puede ser de mayor importancia para incrementar y motivar muchas de las acciones y actitudes de exclusión; la desvalorización, es decir la construcción de un estereotipo social arbitrario e injusto (p. 58).

### 6.3. *La Corresponsabilidad*

El Estado a través de la Constitución de la República del Ecuador establece y obliga a los ciudadanos y extranjeros residentes en el territorio ecuatoriano a respetar y hacer cumplir los derechos humanos para fomentar una sociedad equitativa, consiente y solidaria con los demás, por lo que la Agenda Nacional busca implementar: “los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y la responsabilidad de respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”, con lo que marca la corresponsabilidad de la sociedad, junto al Estado en el ejercicio de los derechos”, corresponsabilidad que debe recaer principalmente en los familiares (Secretaría Nacional, Agenda Nacional para la igualdad intergeneracional, 2014).

## 6.4. *El buen trato*

El buen trato hace referencia a los grupos de atención prioritaria para que sean tratados por las personas, entidades públicas y privadas con respeto. “Es el tratamiento respetuoso y cálido en el relacionamiento entre los sujetos de distintos grupos generacionales y en cómo son tratados estos sujetos en los servicios públicos y privados.” (Secretaría Nacional, Agenda Nacional para la igualdad intergeneracional, 2014).

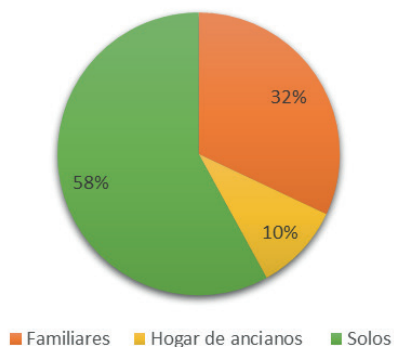
Luego de escudriñar las bases normativas dentro del ordenamiento jurídico nacional surgen las siguientes interrogantes que estructuraron la encuesta dirigida a adultos mayores que habitan en la Ciudad de Ibarra para obtener datos relacionados con este tema: ¿Qué planes realiza el GAD Municipal de Ibarra para los adultos mayores? ¿Cuáles son las políticas públicas que garantizan el GAD Municipal de Ibarra para los adultos mayores? ¿Existen políticas proyectadas para las personas adultas mayores? ¿Qué departamento es el encargado de garantizar los derechos de los adultos mayores? ¿Qué beneficios obtienen los adultos mayores por GAD Municipal de Ibarra y otras instituciones adscritas a esta institución pública? ¿Conoce usted que normativa internacional y nacional garantizan los derechos de los adultos mayores? ¿Cree usted que debería implementarse dentro de la GAD Municipal de Ibarra un plan de acción para mejorar la condición de vida y de trato de las personas adultas mayores? ¿Cree usted que la ciudadanía debe hacer conciencia, a través de un plan de acción donde se establezca la situación de vulnerabilidad y abandono de las personas adultas mayores?



## 1. ¿Con quién vive usted?

CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Familiares	32	32%
Hogar de ancianos	10	10%
Solo	58	58%
Total	100	100%

Gráfico 1: Vivienda de las personas adultas mayores



Elaborado por: Los autores.

De acuerdo a la encuesta aplicada se determinó que el mayor porcentaje de la población adulta mayor vive en sus hogares solos de los cuales un grupo han sido abandonados por sus familiares y otro grupo viven solos por decisión propia; por otro lado un mínimo porcentaje de las personas de este grupo de atención prioritaria viven en hogares de ancianos mismos que han sido acogidos de las calles, otros han sido desamparados por sus familiares y muchos de estos nunca volvieron a saber de sus descendientes.

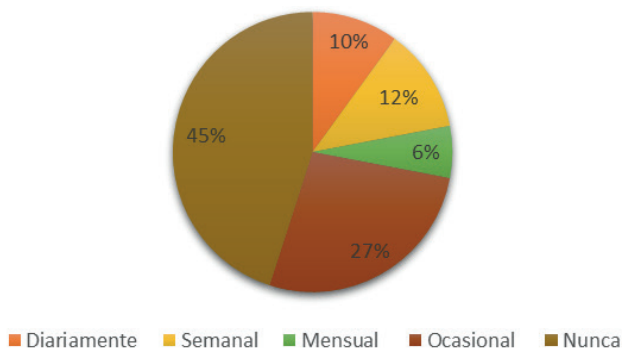
## 2. ¿Con qué frecuencia le visitan sus familiares?

CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Diariamente	10	10%
Semanalmente	12	12%
Mensual	6	6%
Ocasionalmente	27	27%
Nunca	45	45%
Total	100	100%

**Elaborado por:** El autor.

**Fuente:** Encuesta aplicada 2018.

**Gráfico 2: Frecuencia le visitan sus familiares**



**Elaborado por:** Los autores.

De acuerdo con la investigación realizada a los adultos mayores se pudo determinar que el 45% de la población tomada como muestra nunca reciben visitas por parte de sus familiares debido a que viven solos y han quedado en el total abandono mientras que otras personas no tuvieron hijos y por ese motivo estaban totalmente solos; por otro lado, el 6% de la población reciben visitas mensualmente ya que sus familiares viven en otras ciudades y vienen a visitarles muy poco.

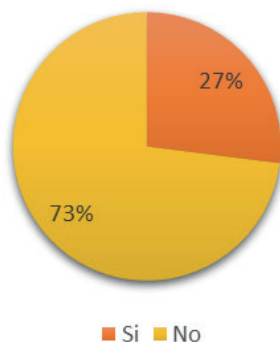
### 3. ¿Su familia considera su opinión al momento de tomar una decisión?

CATEGORÍA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	27	27%
No	73	73%
Total	100	100%

Elaborado por: El autor

Fuente: Encuesta aplicada 2018

**Gráfico 3: Opinión al momento de tomar una decisión**



Elaborado por: Los autores.

Según la información obtenida por medio de las encuestas se precisa que la mayoría de los adultos mayores no son considerados al momento de tomar una decisión en la familia esto se debe a que estas personas viven solas; mientras que un porcentaje mínimo si contemplan la opinión al momento de tomar una decisión en la familia, tomando en cuenta que este grupo de personas son las que viven con sus familiares.

## 7. Análisis y discusión de resultados

Con base a los resultados en las entrevistas realizadas a las autoridades y funcionarios del GAD Municipal de Ibarra, se pudo evidenciar que no existe una información homogénea respecto a las actividades y proyectos que se están impulsando para ejemplificar en relación a la infraestructura del centro gerontológico que se está construyendo, unos manifiestan que ya existe la infraestructura de

la piscina y los espacios complementarios como áreas médicas, talleres, terapias, espacios cerrados, abiertos, que enfocan a la protección y atención integral para las personas adultas mayores; mientras que otras autoridades aseveran que la infraestructura únicamente se encuentran en obra negra y que la obra se encuentra paralizada por falta de interés de la autoridad y sobre todo por falta de presupuesto, ya que en éste tiempo es muy complicado, puesto que se trata de un año meramente electoral y se han redireccionando los recursos dependiendo del interés de la primera autoridad, sin tomar en cuenta las necesidades que tienen los centros gerontológicos.

Otro resultado encontrado se refiere a las condiciones de vida en las que se encuentran los adultos mayores y las vulneraciones a las que se exponen, tanto en el ámbito público como privado, la mayoría de este grupo de personas sufren de abandono, principalmente por sus familiares, no existen proyectos y programas que faciliten una atención integral gratuita, aparte de ello se desconocen los beneficios de seguridad social y otros estipulados en las leyes ecuatorianas por lo que no acceden fácilmente a los mismos.

Existe un deterioro generalizado en la salud del adulto mayor, impidiendo su autonomía e independencia, de igual manera las personas adultas mayores son expuestas a constantes discriminaciones y maltratos tanto de sus familiares como de la sociedad en general. En relación a la posición de los familiares y la sociedad civil sobre los derechos de los adultos mayores, manifiestan que desconocen los derechos, las leyes y los beneficios que tienen por parte del Estado al ser parte del grupo de atención prioritaria, únicamente han sido beneficiarios en algunos casos con la alimentación y la vestimenta de forma esporádica, mientras que el cuidado está limitado por el poco tiempo del que disponen los familiares y en la mayoría de los casos los adultos mayores se sienten como un estorbo, y esto les ha llevado a una depresión y desvaloración de su vida al considerarse no importantes dentro de sus familia y sociedad después de haber entregado muchos años de trabajo mismos que nos han sido reconocidos.

## 8. Plan de Acción

ESTRATEGIAS	ACTIVIDADES	FECHA INICIO	FECHA FIN	RESPONSABLE
Crear instrumentos que garanticen la implementación de planes de promoción de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores.	Sugerir a las autoridades el mejoramiento en la infraestructura adecuando espacios para talleres en distintas áreas, baños y comedores con suficiente espacio para el desplazamiento, pasillos amplios para una silla de ruedas, rampas, iluminación y ventilación.	15/08/2018	15/09/2018	Autoridades del Centro Gerontológico  Cristhian Tambaco
Presentar iniciativas intersectorialmente para la mejora de las condiciones de vida.	Definir un portafolio que contenga los servicios de atención y los documentos del estado actual de las personas adultas.	1/10/2018	31/10/2018	Autoridades del Centro Gerontológico
	Coordinar bailo terapia caminatas excursiones para la integración con sus familiares.	15/10/2018	15/11/2018	Autoridades del Centro Gerontológico
Coordinar la adecuada implementación de las normas técnicas en el Centro Gerontológico	Coordinar capacitaciones con sus familiares para que accedan a los derechos de: rebajas en el transporte, exoneración del pago por costos notariales y registrales, tributario, al voto facultativo.	3/12/2018	20/12/2018	Autoridades del Centro Gerontológico  Cristhian Tambaco

## 9. Conclusiones

Revisado el ordenamiento jurídico Internacional que establecen y regulan los derechos de las personas mayores, se concluye que:

El problema actual no es sólo suministrar protección y cuidados al adulto mayor, sino asegurar su intervención y participación útil y protagónica en la sociedad. Es por ello, que se considera necesario y urgente la implementación del Plan de Acción por parte de las autoridades en el Centro Gerontológico del día del Buen Vivir de Ibarra, como el encargado del cuidado de estas personas, lográndose mejorar sus capacidades físicas y psicológicas, generándose un ambiente de confianza en los usuarios del servicio y sus familiares.

Con las actividades establecidas en el Plan de Acción, se fortalecerá la atención institucional; es decir, la forma de escuchar las inquietudes, sugerencias y quejas por parte de los familiares de los adultos mayores que ingresen en el Centro. De esta manera, se podrán tomar acciones correctivas para la planificación subsiguiente. Por lo tanto, se requiere que, junto con el reconocimiento de sus libertades esenciales, estas personas puedan disfrutar del ejercicio de sus derechos sociales, de manera de lograr envejecer con seguridad y dignidad, lo que exige un papel activo del Estado, la sociedad y de sí mismas.

Se puede afirmar que: existe una falta de coordinación entre las diversas autoridades que reconocen los aspectos sectoriales de este grupo, y debido a ello se evidenció que: los adultos mayores se encuentran desvalorizados en la sociedad Ibarreña, en el entendido de que no sienten el efecto de las políticas públicas generadas para ello. Como consecuencia de ello, se debe revisar que no existe un único paradigma de la vejez ya que esta alude a una realidad multifacética atravesada no solo por el paso del tiempo, sino también por aspectos fisiológicos, sociales y culturales, tal como sucede en Ibarra y sus particularidades.

La situación de las personas mayores en Ibarra puede calificarse de heterogénea, pero en general distan mucho de disfrutar de una calidad de vida acorde a sus necesidades de ingresos, salud, autonomía e integración intergeneracional, en parte por falta de organización institucional y por desapegos familiares.

# Derechos de los privados de la libertad: Desde el garantismo

Álvaro Francisco Román Márquez<sup>104</sup>

## Resumen

El presente artículo tiene como finalidad, exponer como se han violentado los derechos de los privados de libertad, como se han activado las garantías, pero al mismo tiempo como la administración de justicia no ha cumplido su deber de protección, sino más bien se ha seguido violando los derechos. Se ha logrado visibilizar los derechos, con la finalidad de denunciar y tratar lograr de reformar o modificar las prácticas. Se han logrado en la Corte Constitucional como garante de los derechos y de la propia Constitución. Por ese motivo, se legitima que los privados de libertad se les haya incluido en los grupos de atención prioritaria. Y por lo mismo se debe seguir vigilando para deslegitimar las acciones y omisiones que los funcionarios públicos ejecutan para violentar los derechos de estas personas.

**Palabras claves:** Garantismo, personas privadas de libertad, derechos, atención prioritaria, tortura y afectación de derechos.

**Sumario:** 1. El garantismo “la ley del más débil”, los derechos de los privados de libertad. 2. Los derechos a la integridad física, la tortura de los privados de libertad, análisis jurídico dogmático. 3. Los derechos y las garantías de los privados de la libertad: estudios de casos. 4. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

El presente artículo tiene como finalidad delimitar los derechos de las personas de atención prioritaria entre ellos los privados

---

104. Autor: Álvaro Román Márquez, Docente de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito. En las materias de Derecho Penal, Teoría del Delito. Magister en Derecho con mención en Constitucional (UASB), Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, (UCE). Doctorando en Derecho por la UASB. Abogado en libre ejercicio de la profesión.

de libertad, en ese sentido, en un primer momento lo que se realizará es conceptualizar brevemente el modelo explicativo del garantismo, para poder entender las categorías que se requieren delinear, encontrando que esta teoría tiene como fundamento a la “la ley del más débil”.

Bajo este principio resumen, se logra entender que existe una persona frente al poder, que debe ser considerada como débil, y por lo mismo se deben construir categorías como los derechos y las garantías, que sirvan de límite y vinculación a cualquier violación de derechos.

Y las garantías serán esas herramientas que determinen la visibilización, denuncia, empoderamiento y transformación de las violaciones de los derechos de las personas privadas de libertad. Para que el Estado y sus funcionarios cambien sus “malas prácticas” y comiencen por respetar y poner en vigencia los derechos humanos.

## *1.1. Garantismo “la ley del más débil”, los derechos de los privados de libertad*

El garantismo se la conoce como teoría crítica, para ser comprendida como tal tiene como postulados objetivos los siguientes: 1. La visibilización de lo oculto de lo que niega el poder o el grupo hegemónico; 2. La demanda o denunciar; 3. Empoderarse de esas violaciones para denunciarlas y no permitir que sigan; y, 4. Modificar el comportamiento de quienes violentan derechos con las acciones normativas y las garantías.

Por eso, el objetivo será siempre dar a conocer las formas que usa el poder hegemónico para negar la violación de derechos, en especial de las personas privadas de libertad, posteriormente, cuando se descubre dichas violaciones hay que denunciarlas por vía de garantías jurisdiccionales, en ese momento se debe lograr que la ciudadanía entienda esas violaciones para lograr que se transforme esa realidad, sea mediante la implementación de



políticas públicas, cambios normativos y capacitación para la no repetición de la violación de esos derechos.

Debemos realizar una brevemente explicación de ¿cuáles son los postulados que integran el garantismo? para poder saber y luego aplicarlos. Por ello, debemos partir del principio resumen, que es el contenido sustancial del garantismo, este es, la “ley del más débil”.<sup>105</sup>

En primera fase, esta aproximación del garantismo está con el ciudadano o con el débil en la relación con quien ostenta el poder sea este público o privado, ya que, este segundo tiene la probabilidad de hacer un ejercicio sin reconocer límites, abusando del mismo frente a quien no lo tiene en este caso el ciudadano.

Ese orden de ideas, el garantismo, emerge como la construcción de ideas sistematizadas, que, ante la realidad y experiencia de las violaciones de parte del poder de los derechos humanos de los ciudadanos, entregar las herramientas para que el ser humano utilice para contener, visibilizar y transformar en su favor, el reconocimiento y vigencia de los derechos construidos por las luchas sociales en este proceso histórico, y que el estado en los cuerpos normativos los ha ido reconociendo como tales.

Por esa razón, los derechos serán el fundamento, el núcleo duro en esta construcción teórica, desde los cuales se deriven todas las actuaciones de la vida cotidiana entre los seres humanos y más aun de quienes tienen el poder, por esa razón el garantismo es una construcción desde abajo, esto es, preocupándose de los derechos de los ciudadanos, los olvidados, los vulnerables, oprimidos, en resumen de los más débiles, ya que son ellos deben ser protegidos del poder, y especialmente del ius puniendi. Por eso los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la propia Constitución ecuatoriana, a determinado que el Estado

105. Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil* (Valencia, editorial Trotta, 2001) 37.

tiene como deber esencial garantizar la plena vigencia de los mismos<sup>106</sup> y no violentarlos.

En un segundo momento, el garantismo como construcción normativa, a más de reconocer el positivismo jurídico, también se construye desde el normativismo, es decir, en función de los derechos, que son esa motivación ética que le van a servir para legitimar al poder punitivo estatal del porque su intervención, convirtiéndose en un límite y vinculación en todas las actuaciones en búsqueda del respeto y vigencia de los derechos.

El tercer ámbito, debemos entender que no es suficiente una teoría abstracta, universal, e ideológica que defienda los derechos, porque sería declarativa, inútil sin ninguna aplicabilidad en la realidad. Para evitar esto, el garantismo es una ley de la divergencia<sup>107</sup> entre la norma primaria y la norma secundaria, o entre la norma tética y la norma hipotética con la realidad en concreto. Como consigue romper esta divergencia, construyendo instituciones jurídicas, que se convierten en esas herramientas al servicio del débil o del oprimido, en su busca de ese mundo utópico, que es buscar la vigencia o el respeto de los derechos humanos por los poderes y los ciudadanos, estas instituciones son las garantías, que, en la constitución ecuatoriana, son la jurisdiccionales, de políticas públicas y las normativas.<sup>108</sup>

Este último momento, el garantismo se convierte en una teoría crítica o de metalenguaje o en ese deber ser o en esa utopía, ya que cumplirá su tarea de visibilizar las violaciones de los derechos que se ocultan en los cuerpos normativos, en las actuaciones que realiza el poder y que en forma muy hábil pretende ocultarlas, es ahí que el garantismo hará la denuncia para que los ciudadanos se apoderen y comprendan de esas violaciones para lograr la

106. Art. 1 de la Convención Americana de Derecho Humanos y Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

107. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, (Valencia, editorial Trotta, 2001) 851.

108. Arts. 84, 85 y 86 de la Constitución de la República del Ecuador.

transformaciones para evitar la violación de los derechos y que el poder siga violándolos.

La Constitución ecuatoriana, se adhiere a este modelo explicativo garantista, y por lo mismo, tiene como punto de partida el reconocimiento de la dignidad humana y de los pueblos,<sup>109</sup> y la ética laica<sup>110</sup> como los principios éticos, constituyéndose en las normas regulativas que deben guiar las acciones de todos quienes conformamos la sociedad ecuatoriana. Sin olvidarnos el buen vivir como el criterio objetivo de la construcción del estado intercultural. Estos son los ejes transversales que deben constituirse en fundamentales.

En función de lo anterior, la Constitución se convierte, ya no solo en un cuerpo normativo declarativo y programático, sino en una norma jurídica de aplicación directa e inmediata, así mismo en límite y en una vinculación material o sustancial en la toma de decisiones del poder público y privado, por lo que pasas a ser en fuente de fuente.<sup>111</sup> Sin olvidarnos que los derechos están descritos en la constitución y por lo mismo se deben construir los mismos respetándolos y demostrando que tiene vigencia cotidiana. La constitución y los derechos se convierte en límite al poder para que no realice lo que puedan hacer y vinculación en que no puede violarlos sino hacerlo sus actividades en buscar la vigencia de los mismos.

En ese sentido, los derechos tienen la siguiente estructura, según Robert Alexy, citado por Rodolfo Arango: 1. Es un derecho subjetivo, es decir es la facultad que tiene el ser humano de gozar sobre algo. 2. Siempre hay un obligado, en este caso el Estado como poder punitivo de abstenerse o de realizar acciones para el goce de derechos y 3. La exigibilidad de los derechos al momento de ser violentados.

---

109. Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador, con lo que se constituye en esos valores fundamentales.

110. Artículo 3 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

111. Artículo 84 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

En ese orden de ideas, en primer lugar nuestra norma constitucional, ha reconocido esa facultad y ha ubicado a las personas privados de libertad en los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria,<sup>112</sup> haciendo una interpretación de la norma suprema, los derechos son de igual jerarquía,<sup>113</sup> pero dentro de la igualdad, existe grupos que están en una desigualdad permanente, o son más vulnerables que otros o cuando deban ser atendidos o aplicados sus derechos en los casos concretos estos deben recibir una atención preferente frente a otros que tienen otras condiciones sea de vida, integridad física, libertad personal o de movilidad. Es por ese motivo que la propia norma constitucional realiza una diferencia y considera razonable una discriminación entre los seres humanos.

Los derechos de las personas privadas de la libertad, en el cuerpo normativo constitucional, se han determinado a más de los que como ciudadano o como ser humano también los tiene, los derechos que deben tener en forma específica, como son la comunicación con sus familiares y abogado; el no ser sometido a aislamiento como sanción disciplinaria; tener la libertad de comunicar a los jueces sobre el trata recibido; el de contar con recursos humanos y materiales para los casos de enfermedades; la atención de sus necesidades laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas, la atención a las madres en estado de gestación, lactancia. A las personas adultas, enfermas o con discapacidad y por último la protección de los niños, niñas o adolescentes que estén bajo su cuidado y dependencia.<sup>114</sup>

Es importante haber determinado, cuales son estos derechos, ya que con ello estas personas conocerán que los protege y podrán reclamar frente a las autoridades que ejercen su custodia, en ese

---

112. Capítulo III, artículos 35 a 55 de la Constitución de la República del Ecuador. Estos grupos o personas de atención prioritaria son: personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad.

113. Artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

114. Artículo 51 de la Constitución de la República del Ecuador.

caso se estaría cumpliendo el segundo elemento de la estructura del derecho que el Estado está obligado a garantizar esos derechos.

Y por último, el tercer elemento que es la exigibilidad de los derechos, es justamente para visibilizar el abuso del poder podrán ser reclamados por medio de las garantías, como la acción de protección, de incumplimiento de norma, de sentencia, extraordinaria de protección, hábeas data, acceso a la información pública.

Además, sin olvidarse la tutela efectiva para presentar las impugnaciones de los actos administrativos que regulan sus comportamientos y que pueden ser sujetos de sanciones administrativas disciplinarias dentro del sistema de ejecución de la pena. Que los mismos pueden ser presentados ante los jueces de ejecución penitenciarios para que realice su control de legalidad y los jueces constitucionales el control de constitucionalidad en cuanto a la violación de sus derechos.

Tampoco se debe dejar de lado, las visitas periódicas que los jueces penitenciarios deben realizar para vigilar y hacer seguimientos del respeto de sus derechos, situación que debe ser comunicado al Consejo de la Judicatura, para que se evalúen aquello, para que se tomen decisiones de políticas públicas en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad, así como hacen un seguimiento de prevención de la tortura, tratos o sanciones degradantes, por eso el derecho de comunicarle al Juez de su trato recibido durante su permanencia en los lugares de privación de libertad, sean estos de aseguramiento cuando son aprehendidos en delito flagrante, o por detención o prisión preventiva en los centros de detención provisional, o en los que cumplen sus penas privativas de libertad como los centros regionales.

Debemos tener presente que, estas personas a pesar que están privadas de su libertad de movilidad o personal, no dejan de ser humanos y que les protege la condición de dignidad humana, como el deber de respetarlos por el solo hecho de ser personas. Al igual que no se les puede instrumentalizar como ejemplo a otras, sino considerarlos como un fin en sí mismo, sin necesidad

de explicación. Cuando se entienda esto, y en especial el respeto que se merecen, iremos logrando se superen las discriminaciones que ciertos grupos exigen sin importar la estigmatización, el etiquetamiento que se hacen de estos seres humanos.

Por eso la sociedad ecuatoriana en la Asamblea Constituyente del 2008, en la norma constitucional se los ubicó como un grupo de atención prioritaria, por el mismo hecho de que se encuentran en una situación de olvido por la propia sociedad, además, están en una potencial, porque no decirlo en una real y permanente indefensión frente al poder estatal y sus custodios.<sup>115</sup> Encerrados y restringidos, suspendidos sus derechos que mediante sentencia se ha determinado como son la libertad, propiedad y derechos políticos.

## **2. La integridad física, la tortura en los privados de la libertad, análisis dogmático jurídico**

Se ha seleccionado los derechos de integridad física, en relación con la tortura, tomando en cuenta que los privados de libertad, están muy próximos a ser sujetos de formas de tortura, por las mismas condiciones de subordinación y aislamiento que se encuentran determinado por la propia sociedad, en una forma forzada que deben hacerlo y cumplirla.

El derecho a la integridad personal, comprende la física, psíquica, moral y sexual, se ubica en el texto constitucional en los derechos de libertad.

Que debemos entender como integridad, en un primer momento, es lo que debe estar completo en ningún momento puede ser

---

115. Esta afirmación se puede sustentar en los diversos testimonios que se tiene de clientes en los 28 años de profesión, que, desde la aprehensión por parte de los miembros de la Policía Nacional, el ingreso en el sistema carcelario es traumatizante, los malos tratos verbales, físicos, los tratos degradantes al entregar la información personal a quienes deben recibir dicha información. La venta y futura extorsión en el interior de los pabellones, el pago por la “protección” de la integridad física y de la vida, esto a paciencia de las autoridades. El pago de “privilegios” y el permanente abuso de los custodios para los informes de buena conducta que sirva para los futuros tramites de los sistemas abiertos o semiabiertos.

menoscabado, disminuido o destruido en ninguna de esos ámbitos, el Estado ecuatoriano debe garantizar la plena vigencia de los derechos de las personas privadas de libertad, ya que tiene deberes de índole internacional, y por lo mismo de responsabilidad si se llegan a producir cualquiera de las violaciones de los derechos de estas personas.

Las instituciones públicas encargadas, tienen deberes determinados en las normas constitutivas y regulatoria de acción, para procurar la debida diligencia de que no sea alterado por ninguna acción u omisión de los funcionarios públicos o de algún privado que pueda producir dicha afectación, es decir, que no se puede realizar acciones que produzcan lesiones físicas corporales, mediante cualquier clase de castigo, ni que llegue a ser torturados, desaparecidos o sometidos a tratos o penas crueles.

Al mismo tiempo, en el ejercicio del poder punitivo de carácter disciplinario, debe coexistir con el derecho al debido proceso, al principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) en ese sentido en la actividad de control real y personal en cada uno de los pabellones con el uso progresivo de la fuerza para las personas encargadas de la custodia de los centros de privación de libertad, sea el cuerpo de custodia penitenciaria, Policía Nacional o las Fuerzas Armadas.

Que la neutralización a la que son sometidos en cualquier momento sea este de una pelea, actos de violencia o motines que se han dado, el Estado en el uso legítimo de la violencia estatal o del poder punitivo debe ser en uso de lo que ha mencionado. Cualquier abuso, cae en responsabilidad individual de las personas que haga actos de afectación a esos derechos y más aún contra el Estado internacional por la violación de los Tratados, protocolos y resoluciones internacionales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así mismo, no pueden ser sometidos a tratos que afecten la integridad psicológica, que afecten su personalidad, como degradantes, menosprecio, vejámenes, es decir violencia psicológica.

Tampoco pueden afectarse su integridad sexual, siendo víctimas con actos de violencia, acoso o abuso sexual, tampoco ser víctimas de explotación de índole sexual o laboral.

En definitiva, que no afecten a su dignidad humana, cosificándolos en la relación que existe entre el poder estatal y el ciudadano en su condición de débil. Es decir, que tenga a su autodeterminación dentro de la privación de libertad personal o de movilidad, y deben ser respetados como personas que son.

Una de las formas que puede ser afectado estas personas privadas de la libertad puede ser por medio de la tortura, por los tratos o penas degradantes. Por eso, a continuación haremos una aproximación de la primera para poder entender mejor y fruto ello luchar por esas personas vulnerables que se encuentran en los lugares bajo la directa acciones u omisiones y sin la debida protección de sus derechos en los centros privativos de libertad.

La preocupación de eliminar y desterrar la práctica de la tortura ha sido una preocupación desde el nacimiento de la modernidad europea. Ya que en la edad medieval la tortura se constituyó en una práctica cotidiana, la Santa Inquisición la utilizó como medio de obtener la prueba del pecado, por castigo en este ámbito se desarrolló diversos artefactos que servían para producir sufrimientos físicos y psicológicos; y por último lo utilizó como pena.

La tortura ha sido utilizada por gobiernos autoritarios, con la finalidad de someter a sus adversarios políticos, por medio de los organismos de seguridad estatal para la lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, delitos sexuales. Es decir, que no se ha logrado erradicar esta mala práctica en la obtención de información en unos casos o de eliminación en otros.

Es orden de ideas, la prohibición o la erradicación de la tortura como práctica se convirtió en una norma de ius cogens por lo mismo de aplicación general, que en forma cotidiana se fue haciendo



una práctica en todos los Estados. Es así que, al ser una norma de *ius cogens* es una norma imperativa que debe ser aplicada en forma directa sin necesidad de convencionalidad.

Un amplio desarrollo normativo de índole internacional se ha generado para la prevención de la tortura como es la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura (1975) y la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumano o degradantes de las Naciones unidas de 18 de diciembre de 2002 y que está en vigencia el 22 de junio de 2006. El Ecuador fue ratificado en el año 2010.

Para poder hacer un seguimiento de la prevención y erradicación de la tortura fue creado el Subcomité para la prevención de la Tortura, este organismo internacional puede hacer investigación visitando el sitio para verificar como el Estado está implementando políticas de prevención y de erradicación de la tortura. En el Ecuador, en el Código Penal que estuvo vigente hasta 10 de agosto de 2014, tipificaba solo como un delito que se ejecutaba en contra de los detenidos, pero no como delito contra los derechos humanos ni contra el derecho internacional humanitario.

Actualmente la tortura se encuentra en varios tipos penales del Código Orgánico Integral Penal, la tortura como un delito de lesa humanidad en el Art. 89, debe ser como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; como delito contra el derecho internacional humanitario en el Art. 119, debe ser cometido en ocasión de conflicto armado; y por último, bajo el Bien jurídico de la integridad física en el Art. 151, en este texto legal puede ser sujeto activo un ciudadano particular como el servidor público, en el segundo caso es un delito especial impropio.

En los instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, “amplia el

ámbito de protección, al disminuir elementos y ampliar las posibilidades de comisión de esta conducta”.<sup>116</sup>

Para lograr entender la totalidad del delito y sus elementos de mejor manera, se observará detenidamente la definición de tortura, iremos desarrollando como se entiende tomando como base los principales instrumentos universales sobre la materia, así como también la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, más reciente que las dos anteriores y la tomada por nuestra legislación ecuatoriana.

La tortura es sinónimo de tormento, crueldad, martirio, dolor o grandes aflicciones. En general, es toda aplicación de dolores con el fin de obtener ciertas declaraciones o de infringir a una persona por su situación de privación de libertad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1975 aprueba la Declaración sobre la protección a todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y lo define como:

todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

El 10 de diciembre de 1984, se aprueba la convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por la

---

116. Alberto Ulises Quero García, Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura, obra colectiva Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cord. Guillermo Estada Adán y Carlos de Casadevante Romani. (México, editorial Porrúa, 2014). 252.

Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece en su artículo 1:

Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En ese orden de ideas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 9 de diciembre de 1985, amplía el ámbito, y considera para que existe tortura debe cumplirse los siguientes criterios: 1. Deber ser un acto intencional mediante el cual se inflige dolor y sufrimientos físicos y mentales, la aplicación sobre una persona de métodos tendientes para anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica; 2. Debe ser cometido con un propósito de una investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin (entre otros, castigo personal o intimidatorio) o intencionalmente (por ejemplo, para producir cierto resultado en la víctima); 3. Debe ser cometido por un funcionario público o por un particular actuando por instigación de aquel.<sup>117</sup> 4. Quedan excluidas las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencias de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación que constituya tortura.

117. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.970, Informe Nro. 5/96, Raquel Martín de Mejía (Perú), informe sobre terrorismo y derecho humanos.

Con esos criterios valorativos nos ayudarán a realizar a delimitar el objeto de estudio el ¿cómo debemos entender a la tortura? Así mismo, haremos un estudio y análisis de cada uno de los criterios expuestos tanto en las normas como en el informe de los organismos internacionales de Derecho Humanos.

## 2.1. *Bien jurídico*

La tortura se presenta como un delito pluriofensivo, es evidente que afecta la libertad, integridad personal, cuando se habla de tratos inhumanos o crueles, hasta el punto de llegar a atacar al bien jurídica vida, y por último es una agresión a la dignidad humana.<sup>118</sup> A la integridad personal como a la salud, bienestar personal, en conclusión, a la humanidad de la persona. De tal modo que el delito de tortura se configura no solo como un ataque a bienes jurídicos elementales, si no, niveles detestables del abuso de la autoridad pública o privada.

## 2.2. *Elemento material. Intensidad del sufrimiento*

El criterio de imputación de carácter normativo, es la gravedad de los sufrimientos físicos o mentales infligidos de manera voluntaria a una persona constituyen el elemento material de la tortura y permite diferenciarla de otras categorías que le son próximas, como los tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>119</sup>

La gravedad del sufrimiento se valora, no solo con los términos tradicionales que son la intencionalidad del acto y la ejecución de penas o sufrimientos físicos o mentales, sino, además, todos aquellos “métodos tendentes a anular la personalidad física o mental, aunque no causa dolor físico o angustia física” a la víctima.

118. Felipe Villavicencio Terreros, Derecho Penal, parte especial (Lima, editorial Grijley, 2014) 51.

119. Alejandro Ramelli Arteaga, La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, (Bogotá, editorial Universidad Externado de Colombia, 2008) 189.

Es decir, serán las formas o modos como se ejecuten la tortura en la búsqueda de anular, impedir o eliminar la personalidad y/o su condición de ser humano.

No existe el nivel como debe entender la intensidad del sufrimiento, para lo cual debe considerarse las circunstancias de cada caso y en particular como lo explica Diana Hernández Hoyos, citando la sentencia del Tribunal Internacional Penal de la ex Yugoslavia,

se debe tener en cuenta la naturaleza y el contexto en que se infringe el dolor, la premeditación e institucionalización del maltrato, la condición física de la víctima, la manera y métodos empleados, la inferioridad de la víctima. El efecto físico o mental de trato dado a la víctima, la edad, el sexo, estado de salud. Incluso si el maltrato ha ocurrido durante un periodo de tiempo prorrogado. Así mismo, el sufrimiento puede ser exacerbado por las condiciones sociales y culturales, y de que deben tomarse en cuenta los antecedentes específicos sociales, culturales y religiosos de las víctimas, cuando se determine la severidad de la conducta que se alega.<sup>120</sup>

Los medios tendientes a causar sufrimientos físicos o mentales, fueron citados por el Relator Especial de la Naciones Unidas sobre la Tortura, como los actos que ocasionan sufrimientos propios de la tortura para el común de los seres humanos:

las golpizas, la extracción de uña, los dientes, etc. Las quemaduras, las descargas eléctricas, la suspensión, la sofocación, la exposición a la luz o ruido excesivo, la agresión sexual, la administración de drogas en instituciones de detención o psiquiátricas, la negación prolongada del descanso o el sueño, de los alimentos, una higiene suficiente o la asistencia médica, el aislamiento y la privación sensorial totales, la detención en constante incertidumbre en términos

---

120. Diana Hernández Hoyos, Derecho Internacional Humanitario: Corte Penal Internacional, su estructura y sus funciones. Pronunciamientos de Tribunales Internacionales y de la CPI. (Bogotá, editorial Ediciones Nueva Jurídica, 2002) 436-437. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, 30 de noviembre de 2005, caso Lima et al.

de espacio y tiempo, la amenazas de torturas o de muerte de familiares y las ejecuciones simuladas.<sup>121</sup>

El Comité de los Derechos Humanos de la ONU además de las golpizas, incluye las

descargas eléctricas y las ejecuciones simuladas, el obligar a los detenidos a permanecer de pie por periodos extremadamente prolongados, y mantenerlos incomunicados por más de tres meses con los ojos vendados y las manos atadas, dando lugar a las parálisis de miembros, lesiones en piernas, sustancial pérdida de peso o infección en los ojos.<sup>122</sup>

Frente a los interrogatorios y la privación de la libertad consideran que constituyen actos de tortura o tratos inhumanos, entre otros:

la detención prolongada con incomunicación; el mantenimiento de los detenidos encapuchados y desnudos en las celdas e interrogarlos bajo los efectos de pentotal; la imposición de una alimentación restringida que cause desnutrición; la aplicación de choques eléctricos en una persona; sumergir la cabeza de una persona en el agua hasta el punto de asfixia; pararse encima o caminar sobre las personas; las golpizas, los cortes con trozos de vidrio, la colocación de una capucha en la cabeza de una persona y quemarla con cigarrillos encendidos; la violación; la simulacros de entierros y ejecuciones; las golpizas y la privación de alimentos y de agua; la amenazas de la extirpación de partes de cuerpo, la exposición a la tortura de otras víctimas; la amenazas de muerte.<sup>123</sup>

En ese sentido de acuerdo al informe de Amnistía Internacional del 2014, se determinó la existencia de 27 métodos utilizados en todo el mundo, siendo estas técnicas durante años:

1. Palizas
2. Descargas eléctricas
3. Posturas en tensión
4. Aislamiento prolongado
5. Latigazos
6. Simulacros de ejecución

121. *Ibidem*, 437.

122. *Ibidem*, 437.

123. *Ibidem*, 437.

7. Tortura por agua / asfixia 8. Inserción de agujas bajo las uñas 9. Quemaduras de cigarrillo 10. Apuñalamiento 11. Obligar a beber agua sucia, orina y productos químicos (conocido como “el paño” o chiffon) 12. Privación del sueño 13. Privación sensorial 14. Aborto y esterilización forzados 15. Violación / amenaza de violación 16. Humillación 17. Amenazas de violencia a la persona privada de libertad / a su familia 18. Administración forzada de drogas 19. Condiciones de detención inhumanas 20. Privación de la comida y el agua 21. Castigos corporales judiciales 22. Obligar a musulmanes a afeitarse la barba 23. Someter a las personas privadas de libertad a largos periodos de calor o frío extremo 24. Verter agua hirviendo sobre la piel. 25. Taladrar las articulaciones 26. Negación de la asistencia médica 27. Verter plástico fundido sobre espalda de la persona privada de libertad.<sup>124</sup>

Es por eso, que el sistema interamericano, estos modos de ejecutar sufrimiento deben “anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, para Alejandro Ramelli Arteaga considera que no se podría aplicar los criterios europeos con los americanos por considerar que estos últimos tiene mayor amplitud.<sup>125</sup>

Es decir, que, para poder delimitar la conducta, debemos fijarnos dos tipos de parámetros, el interno y externo. Para el primero, debemos considerar en consecuencia variables, son la naturaleza de los malos tratos, como por ejemplo, los medios y métodos, la repetición y duración de los actos violentos, la edad, el sexo, el estado de salud de la víctima, la posibilidad de daños físicos, mentales o psicológicos (anular la personalidad de la persona), el conocimiento de secuelas durante un periodo largo o corto, es decir, son actos que ayudan a determinar la intensidad y la duración del sufrimiento, en sí la gravedad propia de la tortura. Para

124. Amnistía Internacional: (2014) La tortura en 2014, 30 años de promesas incumplidas.

125. Alejandro Ramelli Arteaga, *ibidem*, 190.

los segundos, el hecho debe estar revestidos de una cierta permanencia, para esto es necesario evaluar el contexto socio-político en el que tiene en el lugar de los hechos.

Para poder comprender la intensidad de la gravedad del dolor, estos instrumentos internacionales han logrado mejor ejemplificar las formas de ejecución para que se pueda graficar y que la persona que puede tener acceso a estos informes, puedan tener una idea más cercana de lo que constituye la tortura.

Lo que podemos concluir son las situaciones de carácter extremas a las que pueden someter a una persona, más aún a una persona que se encuentra en privada de su libertad, ya que, al estar a total disposición del poder punitivo, este puede ser degradado en su condición de ser humano y ejecutar sobre dicho ser humano estos actos de intenso sufrimiento físico y psicológico.

Los grupos de seguridad estatal preparan a su personal para poder conseguir información, y crean grupos de recuperación de esta con el nombre de “inteligencia”. En la década de los 70, 80 y 90 fueron instruidos en el “Escuela de las Américas”,<sup>126</sup> que funcionaba en el fuerte militar de los Estados Unidos de Norteamérica, en territorio de Panamá, donde nuestros militares bajo lineamientos y técnicas de la Central de Inteligencia Americana CIA, actualmente se encuentra en el Estado de Georgia en territorio norteamericano, fueron preparados en diversas técnicas de interrogatorios y uno de los criterios es conseguir el ataque a la personalidad con la finalidad de reducir o anular la misma, es decir, afectar su autoestima, su capacidad de concentración, afectar su descanso, someter a intensos interrogatorios de más de 6 horas. No dejarlos dormir con ello provocan la desubicación de tiempo y lugar. En los abusos sexuales, físicos. Estas técnicas fueron aplicadas en contra de seres humanos y así lo dice la historia de América latina.

---

126. En este recinto militar se formaron los dictadores militares de la década 70, 80 que gobernaron en Latinoamérica, y los militares que se encuentran en actuales cargos de ministros de Defensa y o en los Comandos de las Fuerzas, en la actualidad.



En la década de los 70 en el Ecuador, existió el Reten Sur,<sup>127</sup> que por orden de la Dictadura de esa época fue cerrado por que existían lugares a más de detención, los detenidos eran sometidos a torturas, sus condiciones de vida y detención era de lo más deplorable e inhumano. En la década de los 80 la policía creó el Servicio de Investigación Criminal (SIC), esta unidad policial funcionaba lugares donde existían calabozos subterráneos y donde existían o espacios destinados para someter a golpizas, y torturas.

En esta época se pudo observar y conocer por el ejercicio profesional, con la presencia de los grupos subversivos Alfaró Vive Carajo y Monteros Patria Libre, sus integrantes fueron torturados, hubo violaciones sexuales a las integrantes de esos grupos, se sometían a tortura psicológica cuando al detenido se le colocaba a su hermana desnuda en frente, se les apagaba cigarrillos en su humanidad, hubo descargas eléctricas en su cuerpo y sus genitales, hubo ejecuciones extra judiciales ( Consuelos Benavides, Ricardo Jarrin, Ricardo Merino, Fausto Basantes) estas acciones fueron realizadas por los servicios de inteligencia militar y policial.<sup>128</sup>

El caso más importante de la violación de Derechos Humanos fue y ha sido el caso de la desaparición de los Hermanos Restrepo, que se logró investigar que fue la intervención de la Policía Nacional, que detuvo arbitrariamente, torturó y desapareció a los dos hermanos. Existió alteración de prueba de la institución de seguridad estatal. El principal autor y ex Comandante General de la Policía, se escapó de su lugar de detención de las instalaciones del Grupo

---

127. Lugar de detención ubicado en la calle Maldonado, en el sector de Chimbacalle, donde las condiciones de detención eran de total deshumanización, lo paradójico que fue un General en servicio activo, en su calidad de Ministro de Gobierno General Richelieu Levoyer.

128. De estas torturas, fueron documentadas por los reconocimientos médicos legales, que con el apoyo de CEDHU liderado por Elsie Monge y de la intervención del Doctor Milton Román Abarca, como defensor, se dejaron constancia y memoria de lo sucedido. Han servido para los juicios penales actuales como de Susana Cajas. Constan en el informe de la Comisión de la Verdad.

de Intervención y Rescate en Pusuquí. Existen desaparecidos que hasta la presente fecha no aparecen como el caso Garzón.

La muerte de la profesora Consuelo Benavides, en manos de inteligencia naval, que fue localizada, detenida, torturada y ejecutada extrajudicialmente en la provincia de Esmeraldas. El principal autor de las torturas se escapó de los calabozos del Ministerio de Defensa.

Existieron testimonios de personas detenidas que relataron que fueron torturados en los procesos investigativos en el SIC, por personal policial.<sup>129</sup> No debemos olvidarnos que en el Penal García Moreno, existía el llamado “infiernillo”, para los castigos extremos de aislamiento.

En la década de los 90 como en las de 2000, igualmente también ha existido excesos y torturas, por los grupos de inteligencia de la policía en el combate contra la delincuencia, como es la presencia de los abusos del Grupo de Apoyo Operacional (GAO), y de los casos que han sido resueltos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Suárez Rosero, Tibi, Zambrano vs. Ecuador.

Por ese motivo, Alejandro Ramelli Arteaga considera que en el ámbito latinoamericano que estas prácticas han constituido, con frecuencia, un elemento adicional o complementario de otras violaciones sistemáticas de derechos humanos, por ejemplo: las desapariciones forzosas, las cuales han sido facilitadas por las fallas estructurales del sistema político o jurídico estatal, así como de la administración de justicia. En el Ecuador, no ha sido la excepción, tomando en cuenta un dato adicional que los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y policiales tenían fuero especial, cuerpo de leyes propias (Código Penal de

---

129. Fueron relatado de varios de los clientes que eran ingresados en las dependencias del SIC de Pichincha, que relataron en las oficinas, que fueron torturados por un Sargento, quien le propino una paliza y tortura, para sacarle información del delito de abigeato; otros relataron sus testimonios que eran sometidos al submarino (ingresados en tanques de agua y crearles la sensación de ahogo).

las Fuerzas Armadas y de la Policía), sus jueces serán nombrados por los Ministros de Defensa y de Gobierno, respectivamente. Es decir, que el Estado violentaba la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 8.1, cuando se determina que se debe ser juzgado por un Juez imparcial e independiente.

### *2.3. Intencionalidad del acto*

En el momento de incluir, el termino intencional, lo que se debe procurar es que el delito es de naturaleza dolosa, ya que es un elemento subjetivo, que reafirma esa naturaleza, excluyendo la posibilidad del delito imprudente.

Cuando se hace con intención es sinónimo de voluntad de realización o de querer algo, por lo que el sujeto activo prevé el resultado de su conducta y lo lleva adelante intencionalmente para que este resultado se produzca, por esta razón al delito de tortura se lo clasifica como delito de resultado, delito en el cual no solo es necesaria la acción u omisión del agente infractor para el cometimiento del delito, sino también tiene que ser seguido por la consumación del delito.

En consecuencia, el resultado de la tortura es, necesariamente, debe ser en una investigación criminal, o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin, pero con ello existen acciones u omisiones por parte de servidores públicos, lo que genera la responsabilidad objetiva del Estado, sin perjuicio que puede darse la posibilidad que la tortura se lleve a cabo por parte de organizaciones delictuales o paramilitares.

### *2.4. El sujeto activo cualificado*

Desde una definición estricta de la tortura, no se refiere a cualquier funcionario público, si no a aquellos que tienen una actividad relacionada con la administración de justicia o los que tienen en su poder la administración de privación de libertad, por ejemplo, en el arresto, prisión, práctica de interrogatorio, entre otros.

Mientras que, los malos tratos van exclusivamente a particulares, aun cuando fueran infligidos por personas que actúan fuera de su función pública o que no ejercen función pública alguna.

Sujeto activo del delito de tortura lo es tanto el servidor público –que con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, con la finalidad precisada en la ley penal, como cualquier particular, independientemente de la finalidad motivadora, que por instigación o autorización, explícita o implícita, de un servidor público, realice la conducta constitutiva de este delito en un detenido. En efecto, la ley no excluye a terceros, carentes de la calidad de servidores públicos, de la autoría material de las conductas punibles de tortura, cualquiera fuese la finalidad perseguida por ellos, cuando actúen instigados o autorizados por un servidor público.<sup>130</sup>

En el Art. 151 del COIP, no se exige que el sujeto activo sea cualificado, ya que puede ser una persona común, un funcionario público o una persona común instigado por el funcionario público. En este sentido la legislación ecuatoriana, sigue a la convención americana.

## 2.5. *Sujeto pasivo*

Los delitos de tortura y tratos degradantes por los funcionarios públicos, es:

En primer lugar y de modo principal, sujeto pasivo será el ciudadano que padece la tortura, y en segundo lugar, lo será también el Estado, en cuanto sujeto interesado a que se respeten las garantías en los procedimientos públicos investigadores y sancionadores.<sup>131</sup>

130. Claudio Nash Rojas Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008.

131. Vicente Grima Lizandra, Los delitos de tortura y tratos degradantes por los funcionarios públicos. (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1998)

En la Convención americana no se exige ninguna calidad del sujeto pasivo, al igual en la legislación ecuatoriana.

## 2.6. Elemento teológico

Este criterio de imputación, según Alejandro Ramelli Arteaga, es “Quien inflige de manera intencional un sufrimiento físico o psíquico a una persona siempre busca con ello la consecución de un objetivo concreto. La práctica nos enseña que tales propósitos se suelen multiplicar y diversificar durante situaciones de emergencia”.<sup>132</sup> Por eso propone el autor que no se debe ampliar ninguna brecha a la prohibición en los estados de excepción.<sup>133</sup>

Expresa Ramelli, que en situaciones de normalidad la práctica de la tortura lo realizan los organismos de seguridad del Estado, con fines de investigación criminal, en la mayoría de casos se trata de casos aislados o de abusos cometidos como respuesta de las autoridades públicas a las demandas sociales de resultado concretos en investigaciones sobre crímenes que, por su crueldad, sevicia e incluso por las repercusiones políticas que aparejan han conmovido fuertemente la conciencia colectiva.<sup>134</sup>

En casos, de anormalidad como llama el autor, se dan cuando el Estado pretende opacar o combatir a sus opositores políticos armados o no. Y se recurren a estas prácticas para obtener información acerca de las actividades y de su organización del grupo al que pertenece la víctima.<sup>135</sup>

En el caso, de los privados de libertad, estas intenciones tendrán en diversas situaciones siendo normales, cuando dichas personas en un primer son aprehendidas en delito flagrante, al momento de ser sometidos, al ser conducidos en los vehículos policiales. En el

---

132. Alejandro Ramelli Arteaga, *ibidem*, 190.

133. *Ibidem*, 190.

134. *Ibidem*, 191.

135. *Ibidem* 191.

momento de ingresar a los lugares de aseguramiento, y luego el traslado a los centros de privación de libertad provisional o definitivos según su situación jurídica. En los lugares de privación de libertad, se han producido reclamos de los privados de libertad, que han terminado en tomas de los centros regionales, lo cual ha provocado la intervención de los grupos de seguridad estatal como la policía con sus grupos especiales de reacción como el Grupo de Intervención y Rescate y Grupo de Operaciones Especiales.

En la actualidad, existen fines muy concretos, primero, el de obtener información o confesión y aplicación del castigo que va de la mano del abuso del poder, dotándose de autonomía propia. Más tarde DNUT<sup>136</sup> incorpora a los fines el intimidar a un tercero. Por lo que la Asociación Internacional Penal envuelve el propósito de desacreditación y humillación como parte de los fines que tiene la tortura, englobando finalmente a todo tipo de discriminación.

En el Ecuador, se han producido violaciones en cuanto a los derechos de la salud, en relación al encerramiento por horas prolongadas, que serán estudiados en la segunda parte de este artículo.

## *2.7. Delimitación entre la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes*

Empecemos diciendo que los tratos inhumanos y/o degradantes constituyen categorías distintas de la tortura, y es que se diferencian cuantitativamente, debido a el sufrimiento provocado por el trato inhumano o degradante ha de ser inferior al propio de la tortura; y cualitativamente, ya que la diferenciación precisa de un criterio negativo según el cual sería constitutivo de trato inhumano o degradante el que se inflija sin ninguna finalidad de la tortura.

La distinción de tratos inhumanos y tratos degradantes parte desde el elemento de la humillación, que es la conducta constitutiva de trato degradante como tal. Empero, es posible objetar que la

---

136. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (DNUT).

humillación no solo se deriva del trato degradante debido a que no se exige en modo alguno que el trato provoque efectivamente una humillación en el sujeto pasivo, siendo suficiente para calificarlo como degradantes y en varios casos pueden ser degradante motivos diferentes a la humillación, por su capacidad para envilecer al sujeto o para quebrar su resistencia física o moral.

Concluyendo, los tratos inhumanos son cuando se inflige un sufrimiento físico o psíquico de una determinada intensidad, y el trato degradante cuando se trata al sujeto por debajo de lo que exige su condición de persona, y ello con independencia de los eventuales resultados que pueden producirse en el caso concreto. El trato inhumano sería categoría autónoma, y el trato degradante puede ser considerado como situación de tensión o psíquico es susceptible de causarle una humillación o de alterar su capacidad de actuar conforme a su voluntad y conciencia.

### *2.8. Conclusión*

1. Si el sufrimiento no es con la finalidad de la tortura será trato inhumano o degradante con independencia de la extrema gravedad del sufrimiento y de la intensidad del ataque.
2. Si el sufrimiento es con la finalidad de la tortura, será necesario distinguir si la conducta responde a una aplicación sistemática, calculada y premeditada o no. Primero es tortura y el segundo tratos inhumanos o degradantes.
3. Si la conducta no provoca al menos tensión en el sujeto, humillación o quebranta su voluntad o conciencia no es relevante.

### **3. Los derechos y las garantías de los privados de la libertad: Estudios de casos**

Como habían sido determinados en el primer apartado de esta trabajo, los derechos de las personas privadas de la libertad, en el cuerpo normativo constitucional, se han determinado a más de

los que como ciudadano o como ser humano también los tiene, los derechos que deben tener en forma específica, como son la comunicación con sus familiares y abogado; el no ser sometido a aislamiento como sanción disciplinaria; tener la libertad de comunicar a los jueces sobre el trata recibido; el de contar con recursos humanos y materiales para los casos de enfermedades; la atención de sus necesidades laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas, la atención a las madres en estado de gestación, lactancia. A las personas adultas, enfermas o con discapacidad y por último la protección de los niños, niñas o adolescentes que estén bajo su cuidado y dependencia.<sup>137</sup>

Análisis de casos de donde se desprenden violaciones de derechos en las personas privadas de libertad en los centros de privación de libertad.

### 3.1. Caso del señor Freddy Zambrano Herrera<sup>138</sup>

El señor Freddy Zambrano Herrera<sup>139</sup>, para conseguir la visibilización de la violación de sus derechos, lo hace mediante las garantías que tiene como finalidad deslegitimar las acciones que afectan los derechos que se encuentra debidamente reconocidos en la Constitución.

Sostiene en su relato de la acción de hábeas corpus, que se encuentra detenido en una celda aislada en el pabellón denominado transitoria, para tener una idea, esa celda que equivalente a los denominados calabozos a la cual se le conoce como *la cápsula*,

137. Artículo 51 de la Constitución de la República del Ecuador.

138. Caso presentado y analizado por el Magíster Alex Sánchez, en su tesis de Maestría en Derecho Penal, por la UASB, Estudio crítico sobre las inspecciones de los jueces y juezas de garantías penales al Centro de Rehabilitación Social de Latacunga, como garantía de derechos de las personas privadas de libertad.

139. Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, [Proceso constitucional. Acción de Hábeas Corpus No. 05202-2017-00778]. *Freddy Zambrano Herrera en contra del director del Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Norte Cotopaxi - Latacunga*. 09 de mayo de 2017.



en donde no existe luz solar ni eléctrica, no cuenta con agua ni instalación sanitaria por lo que debe orinar en una botella y defeca en el piso por cuanto no le permiten acceder a un baño.<sup>140</sup>

Señala también que el director del CRS Latacunga realiza requisas periódicas a sus cavidades<sup>141</sup> con la amenaza de que si dice algo le hará pasar por los pabellones donde se encuentran bandas delincuenciales para que atenten contra su vida.

En virtud de esta situación, ha contraído enfermedades respiratorias lo cual se ha complicado por el hecho de que no tenga un adecuado acceso a un Centro de Salud tipo 1 el cual ni siquiera estaría en la capacidad de atender un paro respiratorio, como ya ha sucedido con un ciudadano cubano que ha fallecido por las mismas causas. Al no tener acceso al centro de salud del CRS de Latacunga, solicita incluso que se le permita atención médica en un centro de salud tipo 3 por su grave enfermedad.<sup>142</sup>

En la audiencia de hábeas corpus ha manifestado que por el lugar en donde se encuentra la construcción del CRS de Latacunga, no se cuenta con mucha agua potable por lo que todos los días se le ha facilitado las duchas a partir de las 17H00 a fin de que haga todas sus necesidades biológicas.

Incluso dentro del acta de inspección del juez constitucional al CRS de Latacunga, en donde estaba recluso el accionante,

---

140. Esa descripción del lugar, eran las condiciones de los calabozos de la Policía Judicial de Pichincha, que funcionaba en la calle Robles, había dicha instalación de agua, pero no funcionaba las bombas para extraer los excrementos, las orinas. Así mismo, eran los calabozos del Reten Sur, en la década de los 70.

141. Para que el lector conozca la revisión de cavidades, consiste en la introducción de los dedos por las vías, anal para los hombres y además, por la vaginal para las mujeres, que tiene la finalidad de buscar si en esas cavidades se encuentran algún producto extraño, pero si solo se hace como una medida sin tener ninguna certeza, ese trato es degradante. A pesar de que existen escáneres en las entradas de los centros regionales de privación de libertad, para dicha función. Ese método era utilizado en el Penal García Moreno.

142. En los centros de detención, los lugares destinados para la atención médica, tienen implementos de atención básica, no para una atención especializada.

menciona que en las duchas no había agua, ante lo cual el Director del centro ha manifestado que al existir en el centro aproximadamente cinco mil personas entre internos y empleados, la cisterna no abastecía para un continuo servicio sino solo en horarios de la mañana y en la tarde.<sup>143</sup>

Se establece también que no se le ha entregado kit de limpieza ni tampoco vituallas, lo cual ha sido entregado una vez que se ha presentado la acción de hábeas corpus y que la luz eléctrica había sido colocada la noche anterior a la inspección realizada por el Juez constitucional.

En la audiencia llevada a cabo en la Corte Provincial de Justicia por apelación de primera instancia, el privado de libertad señala que a la semana de estar detenido le entregaron uniforme y una llamada telefónica. Que dentro de esa *cápsula* no existe baño, permaneciendo encerrados las 24 horas del día<sup>144</sup> y que para hacer sus necesidades deben hacerlo en bidones de agua y defecar en tarrinas de comida vacías.

Indicó en la audiencia que el día en el cual el juez fue a realizar su inspección in situ, fue cuando recién le revisaron médicos, psicólogos, le han entregado otro uniforme y el personal de limpieza recién le han puesto un foco después de cuatro semanas sin luz. Tanto en primer como en segunda instancia se desechó la petición planteada, en donde solicitaba el cambio de centro y atención médica.

---

143. Ecuador, Artículo 51 numeral 4 de la Constitución. En este caso se debería realizar una investigación, para ver porque no se planificó la atención del servicio básico de agua potable, se conoce que el abastecimiento no es continuo porque la ciudad de la Latacunga, no tiene la provisión adecuada. Es importante que las autoridades del Ministerio de Gobierno, como el Servicio de Atención a las personas privadas de libertad, realicen los estudios para mejorar la atención, tomando en cuenta que tiene el derecho de vivir en lugar sanos y que no tenga potencialmente enfermedades.

144. Ecuador, Art. 51 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Cuando se inauguró el pabellón A del Penal García Moreno, se consideró como de Alta seguridad, en el cual los privados de libertad, permanecían 23 horas en sus celdas y 1 hora de salir al patio. Esto fue en la década de los 90, a raíz del operativo Ciclón I.

En el presente caso existe violación de derechos, pero lo grave es que los Jueces sean constitucionales como de garantías penitenciarias, no realicen adecuadamente su trabajo, los primeros reconociendo dichas violaciones y que mediante las garantías apliquen el derecho abstracto en el caso en concreto y no se limiten a desestimar las acciones. Y los segundos jueces, que cuando realizan las visitas estas tiene una importancia, en primer lugar, es vigilar las condiciones de los derechos de las personas privadas de libertad, en segundo lugar: lo están haciendo como funcionarios públicos estatales, que previenen la afectación a la integridad física, tortura, tratos degradantes e inhumanos.

### 3.2. Caso del señor Carlos Paúl Vélez Colorado<sup>145</sup>

En otra de las acciones constitucionales de hábeas corpus planteadas en el cantón Latacunga, propuesta por Carlos Paúl Vélez Colorado,<sup>146</sup> señala en su petición que sufre un severo cuadro de hipertensión por un periodo de más de diez días, impidiéndole en ingreso de medicamentos adecuados para el control de la presión.

Es así que la misma médica del CRS de Latacunga, ha prescrito la orden clínica para que el privado de libertad sea trasladado a un hospital a fin de que sea atendido por médicos especialistas. Esta petición no ha sido atendida ni autorizada.<sup>147</sup>

---

145. Caso presentado y analizado por el Magíster Alex Sánchez, en su tesis de Maestría en Derecho Penal, por la UASB, Estudio crítico sobre las inspecciones de los jueces y juezas de garantías penales al Centro de Rehabilitación Social de Latacunga, como garantía de derechos de las personas privadas de libertad.

146. Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi [Proceso constitucional. Acción de Hábeas Corpus No. 05202-2018-00178]. *Carlos Paúl Vélez Colorado en contra del Director del Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Norte Cotopaxi - Latacunga*, 02 de febrero de 2018.

147. Ecuador, Artículo 51 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador. El derecho a la salud, es uno de los más básicos que tiene un ser humano, más aun una persona que se encuentra en privación de su libertad personal o de movilidad, por lo que su atención se vuelve emergente.

Así mismo, da a conocer que su derecho a la visita familiar ha sido coartado, ya que su familia se encuentra en la ciudad de Esmeraldas y en virtud de que sus hijos cursan sus estudios en esa ciudad, no pueden trasladarse a visitarlo en días laborables ante lo cual no pueden recibir visitas, más aún cuando el horario de visitas para el pabellón de transitoria<sup>148</sup> no se encuentra estipulado en la página web del Ministerio de Justicia como el resto de pabellones.

Por último, señala también que se ha trasgredido su derecho al estudio ya que su medio para poder realizar sus tareas en la UTPL es la computadora a la cual se le ha limitado el acceso, concediéndolo su uso a personas privadas de libertad que no están cursando ningún tipo de estudios, violentando así el principio de igualdad.

En igual condición se refiere al conflicto que genera que el pabellón donde está recluso sea un espacio cerrado y no cuente con un patio externo, pero existe un lugar donde pueden realizar actividades recreativas y deportivas al cual sólo se puede acceder un día a la semana.

El juez constitucional en su sentencia establece que se ha vulnerado el derecho a la salud del accionante privado de libertad en los ámbitos de acceso y atención; se ha vulnerado el derecho a la convivencia familiar por cuanto no se le ha facilitado ver y comunicarse con sus familiares de forma permanente y conjunta, condicionando incluso el uso del teléfono cuyas llamadas deben ser sufragadas por las propias personas privadas de libertad.

Continúa el juez señalando que se ha vulnerado también el derecho a la integridad personal del privado de libertad por cuanto en la requisita del 01 de febrero de 2018 exclusivamente a él se le desnudó maltratándole físicamente, siendo vulnerado así su derecho a la integridad física y psicológica en una requisita sin conocimiento y autorización de los servidores que se encuentran en función de tutela estatal.

---

148. Ecuador, Artículo 51 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, se determina el derecho a la comunicación y relación familiar.

Termina el operador de justicia indicando que también se trasgredido el derecho a no ser aislado el cual implica poder acceder a todos los espacios y recursos que el centro de privación de libertad posee.

En virtud de estas violaciones a los derechos de la persona privada de libertad, el juez dispone varias medidas de reparación en virtud de cada uno de los derechos expuestos.

### 3.3. *Caso del señor Jorge Ramiro Ordóñez Talavera*<sup>149</sup>

Por último es conveniente analizar la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador,<sup>150</sup> quienes asumen conocimiento en virtud de la acción extraordinaria de protección propuesto el 04 de marzo de 2016, por el privado de libertad Jorge Ramiro Ordóñez Talavera, en contra de las sentencias de hábeas corpus emitidas por el juez de primera instancia así como por la Corte Provincial de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de Cotopaxi, en contra del director del CRS de Latacunga y comandante de policía de Cotopaxi.

Esta sentencia resulta icónica en nuestro país por cuanto se dispone una medida diferente a la privación de libertad al accionante por haber sido objeto de vulneración de derechos por parte del CRS de Latacunga.

Es así que con fecha 10 de septiembre de 2015, se dio un amotinamiento en dicho centro, en donde el accionante fue disparado en la zona superior de su cara causándole daños graves en su ojo.

---

149. Caso presentado y analizado por el Magíster Alex Sánchez, en su tesis de Maestría en Derecho Penal, por la UASB, Estudio crítico sobre las inspecciones de los jueces y juezas de garantías penales al Centro de Rehabilitación Social de Latacunga, como garantía de derechos de las personas privadas de libertad.

150. Ecuador. *Sentencia Corte Constitucional No. 017-18-SEP-CC. Caso No. 0513-16-SEP*. [Jorge Ramiro Ordóñez Talavera vs Director del Centro de Rehabilitación Sierra Centro Norte de Latacunga y Comandante de Policía de Cotopaxi], 10 de enero de 2018.

En un primer momento fue aislado, por un mes sin tener contacto con sus familiares, ni con su abogado defensor.

Después de varias peticiones y de haber transcurrido por más de 90 días sin atención médica, a fin de que sea revisado por un especialista, no se consiguió la autorización debida por las autoridades del centro, razón por la cual el privado de libertad perdió el cien por ciento de visibilidad en su ojo, sin opción si quiera a una intervención quirúrgica que le permita recuperar parte de su visión. Que, a decir de los especialistas, si su atención hubiera sido oportuna se salvaba la visión. (esto hechos consta en la sentencia de la Corte Constitucional).

Este hecho fue analizado por parte de la Corte Constitucional señalando que las actuaciones realizadas por los entes estatales no fueron las correctas por cuanto no se brindó atención médica inmediata, oportuna, adecuada, especializada y preferente al privado de libertad a fin de que se pudiera tomar las decisiones médicas necesarias y evitar así que la persona pierda su visión.

Emite sentencia la Corte Constitucional determinando que se ha vulnerado el derecho a la integridad física, relacionado con los derechos a la salud, al trabajo, educación, atención prioritaria de las personas privadas de libertad y a recibir un trato preferente y especializado en caso de ser una persona enferma o con discapacidad.

Lo grave no es solo la violación de los derechos de la persona privada de libertad, sino la actuación de todos los organismos estatales que no hicieron nada por evitar dichas violaciones, me refiero a Ejecutivo, Judicial, Defensoría del Pueblo. Instituciones que debieron garantizar los derechos de ese ciudadano y no hicieron y tienen la responsabilidad tanto internacional como nacional, con la responsabilidad objetiva del estado, del Art. 11 numeral 9 de la Constitución.

#### **4. Reflexiones finales**

El objetivo de este artículo, fue presentar como es posible con la propuesta teórica garantista, se ha logrado visibilizar la violación

de derechos humanos de las personas, en el caso específico de las personas privadas de la libertad.

En primer lugar, legitimando el poder punitivo las competencias de organización de las instituciones para que pueda ejercer en garantizar el ejercicio de derechos, así como de mantener el orden social y jurídico.

En segundo lugar, se determina el orden jurídico interno como externo en forma coordinada, con las normas puente prevista en el Constitución, para que las normas internacionales puedan ingresar a ser parte del ordenamiento jurídico.

Con ello se consigue se construya un bloque que conforme la fuente de las normas en materia de derechos humanos, para están sean según el garantismo en normas jurídicas de aplicación directa y por lo mismo los derechos se convierten en esos límites del poder y son la vinculación en todas las decisiones del poder punitivo.

En tercer lugar, el garantismo con su modelo explicativo, logra visibilizar la violación de derechos, cuando de la propia estructura del derecho, le da la facultad y capacidad de gozarlo, y el Estado está en la obligación de limitarse en su afectación o de darle el goce de los mismos según sea el derecho (individuales o sociales), pero al mismo tiempo tiene el derecho de exigir la violación del derecho.

En cuarto lugar, cuando se hace la denuncia a través de las garantías, el objetivo es conseguir que la ciudadanía conozca y se empodere de la existencia de los derechos y tome una posición de defensa de los mismos, para logra la modificación de los comportamientos que el poder tiene frente a los ciudadanos y sus derechos.

Cuando se ha presentado el marco teórico fue para que el lector sienta como debe ponerse los anteojos con los que podrá observar los casos que fueron propuestos en la siguiente parte, que fueron como el poder punitivo estatal, muy a pesar de que existen

normas constitucionales y de derechos humanos que se encuentran vigentes y que determinar deberes al Estado y a sus funcionarios de respetar los derechos, estos no lo hacen.

Es importante que las personas denuncien y visibilicen la violación de esos derechos, hagan uso de las herramientas jurídicas que son las garantías, para prevenir, cesar o sancionar la violación de sus derechos.

Las personas privadas de libertad, han perdido miedo ante el poder punitivo y lo denuncian con las garantías de hábeas corpus, o de sus derechos de tutela efectiva y del debido proceso, cuando se inicien investigaciones fiscales para descubrir la consumación de delitos.

En quinto lugar, cuando los ciudadanos denuncian los abusos del poder, es la Administración de justicia que todavía no se empodera de su rol de protección de derechos y todavía permite que las autoridades del Ejecutivo violenten los derechos, sin que funcione las garantías en su real ámbito de aplicación.

Las garantías justamente son las herramientas que hacen que la divergencia que existe entre la norma abstracta que en su texto escrito tiene la descripción del derecho, puede ser aplicada a los casos en concreto que se presentan en la realidad a través de las garantías.

Los jueces de garantías penitenciarias, no visibilizan peor aun garantizan los derechos de los privados de libertad, ellos han tenido que accionar a la justicia constitucional para lograr que se conozcan la verdadera realidad de los Centros de Privación de libertad, lugares que se consideran como olvidados por la sociedad.

En sexto lugar, mientras los jueces no asuman su rol de garantistas, seguirán existiendo los abusos del poder punitivo y los ciudadanos seguiremos desprotegidos e indefensos.

Ya es hora que el sistema de administración de justicia entienda que su papel es de construir los derechos de la constitución y el



respeto de los mismos, para lograr cumplir con la responsabilidad internacional del Art. 1 de la CADH, que los Estados tiene el deber jurídico de garantizar la plena vigencia de los derechos.

Los privados de libertad, no los podemos olvidar que están protegidos con el criterio normativo de la Dignidad humana, y por lo mismo debe ser respetado en esa condición humana y por lo mismo se le debe proteger de las actuaciones del poder, mas aun como un grupo de atención prioritaria.

En séptimo lugar, el Estado debe garantizar los derechos de las personas que somos parte de su orden social y jurídico, no puede existir instituciones que permitan la violación de derechos.

Debe impedir y sancionar a los funcionarios que lo hagan y ahí podremos vivir en armonía permanente como esa utopía que se busca que los derechos siempre se han respetado.

## DERECHO Y SOCIEDAD

### Los Derechos Humanos en la filosofía del Estado

Brenda Vanegas León<sup>151</sup>

#### Resumen

El objetivo de la investigación sobre los Derechos Humanos en la Filosofía del Estado, entendida como la idea de (la verdad en acción) es analizar la crisis de los Estados frente a los derechos humanos a través de los métodos inductivo-deductivo, histórico-sociológico, exegético y hermenéutico. Se parte desde las primigenias ideas de organización hasta la concepción de estado constitucional de derechos y justicia. Se encuentra que en el Artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador se garantizan los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria sustentados en el marco jurídico de los derechos humanos y en la garantía del principio de igualdad. Es primordial que estos derechos sean ejercidos, y para ello, cada ciudadano tiene que conocerlos, vigilar que se cumplan y defenderlos, siendo obligación del Estado fomentar una cultura para que efectivamente se logre la participación y la debida protección de los mismos.

**Palabras Claves:** Derechos humanos, Filosofía y Estado, atención prioritaria.

#### 1. Introducción

En esta investigación sobre los Derechos Humanos en la Filosofía del Estado, entendida como la idea de (la verdad en acción). El problema que se plantea para desarrollar es que; la realidad demuestra que las órdenes estatales como las normas jurídicas se

---

151. Brenda Cielaiika Vanegas León, Dra. En Jurisprudencia. Lcda. En Enseñanza media con especialización en Lengua y Literatura. Magíster en Gerencia Educativa, Especialista en Procedimiento Penal. Docente agregada 1 de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la UCE. Presidenta de la Comisión Especial de Asuntos Disciplinarios de la UCE. [brendavl@hotmail.com](mailto:brendavl@hotmail.com).

caracterizan por encarnar una legalidad prevaleciente; mas no, las acciones de igualdad como justificación progresiva de derechos humanos de sus ciudadanos. En el Estado actual, que busca la real práctica de los derechos humanos y por ende la construcción de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

En lo planteado se ve la sujeción del poder del Estado a la ley escrita, pero, sus acciones dicen todo lo contrario en clara violación de los derechos humanos. El bien jurídico y la igualdad ante la ley no se siente como un principio; parece tratarse, en realidad, de una ficción según la cual todos los ciudadanos están sometidos en igualdad de condiciones a la ley; sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la misma.

Por su naturaleza filosófica, se contrastan dos perspectivas diferentes: la analítica que se desarrolla sobre la filosofía-histórica y la sociología-jurídica con la utilización de la metodología hermenéutica diatópica, que consistió, básicamente, en la relectura de los fundamentos de la cultura occidental frente a los derechos humanos, desde los puntos de vista de la cultura andina, y viceversa. Se identifica una resistencia entre estas perspectivas porque el análisis lleva a demostrar que la realidad de las acciones del Estado difiere de su Filosofía e historia, así como de sus constructos sociales y jurídicos.

Sin embargo, se posibilita una vía de reconciliación para las indicadas perspectivas. Al desarrollar los temas se depuran los contenidos en las dos propiedades de la investigación analítica: la universalidad, en este caso, de los derechos humanos y la necesidad conceptual de las perspectivas. Además, se contrasta la visión de Claudio Martyniuk quien nos presenta la reflexión ante nuestras propias conciencias y la del Secretario General de la ONU. Ban Ki-moon, que señala, el Estado de derecho como el mecanismo de aplicación de los derechos humanos. Así como, el significado del Sumak Kawsay, comprendido como el Buen Vivir o Vida a plenitud con la visión de Boaventura de Sousa Santos en torno a

la praxis de los derechos humanos como un mecanismo de resistencia ante la colonización cultural occidental.

Se demuestra el uso de los esquemas metodológicos de Rabinovich en lo histórico. Igual se sustenta la coincidencia metodológica de Percio y Rabinovich sobre cómo abordar un mismo campo de estudio desde distintas disciplinas sin que ninguna de ellas pierda la riqueza propia de su objeto formal. Entonces, para que la idea de la verdad en acción se haga realidad es primordial que los derechos humanos sean ejercidos y practicados en concordancia con los mandatos del Estado.

El método deductivo permitió establecer un vínculo entre la teoría y la observación empírica sentida, esa que posibilita transmitir de una generación a otra como producto de la experiencia en concordancia con la filosofía andina. A partir de las teorías de la filosofía-histórica y de la sociología-jurídica se dedujo los fenómenos objeto de observación como la violación crónica de los derechos humanos por la indiferencia de los Estados. La inducción permitió acumular conocimientos teóricos e informaciones aisladas sobre los derechos humanos y el Estado para llegar a conclusiones que nos invitan a seguir reflexionando sobre el tema investigado; especialmente la Filosofía como la idea de (la verdad en acción).

Puesto que, los ciudadanos ven y sienten la acción del Estado en: los tributos, los servicios de las instituciones públicas, la administración de la justicia, la movilidad, la educación; es decir, no existe nada en la vida del ser humano, sin la presencia de la Filosofía del Estado; por lo tanto, no hay convivencia social sin organización política que no nazca de la idea filosófica de Estado y sin orden jurídico que no se origine en sus principios filosóficos de igualdad, democracia y justicia.

El Estado, hoy en día es considerado Estado-constitucional, de allí que, en la Constitución de la República del Ecuador, capítulo tercero, constan los Derechos de las personas y grupos de atención

prioritaria. Tanto el Estado como las comunidades que lo conforman tienen el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos de los grupos de atención prioritaria, conocidos también como grupos vulnerables. El Estado garantiza la no discriminación, mediante la debida diligencia a través de políticas públicas, posibilitando la igualdad formal y material, que determina la ley constitucional en su artículo 3, que señala los deberes primordiales del Estado, la garantía del efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en específico la educación, la salud, la alimentación, la seguridad integral y el fortalecimiento de la diversidad para lograr una vida en armonía con la Pachamama en el buen vivir y la paz de sus habitantes.

Se enfatiza el reconocimiento explícito de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria al cuidado de la salud, a exenciones tributarias, al acceso a vivienda, al trabajo remunerado, a jubilación y ciertas rebajas en algunos servicios; además de especial protección a personas en condición de doble vulnerabilidad; tales como; niñas, adolescentes, adultas mayores, mujeres embarazadas y las mujeres privadas de la libertad.

Se advierte en el plano nacional e internacional, el problema sobre la crisis de los estados frente a los derechos humanos, pues es evidente la sujeción del poder del Estado a la ley escrita, pero, sus acciones dicen todo lo contrario en clara violación de los derechos humanos por estas consideraciones *se elige el tema de: Los Derechos Humanos en la Filosofía del Estado*; no tanto para dar respuestas a la serie de cuestionamientos que afloran; sino más bien, para entender las complicaciones que brotan espontáneas posibilitando la reflexión de los problemas filosóficos como: Qué es el Estado en el Derecho, para qué existe el Estado, para qué sirve la filosofía y por qué los grupos de atención prioritaria. Es indudable que el ser humano tiene que ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones intentando conservar su libertad. Libertad concebida como el saber elegir bien, en bien de uno mismo sin detrimento para los demás y que es fundamento de la dignidad

humana, la misma que es la esencia de todos y cada uno de los derechos humanos.

Se considera pertinente analizar, explicar y relacionar los derechos humanos y la naturaleza de la teoría del estado, sus antecedentes históricos, filosóficos y su relación con otras disciplinas. Esto posibilita aproximaciones a las acciones estatales, políticas y filosóficas vinculadas al derecho, a los derechos humanos, a la ciencia política y a las atroces violaciones a los derechos cometidas en el siglo anterior y en este, como el holocausto, las desigualdades y la indiferencia que defendidas con ideologías diversas, impulsaron movimientos internacionales de protección de los derechos de las personas, en especial de los grupos de atención prioritaria.

Claudio Martyniuk en su obra, “Estética del nihilismo, Filosofía y desaparición”, nos pregunta por la indiferencia, por la indolencia ante las calamidades humanas que al narrarlas como dato periodístico, parecería que amarra los sentidos y nos transforma en masa de insensibilidad ante las violaciones de los derechos humanos que no son excepcionales, sino crónicas. Como por ejemplo, la insensibilidad y miseria humana ante la situación de los niños de la calle, que viven miserablemente en las grandes megalópolis latinoamericanas. Esta indiferencia nos presenta Matyniuk y nos obliga a la reflexión frente a nuestras propias conciencias. En conversación con Nietzsche, Wittgenstein, Foucault, Weil, Levinas; entre estos filósofos, va esbozando un sendero de exploración, de preguntas, sobre la indiferencia, que es ya otra forma de globalización y sobre cómo representar el dolor, el cual sigue siendo individual.

Los derechos humanos son el parámetro ético internacionalmente reconocido, que siempre deben estar en el diálogo histórico, político, cultural, Filosófico y social como dinámica de cambio y/o adaptación a lo pluricultural y multiétnico. Se debe entender que no se originan y explican solamente desde el Derecho; sino, desde diversas posibilidades disciplinares y perspectivas que incluyen las tradiciones de los pueblos, sus formas de vivir el constructo

social del género, lo étnico, y otras diversidades, pues todo es ciencia política y Estado.

Se plantea como hipótesis que; el Estado de derechos y justicia es el mecanismo para la promoción y protección del marco normativo común de los derechos humanos. Puesto que, proporciona una estructura a través de la cual el ejercicio del poder se somete a normas convenidas, garantizando la protección de los derechos humanos y la forma de como incidir como Estado.

Como definió el Secretario General, el estado de derecho exige que los procesos jurídicos, las instituciones y las normas sustantivas sean compatibles con las normas de derechos humanos, incluidos los principios básicos de igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley y equidad en la protección y reclamación de los derechos..., El estado de derecho es el mecanismo de aplicación de los derechos humanos, convirtiéndolos de un principio en una realidad. ONU (2017), tomado en noviembre 2019 de [www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-human-rights/](http://www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-human-rights/).

Una de las incidencias de los derechos humanos en nuestro país es el Sumak Kawsay, comprendido como el Buen Vivir o Vida a plenitud. Solo desde un Estado plurinacional y una sociedad intercultural, puede comprenderse y construirse una forma diferente de relación entre la sociedad y la naturaleza-la sociedad y sus diferencias. Esta forma de relacionamiento, que nada tiene que ver con los comportamientos de individuos entretnejidos en la telaraña de las redes sociales, dentro de la globalización masificante del comercio que piensa en términos monetarios y estrategias de imperialismo colonizador.

Como acota Boaventura de Sousa Santos (2010) en su obra *Descolonizar el saber, reinventar el poder en sus páginas 61-94*, señala que, es como si se acudiera a los derechos humanos en busca de apoyo para llenar el vacío dejado por las políticas socialistas que fracasaron.

Para cumplir con el objetivo de este trabajo se utilizaron los métodos inductivo-deductivo, histórico-sociológico, exegético y

hermenéutico así: la obra “*Historia del Derecho*” sirvió de apoyo como metodología para identificar y señalar lo histórico:

Todo lo humano está impregnado por el pasado del tiempo.

A veces, a ese devenir de lo humano a lo largo del tiempo lo llamamos historia, ...Si las construcciones históricas integran la cultura humana, como el arte, la economía o la tecnología, no escapan a esa coordenada. Por eso, un saber específico, que llamamos “historia del derecho”..., estudia los fenómenos y las ideas jurídicas en su ser-en-el-tiempo. (Rabinovich, 2016 p. 106)

Como en esta investigación se estudia los Derechos Humanos en la filosofía del Estado, dentro del contexto jurídico de los Derechos Humanos, especificando los enfoques filosófico-histórico, sociológico y jurídico. Trasunto de esto, explica Rabinovich en su obra ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? capítulo I, p. 80-82 en coincidencia con Percio:

...¿Cómo abordar un mismo campo de estudio desde distintas disciplinas sin que ninguna de ellas pierda la riqueza propia de su objeto formal? En otros términos: ¿cómo hacer para que el diálogo entre distintas ciencias no implique ni “invasiones” impropias de una ciencia en otra –lo que generalmente produce conclusiones absurdas o inconsistentes– ni disminuya el rigor intelectual necesario para dar cuenta eficazmente de los problemas que plantea el campo de estudio? Percio. 2017 en <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=266>.

La investigación se desarrolla en seis ítems: El primero de, generalidades, contenidos y definiciones de autores como: Martyniuk, Del Percio, Rabinovich, Agamben, Giorgio, Bellido, Boaventura de Sousa Santo entre otros. En el segundo espacio se realiza un análisis sobre la evolución histórica de los conceptos de Estado y Filosofía Política; el tercero que trata sobre el Estado y Derecho con los subtemas de: La inserción del Estado en el orden jurídico, Teoría del Estado y Derecho Político, el fin del Estado y los Derechos Humanos, cuarto ítem es la práctica de los derechos



humanos y su participación en el bien común; el quinto, la Crisis del Estado, el Liberalismo y otras formas de Estado; y el sexto, el Estado, la globalización, el factor económico y los derechos humanos.

Lo expuesto persigue en esta investigación la concreción y satisfacción de los derechos fundamentales, porque ellos son, sin duda; la justificación del convivir pacífico en una comunidad. Así, las acciones convenientes deben llevar hacia la igualdad de las personas entre ciudadanos como estrategia, de un todo eficiente para la paz y la justicia, (*queda planteada la hipótesis*). Se refuta la hipótesis considerando que: La realidad demuestra que las órdenes estatales como las normas jurídicas se caracterizan por encarnar una legalidad prevaleciente; mas no, las acciones de igualdad como justificación progresiva de derechos fundamentales de sus ciudadanos. En definitiva, aunque no logren las normas jurídicas por completo ni a cabalidad el cometido de sus fines, son la razón esencial de ser del Estado, fundado en derecho como medio para la paz y justicia.

Para el análisis se utiliza la hermenéutica diatópica, que consiste, básicamente, en una relectura de los fundamentos de una cultura desde los puntos de vista de otra, y viceversa. Se trata, entonces, de un proceso recíproco de traducción de saberes, valores, creencias, concepciones, etc. De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos 2009 p. 21, esta interpretación conlleva el enfoque de una zona cultural a partir del prisma de una distinta, en el marco de un juego bidireccional que garantiza el intercambio entre ambas.

## 2. Desarrollo temático

### 2.1. Generalidades

La civilización occidental, desde los sofistas y Sócrates, han llevado el uso de la razón crítica a todos los rincones de la práctica humana. Más, la interacción entre la moral, la política y deliberación racional ha dado lugar a una nueva dimensión de la práctica

social como realidad humana, la cual, no puede considerarse con el esquema teórico de la moral tradicional; entendida como un conjunto de costumbres colectivas. Pues, la ética pública occidental señala la autonomía y la igualdad como principios de los derechos humanos aceptados como norma internacional después de la Segunda Guerra Mundial, posibilitando la evolución de la moral. Característica de la validez jurídica de los actos de gobiernos nacionales juzgados según patrones adoptados por la comunidad internacional.

Cierto que, la teoría de los derechos naturales se utiliza para preservar diferentes posturas de derecho internacional. Lo nuevo es que, ahora no se requiere de principios éticos universales para defender intereses nacionales, políticos o económicos, sino para salvaguardar la dignidad humana contenida en su ascendencia: hijo-padre-abuelo-bisabuelo-tatarabuelo y/o descendencia tatarabuela-bisabuela-abuela-madre-hija presentes en las personas de atención prioritaria. Por ejemplo, la exigencia kantiana es ajustar las máximas de la conducta a una ley universal, centra el principio de inviolabilidad de que no podemos tratar a las personas como meros medios para los fines de otros, Dworkin deriva los derechos liberales (como la libertad religiosa o la de orientación sexual) en coherencia con el principio de la igualdad. En [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182001000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000200007).

Surge a nivel internacional el movimiento por los derechos humanos, luego de la Segunda Guerra Mundial, en consecuencia como respuesta al horror del Holocausto, el autoritarismo político y la discriminación racial y étnica (Rorty, 1993, p. 117) Así como, la libertad religiosa y el principio de tolerancia surgieron de las guerras de religión europeas y sus consecuencias, el movimiento por los derechos humanos es resultado del exterminio de millones de personas consumado entre los años 1939 y 1945 (Little, 1993). La tradicional filosofía de los derechos naturales que, se desarrolló a lo largo de períodos de las diferentes corrientes jurídico y

político, estaba ahí, como cimiento, para contrarrestar el potencial patológico de la política y facilitar su aceptación por regímenes políticos de diversas inspiraciones filosóficas con la evocación de derechos humanos. Martyniuk acota que son las políticas de la representación lo que le interesan, desde el arte, la literatura, y la forma en que estas políticas pueden contribuir a fomentar la sensibilidad y la atención como opuestos a la reificación y el embotamiento. (2015), págs. 385-421.

En el Derecho se entiende al Estado como sociedad establecida en un territorio, estructurada y regida por un orden jurídico, creado, definido y sancionado por un poder soberano, de acuerdo al Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Así, la actividad de la sociedad estatal, creada por el orden jurídico, intenta realizar los más altos valores y el bien común para la convivencia social.

Por lo tanto, el ser humano vive y se desempeña en comunidades a través de sus expresiones vivenciales como práctica de verdades comprendidas y compartidas de libertad, igualdad y fraternidad, escenario en el que intervienen los Derechos Humanos, y que está en manos del Estado. Aquí cabe el cuestionamiento de Martyniuk ¿Cómo trabajar, desde las políticas de la representación, la creación de una atención más acogedora? e implanta el concepto de estética, entendida como reflexión sobre la sensibilidad que se tendría que escudriñar para dar cuenta del dolor pasado y presente, de las grandes catástrofes históricas y de las que nos circundan. Al parecer el espacio social no es nada ideal para los Derechos Humanos. (2015) p. 413.

Derechos inherentes al ser humano, irrenunciables; pues, frente a cada derecho que ejercemos existen deberes que demos cumplir, tanto deberes como derechos están garantizados y protegidos por el estado. Surge una pregunta. ¿En realidad estamos protegidos por el Estado?, este cuestionamiento, es testimonio que parece tocar una herida que sangra, pero adormilada por el callo de la insensibilidad.

Explica Martyniuk de forma poética y filosófica como el testimonio es lo vivido:

La conciencia que testimonia, presencia en el tiempo, en un presente que, más que átomo, se despliega como horizonte de tiempo en que se retiene y protege una inmaterialidad sensible, un “halo” vivido. De aquel mundo de vida a otro, y en ambos, más que del reino de evidencias originales, las vivencias entramadas con símbolos, símbolos encarnados sienten y expresan, hacen sentido. Ascetismo teórico del testeo en el texto, más allá de la epoché que renuncia a la filiación mundana, más allá de su revés, el encuentro de la cotidianidad. (2014 p. 161)

La antigua política griega distinguía perfectamente, entre vida natural y el ser como sujeto político, el ser con existencia o vida política. Agamben p. 151, registra que el capitalismo actual somete a las personas a una nuda vida; es decir, el individuo está expuesto a ser exterminado como en la época Hitleriana lo estuvieron los judíos, no por la religión, ni por el derecho sino por la biopolítica, teoría de Foucault “*por la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos y en los cálculos del poder*”. Regidos por estas o similares conclusiones la mayoría de los Estados experimentan las ciencias médico-biológicas sobre los cuerpos de la nuda vida:

... los nazis experimentaron problemas de altitud para perfeccionar sus aviones y preservar la vida de sus pilotos, sobre la potabilidad del agua marina, inocularon bacterias de la fiebre petequial y del virus de la hepatitis endémica, sobre la acción de la progesterona, hundieron hasta el último grado millones de víctimas, quizá, para entre otras muchas cosas, poner a prueba la resistencia humana; Estados Unidos ha experimentado sobre la pelagra, con el bacilo del beri-beri, y los efectos de las radiaciones nucleares; diferentes Estados perfeccionando armas químicas y bacteriológicas; las compañías farmacéuticas experimentan sus productos en África y América Latina hasta el día de hoy; hospitales psiquiátricos experimentando la lobotomía; los avances de la medicina permiten mantener en enfermos respiración y circulación aunque el cerebro

esté muerto, y el poder del médico radica en decidir el momento en que el muerto-vivo o vivo-muerto debe “desconectarse”; aplicaciones biotecnológicas con la comida para declarar en un futuro guerras, boicots de alimentos... La *nuda vida*, “los piojos”: judíos, gitanos, negros, indígenas, árabes, asiáticos, condenados a muerte, enfermos desahuciados, participantes en programas de televisión sucios y perversos, emigrantes, todos están ahí, todos estamos ahí, para que el totalitarismo con rostro humano proclame cínicamente que su biopolítica no pone en riesgo la vida humana y que, al contrario, todo lo hace para que seamos felices y físicamente mejores. Ahora el médico y el científico se mueven en zonas donde antes ni siquiera el soberano podía introducirse. Farfan y Meza (2006 p. 73)

Ciertamente como nunca la vida humana, hoy está expuesta a violencia de toda clase; para protegerla, es imperioso batirse “*para encontrar el camino de otra política, de otro cuerpo, de otra palabra*”. Los análisis de Agamben expresan claramente que los hombres, más allá de inenarrables ignominias, pueden prácticamente resucitar y denunciar los secretos y los actos que el poder quisiera borrar de nuestra conciencia y nuestra memoria. Nunca se debe olvidar las palabras de Grete Salus, sobreviviente de Auschwitz: “*el hombre nunca debería tener que soportar todo lo que es capaz de soportar; ni debería nunca llegar a ver que este sufrimiento llevado a la extrema potencia ya no tiene nada de humano*”. Citado por Agamben p. 70.

En el mismo escenario de lo señalado por Agambem, están las Teorías con que occidente nos alecciona.

¿Qué es el Estado? El Estado como realidad social, jurídica y política es real, se sostiene en las personas; ya que existe por las personas, en ellas y para ellas en el desarrollo de su libertad, igualdad y seguridad, principios fundamentales de los derechos humanos e inherentes a la persona. El ser precede a la norma, entonces es origen del derecho, lo real se transforma en normativo. El Estado es el ser y el derecho lo que debe *ser* y su fin específico

la realización de las personas. La existencia del estado como organización política es una necesidad de la naturaleza humana por ser, un-ser-sociable. La forma de cada Estado es histórica y variable, depende de la decisión de las personas en el momento que les toca vivir. Juárez (2012 p. 39)

Y ¿para qué existe el Estado? Para cumplir y hacer cumplir Los derechos humanos que son normas fundamentales, necesarias para vivir como seres humanos, para desarrollarse con dignidad. Son inherentes al ser humano, inalienables y universales. La Declaración de los Derechos humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Entonces, la incidencia de los derechos humanos a nivel general de todos los Estados confirmantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción del Estado soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo social. Abramovich (2007); en síntesis lo garantizado en el artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador y en su artículo 35 sobre los derechos de las personas de atención prioritaria.

Muy cierto, que esta incidencia es teórica y como proclamación en los textos constitucionales de casi todos los estados confirmantes de la Declaración de Derechos Humanos. Lamentablemente esta incidencia no se da en la práctica. La Declaración Universal

de Derechos Humanos a más de 60 años de su aprobación, no ha conseguido el objetivo que se proponía. De acuerdo a Xavier Guerrero (2015) en su último informe de Amnistía Internacional sobre *“El estado de los derechos humanos en el mundo”* analiza diferentes casos de “abusos” contra los derechos humanos en 159 países y dice: *“Los estados son los que no cumplen, a pesar de que los 193 estados de todo el mundo están de acuerdo con la Declaración”*, Amnistía Internacional considera que las principales causas de vulneración de derechos son, entre otras, el subdesarrollo, la pobreza extrema, la desigual distribución de los recursos, la marginación, la violencia étnica y civil, el VIH/sida y los conflictos armados. García (2010)

### **a. Las ideas de estado y política en la historia**

Más allá de que el Estado antiguo: con Asiria, Babilonia, Persia, Egipto, India, China, el Estado Judío, Fenicia, Grecia y Roma, que marcan diferencias en la organización del Estado. El Estado medieval de Occidente, la monarquía con influencia cristiana. El Estado moderno: que pasa de la monarquía al constitucionalismo con garantías de libertad para el hombre; pero, con exclusión para la mujer debido a las burdas discriminaciones hasta el Estado totalitario del Siglo XX de partido único, sin libertades individuales, silencia al humano, reprime la iniciativa privada. Entonces se evidencia que, la forma de cada Estado es histórica y variable y depende de la decisión de las personas en su desarrollo. Por lo que, la presencia de los derechos humanos son necesarios.

Los orígenes de las ideas sobre el Estado y la política son las que nos interesan para este trabajo investigativo; puesto que, ellas nos retrotraen hacia comunidades humanas que han vivido estructuras políticas tan arcaicas como la horda promiscua y nómada, pero que ya tenían una idea de organización, la matrilineal; entendida como la manera fácil de ubicar a los hijos de una misma mujer; una forma del ius naturalismo, principio original de los derechos humanos; luego, aparecen los clanes y las tribus, hasta las más desarrolladas llamados imperios; y, los Estados contemporáneos

globalizados por la ciencia y la tecnología a través del comercio y la globalización colonizadora donde los derechos humanos son parte del marco jurídico de los Estados.

En coincidencia con Rabinovich, (2016 p. 106) “*Todo lo humano está impregnado por el pasado del tiempo*” Solo la historia puede ofrecernos ejemplos reales de como las ideas que nacen del ser se desarrollan para transformarse en la norma que es el deber ser y en la práctica el bien común. En la historia de las ideas sobre estado y política hay quimeras, intenciones y acciones renovadas que procuran la verdad. La verdad al pasar de unos a otros se transforma. No existe verdad absoluta.

El desarrollo de las ideas políticas se da a través de ciclos históricos-filosóficos:

a) Los clásicos de la antigüedad incluye el pensamiento político de Grecia con Platón reflejado en “las leyes” y “la República” y Aristóteles con las formas de gobierno: Monarquía, Aristocracia y Democracia, y la degeneración de las mismas Tiranía, Oligarquía y Demagogia; respectivamente; y, Roma con Séneca y Cicerón con la forma de gobierno mixta, el Senado igual Aristocracia, el Consulado igual Monarquía y los comicios igual Democracia. (Copleston, Vol. I 1999)

b) En la Edad Media, con el cristianismo y las ideas feudalistas, las cruzadas, los conflictos entre la Iglesia y el Estado, destaca Tomas de Aquino (1227-1274) con sus obras “Sobre el gobierno de los Príncipes” y “Comentarios a la política de Aristóteles”; sus concepciones de Ley y Justicia se desarrollan en “Suma Teológica” distingue 4 tipos de Ley: “Eterna” “Divina”, “Natural” y “Humana” o positiva. (Copleston, Vol. II 1999 p. 208-468)

c) El renacimiento como las ideas Contractualistas de Thomas Hobbes (1588-1679) con El Leviatán, establece que los hombres constituyen al Estado y John Locke (1632 y 1704) contrario a Hobbes, los hombres tienen derecho a revelarse ante el Estado, y



que los ciudadanos entregan los derechos que necesita al Estado, creando así la doctrina de las garantías individuales; tomado de Nathaly Gómez, diciembre de 2017 en: <http://filosofiadelenacimientogmrc.blogspot.com/2011/08/john-locke.html>.

d) En la Época Moderna que va desde Maquiavelo en el siglo XVI hasta el siglo XVIII con las grandes revoluciones como la inglesa, la norteamericana, francesa con el pensamiento político de Montesquieu haciendo la doctrina de la separación de poderes y en Juan Jacobo Rousseau con El Contrato Social. El pensamiento político moderno fundado por Maquiavelo (1469-1527), aporta la palabra Estado igual agrupación política; la idea de la Razón de Estado “*el fin justifica los medios*”. Pero; el creador de la teoría del Estado es Jean Bodin-Juan Bodino (1529-1596) contribuye con el concepto fundamental de soberanía, como elemento que define al estado como tal. Durante la Revolución Francesa, Hobbes critica la postura de Montesquieu en la Separación de poderes. Con la Revolución de independencia de en Estados Unidos, y su posterior emancipación de Inglaterra, surge el Estado federalista, con las ideas de Alexander Hamilton, son postulados del Acta de Independencia de 1776):

- *El poder Reside en el pueblo*
- *Todos los individuos son iguales*
- *El derecho a la rebelión es inalienable.* (Juárez 2012 p. 25-290)

Se entiende que, estos postulados encierran en sí mismos los principios fundamentales de los derechos humanos y por lo tanto, desde aquella época los derechos humanos ya incidían en los estados. En esta época destaca también el pensamiento político de Jean Jacques Rousseau en su fundamentación filosófica. Señala “*El hombre ha nacido libre, y no obstante está encadenado*” Y Kant con “*el Contrato Social es un imperativo de la razón práctica, nadie puede sustraerse a él*”.

e) La Época Contemporánea con el pensamiento de los regímenes totalitarios, la guerra fría, el liberalismo, el socialismo, el nacionalismo contemporáneo, la globalización ejercida por los Estados hegemónicos, los Estados periféricos, etc. Se considera que;

El constitucionalismo moderno formula un tipo de estado y de constitución que respondan a las limitaciones que hace el derecho al estado, para dar seguridad a las personas, proteger su libertad y sus derechos individuales. Siendo ésta una forma de incidir de los derechos humanos en el Estado.

Hoy en día, la subordinación del estado al derecho se entiende a nivel de la comunidad internacional organizada, para que las violaciones de un Estado con relación al derecho puedan ser juzgadas y sancionadas por un organismo internacional de los Derechos Humanos.

## **b. Estado y el derecho**

### *2.1.1. La inserción del Estado en el orden jurídico*

La inserción del Estado en el orden jurídico constituye un importante problema para la especulación de la filosofía política. Si se afirma que el estado y la política son fenómenos enmarcados dentro del derecho, se debe definir cuál es ese derecho. Las distintas teorías con enfoques sobre el tema:

1. En el orden cronológico, las teorías del derecho natural consideran al derecho anterior y superior éticamente al estado. Otras teorías afirman que Estado y derecho son simultáneos, han coexistido en reciprocidad, implicándose y condicionándose mutuamente.
2. En la realidad histórica, **ésta** nos muestra que según las épocas y los lugares, han ido prevaleciendo alternativamente una posición u otra.

3. Valorativamente, en la búsqueda del “deber ser ideal”, se dividen las posiciones en dos corrientes:
  - a) Se enuncia que el estado debe estar sujeto al derecho, y no solo al derecho positivo, sino más aún al derecho natural que es anterior y preexistente.
  - b) Sostiene que genéricamente no debe existir subordinación: por una parte niega la existencia del derecho natural, y por otra dice que el estado no debe subordinarse siquiera al derecho positivo, porque este último es producto de su propia creación. J. E. Bellido (2016 p. 95-150)

De lo expuesto se deduce: si bien las reglas y las normas de derechos humanos convenidas universalmente sirven de base normativa, a los Estados, éstos deben establecer en un contexto nacional, e incluir en la cultura, en la historia y en la filosofía política del Estado. Es decir, cada Estado, por tanto, experimenta el desarrollo nacional de su sistema de derecho de manera diferente. No obstante, los Estados confirmantes de aceptar los derechos humanos comparten características fundadas en reglas y normas internacionales.

En Ecuador, las discriminaciones jurídicas excluyen a las titulares de derechos. Discriminaciones extendidas a todos los ámbitos de la sociedad y que padecen históricamente las mujeres. El Estado ecuatoriano en el Art. 35 de su Constitución garantiza a las adultas mayores, mujeres embarazadas, mujeres privadas de la libertad, adolescentes, y niñas los derechos de las personas de atención prioritaria; dentro de estas garantías: la atención en salud, en educación y en el acceso a la justicia. Estas garantías son solo declaraciones en la ley, son enunciados filosóficos de sus principios. En realidad, en la práctica no se cumplen. Tampoco existen medidas de acción positiva para corregir las desigualdades de hecho y compensar la postergación histórica sufrida por las mujeres y promover de esta forma la igualdad efectiva en la práctica cotidiana de la vida

familiar en los órdenes económico-sociales. Por lo tanto, el Estado ecuatoriano no cumple con la práctica de los derechos humanos.

El Sumak Kawsay presente en la Constitución de la República del Ecuador desde el preámbulo para enraizarse en el título VII desde el Artículo 340 hasta el 415, pretende devolver a la sociedad la forma de construir un tiempo social, restituir a los seres humanos su tiempo personal e histórico, para que puedan vivir sus vidas plenamente dentro del marco de la cosmovisión andina del sinfín del churo pensamiento entendido a través del pensamiento de Bolívar Echeverría, Quijano, Boaventura de Sousa Santos, Rita Segato, Zafaroni y Josef Estermann como (Ejercicio de responsabilidad y cuidado de la vida de las comunidades y la Pachamama para una promoción y liberación integral en el presente, con la lectura del pasado siempre adelante; pero también en viceversa y el futuro que no se ve, pero que es producto de las vivencias del pasado y lo que se vive en el presente en igualdad y justicia. En resistencia a la globalización y capitalismo que dominan, despojan y destruyen las identidades de los pueblos y la naturaleza).

El Estado y los derechos humanos son dos fases del derecho de igualdad, sustancia de la dignidad. El Estado, el derecho y los derechos humanos, por tanto, guardan una relación indivisible e intrínseca.

## *2.1.2. Teoría del Estado y Derecho Político*

El Estado tiene personalidad porque existe en y por las personas. Al igual que los derechos humanos no existirían si no hubiera personas. Aunque el Estado no surge ni subsiste sin los individuos, es una unidad estable. Las personas pueden cambiar o substituirse, pero siempre tiene que haber personas que remplacen a los que han desaparecido. Esta realidad social que es, al mismo tiempo, independiente y dependientes de las personas, porque existe y dura por ellas, se llama persona moral. El Estado es esa persona moral que es a la vez persona jurídica, porque sirve de soporte al derecho para que actué como sujeto en el mundo jurídico.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU está conformada por los representantes de la persona jurídica del estado, son esas personas morales las que proclaman la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo último del preámbulo señalan:

...como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos,...

La imputación jurídica del Estado radica en que la idea de la personalidad jurídica también sirve para afirmar la continuidad del Estado en el tiempo y en sus instituciones. Si el Estado no fuera una persona jurídica, cada vez que cambiara un gobierno, los actos del gobierno anterior serían desconocidos por el nuevo. La personalidad jurídica del estado es distinta de los individuos que forman el Estado y de las personas que como gobernantes son titulares del poder de ese estado. Sin embargo, son los individuos y los gobernantes los que deben dar cuenta de la práctica de los derechos humanos.

### *2.1.3. Fines del Estado y los Derechos Humanos*

Se identifican como fines del Estado:

1. La realidad de los comportamientos políticos: en la actividad política todo se hace para alcanzar un fin que es la consecución del bien común. En la realidad de la política, el fin es una meta que no se consigue nunca, porque la actividad política es una actividad permanente cuyo fin no acaba en la norma.
2. El orden de las normas jurídicas: el fin del Estado está en las normas escritas o no y estas normas, en una constitución formal.

3. El orden del valor justicia: entendido como bien común o bienestar general. La práctica de los derechos humanos hacen sin duda, este bienestar.

En el contexto del Artículo 1 de la Declaración de los Derechos Humanos “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Caben los derechos de las personas de atención prioritaria.

El bien común que se considera como fin del Estado, al igual de los derechos humanos son el bien común público porque alcanzan a todos los individuos que conviven en una sociedad organización políticamente y porque satisfacen las necesidades de esa convivencia. Este bien es de pertenencia de las personas que forman el Estado. El bien común público es temporal: es un bien de la comunidad en el tiempo y en el mundo que comprende elementos materiales e inmateriales.

## 2.2. *La práctica de los derechos humanos y su participación en el bien común.*

Si el fin del Estado es el bien común público, todos los miembros de la comunidad deben participar en el cumplimiento de los deberes del Estado y han de beneficiarse con él de las garantías que brinda.

El bien común *público está directamente relacionado con el poder político del Estado*; ya que, para alcanzar el bien común el estado dispone de un poder, entendido como poder político del estado. La relación entre fin y poder consiste en que el poder existe para alcanzar el fin. ¿Para qué manda? Manda para alcanzar el fin. La medida del fin da la medida del poder.

El pensamiento pontificio asume la posición de Aristóteles y la filosofía tomista del bien común. La intervención del Estado para promover y alcanzar el bien común estará en función de las necesidades concretas en cada circunstancia. En el centro del bien

común se ubica la defensa de los derechos humanos, que además exige orden, paz, justicia social, por lo que, es responsabilidad del Estado estimular, ayudar, dirigir, conciliar y coordinar para la consecución de este fin.

La concepción de sociedad perfecta igual Estado. Esta perfección del Estado está sujeta al contexto histórico; así, de acuerdo a la cantidad y calidad de las necesidades humanas, podrá ser perfecto el Estado que las satisfaga en ese momento a través de la práctica y garantía de los derechos humanos, y dejará de serlo cuando no las pueda satisfacer, es decir, cuando los derechos humanos se han violado. Toda forma política que satisfaga las necesidades para lograr el bien común público, se constituye en ese contexto histórico, como la sociedad perfecta.

Tomado en 12 de 2017 de: <https://es.scribd.com/document/89694978/Teoria-Del-Estado>.

### *2.3. Crisis del Estado, el Liberalismo y Otras Formas de Estado*

Según Castillo (1999), Las causas que originaron la crisis de los Estados son precisamente, no poder utilizar ninguna de las antiguas formas de Estado, ya que, no se consideran adecuadas para satisfacer las necesidades de la sociedad y por lo tanto no posibilitan el realizar los fines específicos de la comunidad política; es decir, cuando existe crisis del Estado, implica crisis en todos sus aspectos social-jurídico y es provocada por:

1. Desconfianza en las ideas y las concepciones políticas que sostienen la historiografía del estado.
2. La modificación de las condiciones sociológicas. En los últimos tiempos muchos autores han llegado a afirmar que las transformaciones en la actualidad son mucho más profundas de lo que supone señalar el fin de la era industrial. Lo que se está produciendo es, un movimiento que va más allá de la modernidad, es decir, de las actitudes y formas de vida que se asocian con las sociedades modernas, como la fe en el progreso, en las ventajas de la ciencia

y en nuestra capacidad para controlarlo todo. La historia no tiene una forma concreta. Las grandes concepciones de la historia no tienen sentido. El mundo es plural y muy diverso. Todo parece estar fluyendo constantemente. (p. 10-45).

### 3. Evolución de las doctrinas políticas.

Francis Fukuyama sostiene que a raíz de las revoluciones de 1989 en la Europa del Este, de la disolución de la Unión Soviética y del movimiento hacia la democracia multipartidista que se ha producido en otras regiones, las batallas ideológicas del pasado han concluido. El fin de la historia es el fin de las alternativas. Fukuyama defiende que hemos alcanzado “el punto final de la evolución ideológica de la humanidad”. Publicado por Mg. Amelia Beatriz Yackow de Lampika diciembre (2017 en 13:45)

<http://sociologiautcd.blogspot.com/2010/03/la-dinamica-social-definicion-de-cambio.html>.

Esta tesis, hoy, se hace compatible con el fenómeno en el que cada vez se ven más integradas las sociedades del planeta. La globalización es una explicación del acontecer de los últimos tiempos a partir de un análisis de las doctrinas políticas, que convergen en un punto tal, que hacen el fin de la historia como tal: esto es, el punto final de la evolución de las doctrinas políticas. En este sentido, la ideología no se limita a las doctrinas políticas sino al gran mercado y su capital.

Nuevamente, señala Castillo sobre el Estado Liberal: Este tipo de estado es de servicio exclusivo del individuo. Funciona sobre la base de libertades individuales que el estado reconoce y respeta. Tiene sentido el Estado en la medida en que protege estas libertades. Sus características son:

- a. Constitución que regula al poder y la libertad.
- b. Equilibrio entre los poderes.



- c. Gobierno representativo como participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.
- d. Garantiza la igualdad legal y evita el abuso.
- e. Opinión pública fortalecida y que actúa para regular la actividad del estado. Castillo (1999 p. 10-45)

La presencia del Estado fascista será posible encontrarle a partir de la crisis del Estado liberal, al término de la guerra de 1914-918, que da lugar a la creación del comunismo y del fascismo.

En la práctica es el Estado Nacional-Socialista, que transforma la organización federal alemana y lo convierte en un estado centralizado autoritario y totalitario. El pueblo adquiere, una noción de carácter étnico: la unidad de la raza aria. Todos individuos de una misma sangre, que tienen los mismos rasgos hereditarios físicos y psíquicos. El conductor del Estado Nazi, como se le conoce popularmente, era el caudillo o jefe supremo, el Führer, encargado de ejercer el poder en forma autoritaria y totalitaria.

A partir de la lucha de clases, del reclamo de los que menos tienen en lo económico, contra los que más tienen, nace la doctrina socialista que postula la intervención del estado para dar fin a la injusticia. La característica principal del Estado socialista en sus más diversas expresiones: soviética, cubana o venezolana, es la organización de la economía, es decir, que el Estado funcione como el propietario de los medios de producción. Doctrinas que fracasaron ampliamente.

Se conoce como totalitarismos a las ideologías, los movimientos y los regímenes políticos donde la libertad está seriamente restringida y el Estado ejerce todo el poder.

Como evolución del concepto se ha desarrollado el estado de derecho por el que se incluyen dentro de la organización estatal, aquellas resultantes del imperio de la ley y la división de poderes

(ejecutivo, legislativo y judicial) y otras funciones más sutiles, pero propias del Estado, como la emisión de moneda propia.

El Estado; hoy en día, es igual a constitución, es un Estado de derechos y justicia social, porque ésta es el modo y la forma en que se organiza el régimen del estado, tanto en su estructura, como en su existencia y su realización. Los derechos ordenan a la política. Puesto que, los derechos son el pensamiento y la voluntad de los individuos acerca del fin que se proponen y los medios para alcanzarlo. Son ideas de derecho y filosofías políticas con un contenido de doctrinas, principios y puntos de vista que representan el pensamiento acerca del ser y el deber ser del Estado. Así como, el cumplimiento y la garantía del cumplimiento de los derechos humanos.

Afirma Sancari 2016 p. 40:

Como es bien conocido, en nuestro país –y en general en toda la región– la educación pública resultó altamente eficaz en ser un pilar fundamental del proceso de socialización política, y la consagración plena de los derechos políticos fue el resultado de múltiples conquistas sociales. Junto con la identificación de un conjunto de libertades que posibilitan una participación política guiada por la determinación autónoma de la voluntad de cada individuo, la concepción liberal del Estado concibe que la participación política queda delineada como expresión y resultado de otras libertades tales como la libertad de pensamiento, de religión, de imprenta, de reunión, etc.

Se entiende claramente qué; hoy en día, el espacio de derechos ciudadanos se ha desarrollado y evolucionado hacia el horizonte de la concepción de dignidad humana. Puesto que, los derechos humanos van desde los derechos civiles y políticos, los sociales y económicos hasta los de solidaridad incluyendo tópicos tales como la ecología, la libertad sexual, la igualdad de géneros, el desarrollo cultural, el derecho de las personas de atención prioritaria, el derecho de los consumidores, hasta los novedosos derechos informáticos y el ciberespacio. Es por lo expuesto que en las democracias de hoy la idea de ciudadanía excede ampliamente su aspecto político.

#### *2.4. El Estado, la globalización, el factor económico y los derechos humanos*

El factor económico influye y gravita sobre el fenómeno globalización mientras debemos, mantenernos pendientes de que el poder económico no se confunda con el poder político. La intervención del Estado en la economía no tiene otra justificación que la de impedir la injusticia. La persona es un ser íntegro y única en su individualidad, es parte intrínseca de la sociedad y del estado. La sociedad, en cuanto la convivencia involucra acciones, relaciones y procesos; un quehacer y actuar de personas socialmente. Podemos entonces entender por sociedad, al agrupamiento humano y el conjunto de sus comportamientos. La sociedad es esencialmente alteridad y esto es esencialmente dinámico, es un proceso de movimiento que hoy en día tiene como producto fundamental de esta dinámica es el fenómeno de la globalización.

La dinámica social estudia los procesos sociales. De esta manera, podemos estudiar la moda, el lenguaje, la universidad, las clases sociales, el mercado global, su incidencia en los Estados, ciertos comportamientos comunes de personas de diferentes Estados situados en diferentes partes del globo terráqueo, etc. Estos elementos no son inertes y, por el contrario, presuponen una dinámica social. En la dinámica social describimos la actividad de las personas, sus actos sociales con todas las conductas y comportamientos que cumple la persona socialmente, así, con estos estudios se pretende entender el fenómeno de la globalización.

Sobre la convivencia y asociación de las personas como sociedad organizada existe la relación de dominación de tipo económico, jurídico e institucional y reconoce legitimación ética. Esto se ve reflejado:

1. Como orden jurídico: Kelsen depura al Estado de todo elemento sociológico, político o valorativo y llega a considerarlo solo como una creación del derecho. Al contrario de Kelsen, hoy el Estado es sociedad económica, política

de valor económico. No es la creación del derecho. Es la creación de las circunstancias del mercado y su economía.

2. Como relación jurídica: Estado y la relación jurídica que existe entre el gobernante y la comunidad en lo nacional y en lo internacional la relación entre otros Estados.
3. Como unidad jurídica: deriva del orden jurídico. Es el ordenamiento jurídico el que organiza y unifica al Estado en lo nacional, en lo internacional, es el ente que garantiza el cumplimiento de los derechos humanos.
4. Como persona jurídica o sujeto de derecho: el Estado es una persona jurídica y esa personalidad jurídica que le otorga el derecho se ubica por encima de una realidad social que no ha sido creada por el derecho sino que ha surgido espontáneamente, como si el planeta quisiera ser uno solo en su pensamiento. De allí que, pareciera que fuerzas poderosas tratan de amasar al género humano y lo que antes parecía maravilloso ser el ciudadano del mundo, hoy parece ser un ciudadano sin identidad. Pero, esta persona jurídica llamada estado, debe dar cuenta y razón de cómo se aplican los derechos humanos tanto a sus propios ciudadanos como a la comunidad internacional. Ciertamente que el estado es su soberanía consiste en la no dependencia, en la no subordinación. Es el poder originario no compartido. Sin embargo, en el fuero internacional debe cumplir y hacer cumplir los derechos humanos como la norma jurídica de carácter universal que es.

Aun, cuando la crisis del Estado ya parece haber sido superada, y la globalización envuelve a todo el mundo, es importante señalar que para la organización política es obligación permanente la revisión de las estructuras del estado.

Los niveles de pobreza en los principales países del mundo no han logrado ser reducidos y ahora esta crisis es acompañada

por las novedades de los últimos tiempos con el desmembramiento de la URSS, la guerra por el petróleo en los países árabes y la recesión norteamericana. Por momentos los sistemas políticos parecen rebasados por los acontecimientos de carácter económico.

Actualmente los Estados constitucionales, de derecho y de derechos están sobreviviendo condicionados por la presencia y la actividad de las organizaciones criminales transnacionales, la migración, por el aumento de los indicadores de la pobreza y por la falta de crecimiento económico. Sin contar, que se han radicalizado los efectos del problema más importante del mundo, el calentamiento global.

Los modelos de Estado que fueron probados en toda su intensidad, han demostrado que no lograron cumplir con los fines del Estado, ni con el bien común, ni han servido como garantes de las libertades de la persona humana y tampoco de la persona no humana. Los equilibrios del poder se han roto, y las representaciones políticas no consiguen funcionar al ritmo de las exigencias y de las necesidades del pueblo en el contexto del gran mercado capitalista de la globalización.

Se ha convertido en urgente llevar a cabo una revisión de las estructuras del Estado, para así, poder encontrar las respuestas necesarias para hacer realidad un Estado en el que exista armonía entre el ejercicio del poder y las libertades, un ambiente propicio para la pluralidad y la diversidad, que se sustente en la participación ciudadana, que respete las libertades constitucionales y actúe con base al estricto principio de igualdad en la garantía de la práctica de los derechos humanos.

La presencia de la sociedad civil y la fuerza que ha adquirido la opinión pública, son elementos fundamentales de la democracia, entendida como participación absoluta en todo el estado, incluso en la toma de decisiones. La constitución ecuatoriana regula esta participación ciudadana en los artículos del 60 al 65.

## 3. Conclusiones

Se planteó como hipótesis que, *el estado de derecho es el medio para la promoción y protección del marco normativo común de los derechos humanos*. Puesto que, proporciona una estructura a través de la cual el ejercicio del poder se somete a normas convenidas, garantizando la protección de los derechos humanos y la forma de como incidir como estado; lo que queda probado a través de la presente investigación:

La incidencia de los derechos humanos a nivel general de todos los estados confirmantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los cuales son 193 estados, se centra en el ser humano y garantiza su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia.

El constitucionalismo moderno formula un tipo de Estado y de constitución que responden a las limitaciones que hace el derecho al Estado, para dar seguridad a las personas, proteger su libertad y sus derechos individuales. Siendo ésta una forma de incidir de los derechos humanos en el estado. En Ecuador Los derechos Humanos son el marco jurídico de los derechos de las personas con atención prioritaria.

Se manifiestan en el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador: “Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. En los Artículos de la misma, desde el Art. 66 hasta el 83 están los derechos humanos constitucionalizados. Que, siendo de régimen nacional, es también del internacional.

Una de las incidencias de los derechos humanos en nuestro país es el *Sumak Kawsay*, entendido como el Buen Vivir o Vida a plenitud. Esta forma de relacionamiento del buen vivir se manifiesta en una existencia austera, sobria y solidaria en la reciprocidad de la vida, de los bienes y de la equidad con los pueblos, con

los pobres y con el hábitat ambiental. En oposición a los ídolos de la riqueza-ser rico y del poder, del tener, de la vida del lujo y el consumismo.

No basta con que los derechos humanos estén bien definidos en la Constitución y desarrollados en la Ley, para que la idea de la verdad en acción se haga realidad es primordial que estos sean ejercidos, y para ello, cada ciudadano tiene que conocerlos, vigilar que se cumplan y defenderlos, siendo obligación del Estado fomentar una cultura para que efectivamente se logre la participación y debida protección de los mismos. Es lo que al respecto señala el Art. 83 de la Constitución ecuatoriana.

En definitiva, aunque no logren las normas jurídicas por completo ni a cabalidad el cometido de sus fines, son la razón esencial de ser del Estado, fundado en derecho como medio para la paz y justicia.

# Paradigmas en la Educación Superior Pública del Ecuador: Caso UCE

Patricio Sánchez Padilla, PhD.<sup>152</sup>  
Héctor Tapia Ramírez, PhD.<sup>153</sup>

## Resumen

Investigación que aborda los parámetros legales del financiamiento público a instituciones de Educación Superior en el Ecuador. Se analiza la fórmula de asignación de presupuesto, así como los paradigmas de gratuidad, el sistema único de Admisión y nivelación de cupos en la universidad pública y la funcionalidad de los retos que éstos aplican a las carreras de ciencias sociales de la Universidad Central del Ecuador. La investigación de este ensayo es deductiva al identificar los principios generales de la aplicación del cálculo de asignación presupuestaria en la Universidad Central del Ecuador, es de carácter cuantitativo al analizar datos oficiales de la UCE y de la SENESCYT, usando un enfoque descriptivo.

## 1. Introducción

El presente artículo analizará los paradigmas y desafíos actuales de la Educación Superior visibilizados en la Universidad Central del Ecuador, UCE entre 2017- 2019, la institución más antigua del país y la universidad pública con mayor oferta académica y mayor demanda estudiantil en el sistema de educación superior ecuatoriano. Esta investigación, de carácter descriptivo, se alimentó de entrevistas a docentes, alumnos y personal administrativo de la facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y

---

152. **Patricio Sánchez Padilla, PhD.**- Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Docente de Derecho Internacional e Integración. [epsanchezp@uce.edu.ec](mailto:epsanchezp@uce.edu.ec).

153. **Héctor Tapia Ramírez, PhD.**- Docente de Derecho Constitucional de la Universidad Central del Ecuador. Becado por Excelencia en el Instituto Berg de Derechos Humanos-España. Encargado de los programas de movilidad estudiantil internacional de la UCE. [hptapia@uce.edu.ec](mailto:hptapia@uce.edu.ec).



Sociales cuya información se contrastó y corroboró con datos oficiales del Consejo de Educación Superior, CES; el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior CACES; el Plan Estratégico de Desarrollo Institucional de la Universidad Central del Ecuador 2018-2022, PEDI; y el Informe Final sobre Evaluación, Acreditación, y Categorización de las Universidades y Escuelas Politécnicas Y Resultados de Acreditación Universitaria 2010-2012.

El contenido de esta investigación consta de tres acápites. En el primero se describe el paradigma de la gratuidad. El segundo describe el paradigma del sistema único de Admisión y nivelación a cupos en la universidad pública. El tercer acápite describe el financiamiento público, que seguidamente presentará las conclusiones de éstas en la Universidad Central. Este artículo no aborda decisiones políticas de autoridades del CACES, CES, SENESCYT, sino únicamente comparte con el lector la aplicación de dichas decisiones.

Finalmente, se comprobarán ideas base como: 1. La educación superior en la UCE es un proceso de mediano y largo plazo delineado constante, permanente y repetitivamente de acciones diarias de corto plazo que definen los siguientes pasos, donde quienes siembran no siempre cosecharán los frutos de los resultados, o para bien o para mal talvez sí. El problema no es la ley, es la falta de su aplicación. 2. El “no hay plata” es una frase muy poderosa y dañina que reduce el campo de acción y amplía la incertidumbre dejando en tela de duda todo proceso, sin embargo, desde el 2010 la UCE ha comprobado que el dinero es necesario pero más importante es su capital humano en la planta docente y administrativa. 3. La universidad es el pilar de cualquier sociedad, el espejo que muestra una discrepancia entre la letra escrita y las acciones dadas. A enero de 2018, la UCE posee más de 400 PhD, y sus publicaciones han crecido exponencialmente, llegando al millar, lo que ha permitido cumplir con la evaluación y acreditación de dos de las carreras más importantes del País, Derecho y Medicina,

entre otras. Es decir, los recientes paradigmas implementados en el Ecuador han sido aplicados e implementados según lo dispuesto en la Constitución, sin embargo es muy temprano para concluir que existen cambios profundos para reducir la brecha de conocimiento con otras economías de América Latina y el Mundo.

## 2. Los paradigmas de Educación Superior en la UCE

La educación es un derecho humano y constitucional en el Ecuador. Tal como lo describe el artículo 28 de la Constitución de la República del Ecuador, CRE. La educación posee características como: a) responder al interés público, además de no estar al servicio de intereses individuales y corporativos; b) tiene la garantía de acceso universal; c) permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna; d) posee obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.; e) promueve un diálogo intercultural, interactuando entre culturas, participando en una sociedad de aprender.

Específicamente, la educación superior es un sistema, que tiene como fin formar académica y profesionalmente a los individuos y posee características como: a) visión científica y humanista; b) la investigación científica y tecnológica; c) la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas locales y globales; d) la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo (art. 351 de la CRE); e) articulado al sistema nacional de educación y plan nacional de desarrollo; f) se regirá por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global; g) integrado por instituciones que no tendrán fines de lucro, siendo estas: universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados; (art. 352 CRE).

En este artículo partimos que las disposiciones constitucionales son un paradigma. El texto constitucional es la norma máxima en un Estado constitucional de derecho (Grijalva-Jiménez, 2011) lo cual es la norma inicial y final de cualquier disposición en la estructura del Estado, es decir, es la directriz que define el qué, o el cómo, o el quién y/o el cuándo de cualquier actividad en el Estado; y, para este estudio, se le ha denominado el paradigma o modelo de métodos y metodologías legítimas a aplicar en la educación superior en el Ecuador. En términos de Kuhn (1970) un paradigma es el desarrollo de la “ciencia normal” o la investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior. (Kuhn, 1970). Un paradigma es un modelo de pensamiento –*una forma de plantear y resolver los problemas*– compuesto por categorías –*o elementos que responden a preguntas del entorno*– ordenadas con sentido, secuencia y una finalidad puntual. (Tapia, 2018)

Dentro de los paradigmas de la educación superior pública del Ecuador que se tratan en este ensayo son: la gratuidad hasta el tercer nivel en la universidad; el acceso a la educación superior; el financiamiento de la institucional, y la internacionalización académica. Todos estos están regidos por la idea principal que la educación en el Ecuador es de interés colectivo y no individual (Art. 28 CRE) lo que define que estos paradigmas se aplican según las necesidades de la función ejecutiva del Estado y de los objetivos Nacionales de Desarrollo, siendo ésta todavía una política de gobierno y no de Estado al ser discreción del gobierno vigente y no tener una institucionalidad de estado en su totalidad. (Art. 353 CRE)

### **3. Gratuidad hasta tercer nivel en la universidad pública**

Partiendo de la idea que “Al existir un derecho, automáticamente se crea una obligación y prohibición” (Tapia, 2018). La gratuidad es una condición que permite al estado cumplir con sus propios principios constitucionales en esta materia (arts. 3, 26, 28, 353

CRE). Y ésta *–la gratuidad–*, como derecho está estrechamente condicionada a la responsabilidad académica de los estudiantes (como obligación) que de incumplirla pierden el privilegio de la gratuidad (prohibición).

El reglamento para garantizar el cumplimiento de la gratuidad de la Educación Superior Pública, aprobado el 02 de julio de 2014 define los parámetros de la gratuidad. En dieciséis artículos y ocho disposiciones generales, el Consejo de Educación Superior, CES, define los parámetros de cómo y quiénes acceden a la gratuidad (derecho); las responsabilidades académicas de las y los estudiantes (obligación) incluyendo los motivos de pérdida temporal, parcial o total este derecho (prohibición).

Para comprender este paradigma, primero hay que saber qué es la gratuidad. Para nosotros, se entiende por gratuidad el financiamiento del Estado para las y los estudiantes de educación superior que les exime de pagar los costes de bienes, servicios o actividades curriculares establecidas en la respectiva carrera para obtener un título universitario de tercer nivel, siempre y cuando cumplan con su responsabilidad académica estudiantil. (Véase CRE, LOES y el Reglamento de Gratuidad de la Educación Superior Pública 2014). Por otra parte, consideramos que la gratuidad incluye a la planta docente. Entendemos que la formación académica o pedagógica de la planta docente universitaria por ser también, una inversión financiada por el Estado ecuatoriano para cumplir con los parámetros establecidos por sus propias instituciones de control a través de las evaluaciones de educación superior, suma económica y de recursos considerables con visión muy ambiciosa que tiene como fin hacer de las universidades ecuatorianas importantes referentes y centros de investigación permanente, que a su vez, también poseen responsabilidad académica y de desempeño profesional del docente.

Entre los rubros del paradigma de gratuidad se encuentran: aranceles y matrículas de las asignaturas y cursos que forman parte del plan de estudios para titularse en la respectiva carrera;

también se incluyen cursos de lengua extranjera, de computación, itinerarios académicos, seminarios u otras actividades académicas obligatorias; También cubre el pago de servicios,<sup>154</sup> la contratación de seguros de vida y accidentes, *–requisito obligado para las universidades públicas–*; y rubros correspondientes a las actividades complementarias de aprendizaje como salidas de campo, seminarios o proyectos de prácticas o vinculación con la sociedad debidamente registrados, aprobados y planificados en apego al Reglamento de Régimen Académico de cada institución (Art. 8 Reglamento de Gratuidad). Entre el periodo 2012 y 2018, 706.310 estudiantes han aceptado un cupo y han sido beneficiados de estudiar una carrera de tercer nivel. (Tabla No. superior de los cuales, matriculados)

La gratuidad no es un cheque en blanco, tiene condiciones como, por ejemplo, únicamente cubre rubros de una sola carrera por estudiante correspondientes a la primera matrícula, tasas de trabajos de titulación y entre otros. Y es aquí donde aparece la responsabilidad del estudiante. Si el estudiante no aprueba asignaturas por negligencia propia, éste pierde la gratuidad de forma total o parcial, es decir, la educación superior pública será gratuita siempre y cuando cumplas la responsabilidad académica estudiantil de aprender, estudiar, aprobar y cumplir los requisitos establecidos para obtener un título de tercer nivel. Según la Senecyt 182.043 estudiantes repitieron al menos 1 materia en el año 2015, es decir el 31% del total de estudiantes matriculados en ese periodo; mientras que en 2016 la tasa se redujo al 27,6 % *–164.008 estudiantes–*. (Tabla 11. Senecyt, 2018)

154. *–Servicios como el acceso y uso de bibliotecas, laboratorios especializados, servicios informáticos, de lengua extranjera, infraestructura científica y tecnológica, recursos bibliográficos, hemerotecas, servicios básicos, utilización de bienes y servicios institucionales relacionados al bienestar estudiantil, así como aquellos que garanticen el desarrollo efectivo de actividades de aprendizaje que conllevan riesgos, al igual que aquellos bienes, insumas, materiales, reactivos para prácticas de laboratorio y servicios necesarios para el ejercicio de la actividad académica, con excepción de bienes de uso exclusivamente personal e individual– Véase Art. 8 del Reglamento de Cumplimiento de Gratuidad.*

La gratuidad no incluye en su totalidad aún el financiamiento para representación de la universidad en eventos académicos o deportivos; así tampoco la movilidad académica a otras instituciones nacionales o extranjeras, tema que se tratará en letras posteriores.

En la historia del Ecuador la gratuidad ha estado presente, pero entendida de formas y concepciones distintas a la dispuesta en la Constitución de 2008. Antes los estudiantes podían reprobar, anular o abandonar sus estudios, probando una o varias carreras sin ninguna sanción o repercusión para ellos, haciendo que las finanzas públicas no sean devengadas de forma eficaz ni se llegue a una educación superior de excelencia.

Hoy por hoy, existen cada vez parámetros de evaluación y seguimiento, reglas más claras para esta nueva forma de entender la gratuidad que por supuesto, tiene y desafíos que enfrentar. Según el PEDI-UCE 2018-2021, existen serias debilidades y amenazas que pueden afectar la gratuidad, entre ellas, la asignación presupuestaria y las políticas gobierno nacional gracias a que aún la educación superior no es del todo una política de Estado, y con ello, el cambio de parámetros para la evaluación de las carreras y universidades se alteraría según la coyuntura, lo cual afecta directamente a la asignación presupuestaria, el cambio de rumbo en las políticas de educación superior y sobre todo, la propuesta de un nuevo paradigma al modificar la constitución, consecuentemente se reforme la normativa inferior. Otro desafío que a criterio de este artículo es el más importante, es el cambio de mentalidad por parte de docentes, alumnos y las autoridades.

En cifras, de acuerdo a la rendición de cuentas 2018, la UCE, dependiendo directamente de la asignación presupuestaria del Estado, con el paradigma de gratuidad se atendió a cerca de 60.000 estudiantes de pre-grado en el periodo 2016-2019, incorporando aproximadamente de 6.000-8.000 estudiantes por año manteniendo una media anual de 40.000 estudiantes en aulas. (Rendición de cuentas UCE 2018)

Así mismo, tal como arriba mencionamos, la gratuidad aborda el área docente. El Estado ha asignado dinero para la formación de la planta docente para estudios de doctorado, llegando en el año 2018 a financiar a cerca de 500 doctorandos sólo en la Universidad Central del Ecuador. Esta planta docente, que en su totalidad llegan a los 2059 docentes y 698 funcionarios administrativos, hacen de la gratuidad el motivo de su gestión. En síntesis, cerca de 160 millones de dólares han sido desembolsados a la UCE en el año 2018 por parte del gobierno central, donde el presupuesto fue destinado para beneficiar al 95% de estudiantes en el paradigma de la gratuidad. (ibíd., pp. 7)

Por lo tanto, la gratuidad es una co-responsabilidad que debe tomarse con las respectivas diferencias de roles y segmentos poblacionales. La universidad pública posee realidades distintas a las universidades privadas y deben tener particularidades al momento de su evaluación. Entre estas particularidades se encuentran el volumen de estudiantes con un manejo propio de la naturaleza de cada institución por el percentil poblacional dedicado al perfil de egreso. De igual manera, los esfuerzos docentes y administrativos serán meras acciones de corto plazo si no existe una continuidad de las acciones definidas. Lo macro curricular debe venir vinculado con la capacidad de los alumnos en poder aprovechar los conocimientos impartidos siempre y cuando lleguen con bases adecuadas para el aprendizaje, de igual manera, los estudiantes de tercer nivel deben salir con bases idóneas para continuar sus estudios de cuarto nivel, caso contrario, la sostenibilidad y sustentabilidad de la gratuidad corre peligro. En otras palabras, la repetición de acciones administrativas, la evaluación y formación docente, conjuntamente con la continuidad de políticas universitarias públicas claras permitirán reproducir el modelo de gratuidad del sistema de educación superior pública del Ecuador.

#### **4. El Acceso a la universidad basado en un sistema regulado único**

Partiendo de que la educación es un interés colectivo y no individual (art. 28 CRE). El segundo paradigma a tratar es el acceso

a la universidad pública basado en un sistema único de selección. Esta iniciativa es uno de los medios para regular y evaluar el desempeño de la educación. La selección de los estudiantes, para la asignación y optimización de cupos en el sistema superior público está basado en tres parámetros: a) Puntaje de postulación, b) cupos ofertados por las Instituciones de Educación Superior (IES); y, c) Elección del postulante de forma libre y voluntaria de las carreras, en función del orden de prioridad que éste haya asignado al momento de dar el examen de postulación.<sup>155</sup> (SENESCYT, 2018). El sistema de selección es netamente merito-crático asignando el cupo al estudiante con el puntaje más alto sucesivamente hasta cumplir con los cupos disponibles en las pruebas “Ser Bachiller”.

De acuerdo a la información pública del SENESCYT “(...) *El examen Ser Bachiller es el instrumento que evalúa el desarrollo de las aptitudes y destrezas que los estudiantes deben alcanzar al culminar la educación intermedia y que son necesarias para el desenvolvimiento exitoso como ciudadanos y para poder acceder a estudios de educación superior.... A través de esta evaluación se define un porcentaje de la nota de grado de los estudiantes de Bachillerato y el puntaje de postulación a la educación superior (...).*” (SENESCYT, 2019)

Esta valoración ha evolucionado desde su implementación inicial. En diciembre de 2012 arranca el Sistema Nacional de Nivelación y Asignación, SNNA donde se asignan los cupos mediante este examen, y con ello, se controla gubernamentalmente la oferta académica pública de la educación superior. Dentro de esta modalidad, desde el 2012 al 2019 se han modificado más de seis ocasiones los parámetros de oferta y asignación de cupos, así como

---

155. Véase Art. 356 de la CRE; Art. 74, 81, 82-b, 182, 183-e de la Ley Orgánica de Educación Superior LOES de 2018. Reg. Of. 297 de 02 de agosto de 2018.; art. 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior; y Reglamento del Sistema Nacional de Nivelación y Admisión SNNA de 05 de diciembre de 2018; Acuerdo No. SENESCYT-2018-096.



matrículas y requisitos del contenido del examen.<sup>156</sup> Inicialmente se define mediante resolución el puntaje mínimo de postulaciones, el mismo que es derogado cinco años después.<sup>157</sup>

Desde inicios de la creación de esta modalidad de selección, en el 2008 ya se planteó la construcción de un examen que respete la heterogeneidad de la calidad educativa pero que potencialice las habilidades y aptitudes de los estudiantes, (Espinosa, 2008, pp. 174-176) buscando parámetros internacionales y estándares comparativos con normativas de España, Argentina, México, Colombia, Chile y Brasil. (Calvas, 2008) Las dudas de implementación giraron en tres temas: la primera era si es posible a través de una prueba evaluar los conocimientos o aptitudes de los estudiantes. La segunda era el tipo de prueba de admisión, si ésta debe ser de conocimientos o aptitudes, y qué conocimientos y qué aptitudes deben evaluarse. La tercera fue sobre la metodología usada para el planteamiento de las preguntas de las pruebas de admisión, si deberían ser abiertas o de opción múltiple. (Espinosa, 2008 pp. 184) Finalmente, el examen “SER BACHILLER” consta de cinco campos de evaluación: de dominios: matemático, lingüístico, científico social, y de aptitud abstracta. Es un examen digital con 160 preguntas.

El examen tiene dos fines: el primero es regular la oferta académica de la educación superior pública, donde el CES es el que ratifica el número de cupos a ofrecer por periodo académico, en función a las capacidades logísticas, operativas y de acreditación de cada universidad pública, además de un porcentaje del 10% de cupos en universidades privadas. La segunda es definir la oferta

156. Véase Reglamentos SNNA: Acuerdo No. 2012-076 de 21 de noviembre de 2012; Acuerdo No. 2014-013 de 01 de abril de 2014; Acuerdo No. 2014-020 de 03 de febrero de 2014; Acuerdo No. SENESCYT-2017-065 de 20 de febrero de 2017; Acuerdo No. SENESCYT-2017-124 de 20 de abril de 2017; Acuerdo No. SENESCYT-2018-096 de 05 de diciembre de 2018; Acuerdo No. SENESCYT-2019-030 de 12 de abril de 2019.

157. Véase Res. No. 2012-013 de 10 de mayo de 2012, sobre “Puntuación mínima necesaria para estudiantes que postulan a las carreras de medicina en instituciones de educación superior del Ecuador”.

profesional y académica en función de calidad, pertinencia<sup>158</sup> y relevancia. (Art. 107 LOES) Es decir, busca crear la oferta en función de las necesidades sociales y del mercado laboral nacional. Por ejemplo, si el CES observa que en el Ecuador hay exceso de abogados, el Estado ofertará cupos mínimos en las facultades de jurisprudencia. En cambio, si el Estado requiere ingenieros industriales, las universidades ofertarán más cupos en esta carreras, controlando así la saturación del mercado laboral, y obviamente, optimizando el presupuesto en educación superior pública priorizando la inversión en educación universitaria en las carreras más requeridas por el Estado.

Desde los años setentas hasta la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, LOES en 2010 cada universidad decidía de forma independiente los requisitos para admitir estudiantes. Una vez entra en vigencia la LOES ya el Estado mediante el CES regula el acceso al sistema único para universidades públicas sin importar tipología; dejando la discreción a las universidades privadas sus métodos de admisión. (ASESEC 2016, pp. 7) Así como era discrecional la admisión, de igual forma, los mecanismos de graduación eran criterio y decisión de las unidades académicas y carreras de las propias universidades, sin tener relación directa y legalmente regulada con la calidad académica como política de Estado. Para bien o para mal ahora cada IES debe tener una unidad profesional y de titulación con sus correspondientes prácticas pre-profesionales, resultados de aprendizaje, proyectos de vinculación y perfiles de egreso predefinidos, aprobados

---

158. Art. 107 LOES. PERTINENCIA.- Consiste en que la educación responda a las expectativas y necesidades de la sociedad, a la planificación nacional, y al régimen de desarrollo, y a la perspectiva de desarrollo científico, humanístico y tecnológico mundial, y a la diversidad cultural. Para ello, las instituciones de educación superior articularán su oferta docente, de investigación y actividades de vinculación con la sociedad, a la demanda académica, a las necesidades de desarrollo local, regional y nacional, a la innovación y diversificación de profesiones y grados académicos, a las tendencias demográficas locales, provinciales y regionales; a la vinculación con la estructura productiva actual y potencial de la provincia y la región, y a las políticas nacionales de ciencia y tecnología.

por cada universidad y evaluados periódicamente por el CES y sus dependencias.

En este último punto, la agenda 2035 (ASESEC, 2016) explica que la oferta académica de la educación superior se concentra en un 50% (básicamente) en Quito y Guayaquil, mientras en la Amazonía es casi inexistente. Los matriculados en 2014 en Administración de empresas y Derecho corresponden al 31,03%; en Salud y Bienestar 13,10%; en ingeniería, Industria y Construcción al 12,09%; en Ciencias Sociales al 11,10%; en Educación al 10,20%; y a las 5 áreas restantes tienen el 18,39 de matriculados.

<b>OFERTA ACADÉMICA DE MATRICULADOS AL 2016</b>	
<b>Carrera</b>	<b>Porcentaje de matriculados</b>
Derecho y Administración de empresas	31,03 %
Salud y bienestar	13,10 %
Ingeniería, industria y Construcción	12,09 %
Ciencias Sociales	11,10 %
Educación	10,20 %
Cinco áreas restantes	18,39

Fuente: ASESEC 2016.

Para comprobar de primera fuente consultamos a diez docentes y expertos en asuntos académicos para que expliquen el procedimiento de la construcción de la oferta académica en cada IES. Se les consultó sobre “Cómo se crea la oferta académica en la educación superior pública. Los docentes (2 directores y decanos) manifestaron que, en respuesta a un oficio del SENESCYT, ellos informaban el número de estudiantes que se inscribieron el semestre anterior, el número de bancas, aulas, acreditación de la carrera, y el presupuesto asignado para el periodo lectivo anterior y el actual, junto con su nivel de ejecución vigente. En conclusión, todos concordaron que el número de cupos que la universidad ponía a consideración, el SENESCYT decidía y casi siempre era un número superior al informado por las IES. Otros funcionarios

y expertos (seis en total) explicaron que, aparte de los informes remitidos por las IES, (tanto decanatos, unidades académicas, direcciones de carreras y vicerrectorados); el CES y sus dependencias, enviaban funcionarios a hacer constataciones en territorio, los cuales levantaban información comprobando la información enviada por las IE, así como las instalaciones y demás elementos requeridos para impartir clases. Finalmente, estos informes (IES y Funcionarios CES), proyecciones, análisis del mercado laboral y la capacidad operativa de las IES definen el número de cupos a ofertar en el semestre siguiente. (Entrevistas, 2019)

Por otro lado, inconformes de lo que nos dice únicamente el reglamento, se levantó otra encuesta, de dos preguntas, dirigidas a diez estudiantes. Se consultó sobre: 1) cómo se ingresa a la universidad pública; y, 2) cuántas veces rindieron el examen SER BACHILLER intentando ingresar a la universidad y carrera que deseaban.

Los resultados fueron sorprendentes. Los diez alumnos nos explicaron que debían presentarse a la Examen Nacional Evaluación Nacional Ser Bachiller, debían seguir algunos pasos previos para ello. Registrarse y crear una cuenta en una plataforma informática; Registrar sus datos incluyendo su autodefinición étnica, lugar de residencia, y la unidad académica donde cursó sus estudios de bachillerato; llenar una encuesta de factores asociados, donde hay preguntas sobre la condición socio-económica y de inclusión familiar, entre otros; y, finalmente un comprobante de constancia del trámite realizado. El sistema le asigna un usuario, contraseña donde elige hasta cinco opciones que desee estudiar; luego se le asigna hora, fecha y sede para rendir el examen. El examen se da una vez por convocatoria (semestre). Dentro del Sistema Único de admisión y nivelación, las IES pueden solicitar, a parte del puntaje final del examen, los antecedentes académicos del colegio donde estudió y acciones afirmativas de ser el caso. Finalmente, se asigna el cupo en función a lo que el SENECYT considera al inicio de este acápite. Para todo este proceso los alumnos, en su

totalidad, nos comentaron que se inscribieron cursos de nivelación particulares varias veces, además del apoyo del colegio, si éste existiera, caso contrario no hubieran logrado un cupo.

En la segunda pregunta; *“cuántas veces rindieron el examen SER BACHILLER intentando ingresar a la universidad y carrera que deseaban”* se encontró que los estudiantes para ingresar a estudiar Derecho en la Universidad Central repetían hasta tres veces el examen con el fin de estudiar lo que deseaban. (3 estudiantes rindieron tres veces; 6 estudiantes dos veces; y, 1 estudiante entró directo). De igual manera nos comentaban que sus familias invirtieron al menos un curso de nivelación privado, y que la demanda de estudiantes era de casi cinco o seis solicitantes por cada cupo en cada convocatoria, complicando de sobremanera la ilusión de la población de bajos recursos acudir a estudiar una carrera universitaria. Otro dato interesante fue la falta de coordinación entre formación y educación de bachillerato con las exigencias del examen de evaluación, algo que los diez encuestados manifestaron. Al considerar que la educación de bachillerato tenía muchas falencias que afectaba el desempeño de los estudiantes al momento de rendir el examen, y que nuevamente, si no se inscribían en clases particulares de nivelación no hubieran logrado un cupo en la universidad.

En síntesis, la gratuidad hasta el tercer nivel de educación superior se basa en responsabilidad de los estudiantes, sus méritos académicos de bachillerato, sus acciones afirmativas de ser el caso, los cupos de las universidades y las necesidades del Estado en cuanto al mercado laboral. Sin embargo, existe un trabajo de hormiga de parte de las IES, de las universidades y específicamente de las carreras donde los estudiantes aspiran. La Universidad Central del Ecuador y la Facultad de Derecho han realizado esfuerzos titánicos en infraestructura, bancas, contratación de docentes, formación de docentes con exigencias del SENECYT y aún así se considera que el sistema debe perfeccionarse, ya que al 2019, siete años de implementación es muy poco para saber si ha sido un éxito

la implementación de la medida, sin embargo, los resultados son plausibles. La gratuidad con responsabilidad del estudiante, ha dado frutos, definiendo parámetros de calidad y seguimiento gubernamental, respetando la autonomía universitaria.

## 5. Presupuesto público para Educación Superior

El tercer paradigma a tratar en este artículo es la asignación presupuestaria. La Constitución nos habla que será gratuita hasta el tercer nivel de educación superior. Luego la LOES nos explica que la *Asignación de recursos a IES en función de equidad y justicia, usando criterios y parámetros de calidad, excelencia académica y eficiencia*. (Art. 6. RAFDRDAEIES) Para comprender mejor los términos de los criterios calidad se refiere al cumplimiento de los parámetros de evaluación y acreditación de las IES, es decir, las universidades pública que estén acreditadas, tendrán un monto basado en un porcentaje definido, y quienes no estén acreditadas, tendrán únicamente parte de ese porcentaje. Las evaluaciones son quienes definen el porcentaje de dicho monto. El criterio de excelencia académica depende de la planta docente, el cumplimiento total de las exigencias de infraestructura y operacional de las IES, la cantidad de publicaciones de planta docente y alumnos, así como los avances científicos realizados por las carreras en las universidades. El parámetro de eficiencia es el buen uso y culminación del total del presupuesto asignado por el Estado en ese año periódico; es decir, Si gastas bien, entonces tienes más. Es la lógica del buffet. Si te comes todo, entonces pides más. Sólo pides lo que puedes masticar, caso contrario no habrá asignación presupuestaria igual si no se devengo en su totalidad.

En la UCE, el presupuesto consolidado codificado llegó a 168 millones de dólares en 2016, de este monto, gran parte se destina a gastos de personal, tanto docente como planta administrativa (56%); seguido por otros rubros como gastos corrientes (18%), bienes y servicios para inversión (6%), entre otros. El presupuesto para el año 2017 ascendió a 157 millones de dólares. La gestión financiera de la universidad está a cargo del Vicerrectorado

Administrativo y Financiero. Las principales limitaciones en este ámbito son tanto la fluctuación de las asignaciones presupuestarias, así como ciertos trámites administrativos internos que afectan la capacidad de gasto. El proceso de recesión económica que se inició a partir de 2015 significó una reducción de la renta petrolera y una disminución de los ingresos tributarios con la consecuente afectación a los ingresos del sistema universitario. En donde el problema más difícil fue que la asignación de recursos llegó entre octubre y noviembre, lo cual impidió que se devenga a tiempo el presupuesto, razón con la cual, la UCE no pudo devengar del todo. Obviamente, debido a las operaciones de una universidad de más de 40.000 estudiantes, tampoco se erogaron esos recursos por fallas humanas al interior de funcionarios de las facultades.

Fue interesante que en el 2018, la Facultad de Jurisprudencia ejecutó 94% del presupuesto asignado, permitiendo así entrar en los parámetros de eficacia presupuestaria, existen más de diez doctores PhD que se han graduado y han aportado a la producción de artículos indexados; así como otros 16 doctorandos que están en los últimos años de sus investigaciones, permitiendo que la facultad cumpla con los parámetros de excelencia académica para finalmente hacer referencia a que la Facultad de Derecho es la única carrera de Derecho de universidad pública acreditada por el CES, desempeñando así, con todos los requisitos solicitados por la SENESCYT.

La perspectiva a futuro es que los ingresos para las universidades al menos no disminuyan y se mantengan en los niveles actuales. Un grave problema, que se ha detectado como un factor común en las universidades públicas, tiene que ver con la baja capacidad de gasto de inversión, por trabas legales y administrativas que están presentes en el sistema de contratación pública del Estado. La Universidad realiza apreciables esfuerzos para generar recursos de autogestión, en el contexto de que la Constitución garantiza la educación pública gratuita hasta el tercer nivel. La creación de

la Empresa Pública abre nuevas expectativas para la generación de productos y servicios especializados generadores de ingresos.

Jurisprudencia posee cuatro programas de maestrías, de las cuales se buscan que sean un apoyo al financiamiento de la carrera en pre-grado. Cada año el CES aumenta los cupos de estudiantes, pero no asignan mayores recursos. En el año 2018 se recibieron 250 estudiantes por semestre. Para este semestre 2019-2020 se asignaron 350 cupos, es decir, más del 30% de la oferta académica en la facultad, lo que representa un reto gigante y también un riesgo por no contar con los recursos suficientes. La UDUAL ya lo dice, “El no hay plata es el pan de cada día, pero el aumento de estudiantes y su desempeño es una exigencia política del gobierno que traslada responsabilidades a las universidades y sus autoridades, haciendo de la educación un tema electoral.

Englobando lo antes expuesto, la eficacia, calidad y excelencia académica son los nuevos parámetros de financiamiento público del Estado central, las IES nos hemos obligado a cumplir y también a tomar medidas para conseguir recursos que permitan a la universidad pública, en especial a la UCE a seguir aportando al país con cerca del 33% de funcionarios judiciales del Ecuador.

## **6. Los puntos que concluyen este artículo son básicamente tres**

1. La educación superior en la UCE es un proceso de mediano y largo plazo delineado constante, permanente y repetitivamente de acciones diarias de corto plazo que definen los siguientes pasos, donde quienes siembran no siempre cosecharán los frutos de los resultados, o para bien o para mal talvez sí. El problema no es la ley, es la falta de su aplicación.

2. El “no hay plata” es una frase muy poderosa y dañina que reduce el campo de acción y amplía la incertidumbre dejando en tela de duda todo proceso, sin embargo, desde el 2010 la UCE ha comprobado que el dinero es necesario pero más importante es su capital humano en la planta docente y administrativa.



3. La universidad es el pilar de cualquier sociedad, el espejo que muestra una discrepancia entre la letra escrita y las acciones dadas. A enero de 2018, la UCE posee más de 400 PhD, y sus publicaciones han crecido exponencialmente, llegando al millar, lo que ha permitido cumplir con la evaluación y acreditación de dos de las carreras más importantes del País, Derecho y Medicina, entre otras. Es decir, los recientes paradigmas implementados en el Ecuador han sido aplicados e implementados en el Ecuador según lo dispuesto en la Constitución.

# Finiquito injustificado de Contratos Laborales en la pandemia, Covid-19

Ángel Teodoro Naranjo Estrada<sup>159</sup>  
Ángel Rafael Naranjo Albán<sup>160</sup>

## Resumen

En el presente artículo, se analiza el contexto general en el cual se dan por terminado los contratos laborales durante la pandemia por covid-19, su abordaje desde el punto de vista humano, legal, y las circunstancias en las que se desenvuelve, para considerarlo o no, injustificado. Para ello, se utiliza un método de revisión informática, de corte transversal, en el cual se recopila información de diferentes fuentes, presentando inicialmente que es el covid-19, como ha afectado al mundo, las diferentes medidas que se han tomado, que dicen los derechos humanos sobre la pandemia, como ha afectado a Ecuador, los términos legales que corresponden según la situación y como se aborda el tema en circunstancias especiales. Para concluir que existe una necesidad, partiendo del punto de vista humano, de salvaguardar la fluidez económica de la nación, ya golpeada por la pandemia, desde el cuidado de la fuerza laboral, ya que se determinaron 180.000 casos de despido durante la cuarentena en Ecuador, los cuales se manifestaron por razones injustas dadas las circunstancias del momento, que se presentaron por la pandemia mundial, lo que afecta el ingreso familiar y la posibilidad de sustento económico en los núcleos familiares.

**Palabras clave:** Pandemia - Trabajo - Código Del Trabajo - Derechos Humanos - Despido intempestivo.

**Sumario:** 1. Introducción, 2. Covid-19 en el mundo, 2.1 Qué es covid-19, 2.2 Evolución y cifras, 2.3 El distanciamiento social,

---

159. Decano y docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, Doctor en Jurisprudencia; Magister y especialista en Derecho de Familia, Email. [angenaes@yahoo.es](mailto:angenaes@yahoo.es).

160. Abogado en libre ejercicio de los tribunales del Ecuador. Email. [ángel.naranjo01@gmail.com](mailto:ángel.naranjo01@gmail.com).

2.4 Derechos humanos, 2.5 Como asumen la pandemia los diferentes países, 3, Covid-19 en Ecuador; 3.1 Castigado por el covid-19, 3.2 Impacto económico, 3.3 Derechos laborales en Ecuador, 3.4 Adecuación ecuatoriana a la pandemia; 4. Conclusión.

## 1. Introducción

A finales del año 2019, el mundo cambió para comenzar a vivir una nueva época en la que será de vital importancia la reestructuración de políticas económicas y de salud.

Los inesperados cambios que se derivaron de una precaria situación, causada por la aparición de unas condiciones extremas, y además muy específicas, que en el contexto del mundo actual se consideraban erradicadas, forman parte de ideas que para los expertos eran inviables, a juzgar por los avances tecnológicos, sistema de salud, manejo y controles de riesgo que son abordados desde diferentes perspectivas. Hoy en día dejó de ser ficticia esta posibilidad para convertirse en la realidad, planteando un reseteo a las políticas y administraciones del mundo entero; afectando el modo de vivir de casi todos los países; acarreando consecuencias sanitarias y clasificando la situación como una pandemia, afectando el fluir del día a día, como también la forma en la que se interactúa con el entorno laboral, social y cultural; de forma personal, se ve comprometida la integridad física y psicológica de cada persona. Enmarcado en un escenario de aislamiento y bajo medidas de contención, es de considerar las complicaciones económicas, específicamente en un sector vulnerable de la población, como lo es, el trabajador.

La fuerza laboral de los pueblos, a pesar de ser indispensable, son esencialmente vulnerables a las políticas, restricciones, abusos e injusticias de parte de los empleadores, como de los gobiernos quienes, en ocasiones, no otorgan seguridad laboral total ante el procesamiento de alta y terminación de contratos laborales. Por ello, se expone brevemente en este artículo, el panorama general en el que se encuentra y desarrolla la situación laboral en relación a la pandemia por covid-19.

## 2. Codiv-19 en el mundo

### 2.1. ¿Qué es covid-19?

El covid-19 es una enfermedad infecciosa, altamente contagiosa que se propaga de una manera muy veloz entre las personas y presenta síntomas similares a los de la gripe los cuales se complican con gran rapidez, afectando al sistema respiratorio, causando en muchos casos un riesgo de muerte inminente.

También conocido como coronavirus, el covid-19 ha causado revolución entre la comunidad médica internacional, en primera instancia por la facilidad con la que se contagia, su tamaño particularmente grande que le permite resistir activamente durante largos periodos sobre superficies sólidas, un periodo tardío de entre 7 y 13 días para la aparición de sus síntomas, dentro de los cuales se encuentran la fiebre, el malestar general y la dificultad para respirar. Son estas, algunas de las características que lo hacen ser tan difícil de controlar y contener; desde la aparición de los primeros casos, que se lograron identificar como una nueva enfermedad, en la ciudad de Wuhan, China, a finales del año 2019, logró llegar a casi todos los países del mundo, provocando el padecimiento y muerte de mucha gente, mostrándose con especial vulnerabilidad, las personas mayores de 60 años (Trilla, A. 2020).<sup>161</sup>

### 2.2. Evolución y cifras

La expansión del Codiv-19, logró romper todos los esquemas pensados y los planes de contención por posibles enfermedades epidemiológicas. El 11 de marzo de 2011, la OMS (Organización Mundial de la Salud)<sup>162</sup> declara oficialmente a la enfermedad una pandemia debido a que, desde sus primeros casos en la ciudad de Wuhan, China, logró llegar a 144 países en alrededor de tres meses, considerando que los mismos fueron producto de la

161. (Trilla, A. 2020).

162. OMS (Organización Mundial de la Salud).

movilización social y de la migración, bajo las características particulares de la enfermedad, es decir, su facilidad para el contagio y su demora en manifestarse.

De acuerdo con las cifras presentadas por la Organización Mundial de la Salud para el 20 de junio del 2020, el covid-19, registra 8.664.022 casos de contagio confirmado, con 463.244 muertes, para una tasa de mortalidad ubicada para el momento de alrededor de 5%. Los países que se ven más comprometidos en la zona europea, son Rusia con más de 570.000 contagios y 8.000 muertes; muy seguidamente de Reino Unido con más de 300.000 casos y casi 43.000 muertes, luego España e Italia, con 246.000 contagios y 28.500 muertes, 238.000 contagios y 34.500 muertes, respectivamente; luego con menor número de casos se encuentran Francia, Turquía, Alemania, entre otros (Organización Mundial de la Salud, 2020).<sup>163</sup>

No obstante, todos estos números son superados y duplicados por Estados Unidos, quien presenta para la fecha un total encima de los 2.195.000 contagiados, con poco más de 119.000 muertes (Organización Mundial de la Salud 2020).<sup>164</sup>

América del Sur no ha sido la excepción cuando de contagios de covid-19 se habla; a pesar de que para el mes de abril no se registraban sino apenas unos pocos miles de casos encada país, para el curso del mes de Junio de 2020, la situación se muestra severamente incrementada, siendo Brasil el país que ocupa el primer lugar en latino América con un total 1.040.721 caso confirmados, y 49.090 muertes; Perú cubre segundo lugar con casos en con un total 248.000 casos confirmados y 7.660 decesos; seguidos de Chile, México, Canadá y Colombia, siendo Ecuador posicionado como el séptimo país más afectado, con mayor cantidad de muertes en relación a la cantidad de contagios. Se presenta encima de 49.000 caso confirmados, 4.000 decesos, es uno de los países que

163. (Organización Mundial de la Salud, 2020).

164. *Ibidem*.

ha visto crecer con alarma y de una manera exponencial la pandemia del covid-19 (Organización Mundial de la Salud 2020).<sup>165</sup>

### *2.3. El distanciamiento social*

A raíz de las características particulares de esta enfermedad, se hace necesario asumir las medidas necesarias de carácter sanitario para tratar de frenar el acelerado avance de la misma y así lograr disminuir el impacto que tiene a nivel de salud la desmedida forma en la que se deben atender casos y numerosas muertes inesperadas simultáneamente (Buzai, G. D. 2020).<sup>166</sup> Dentro de estas medidas, se considera la mas importante el distanciamiento social, que, si bien es difícil de concebir y comprender por muchas personas, ha sido necesario dentro del marco de la pandemia.

Esta condición, impone un régimen social que no era esperado por la humanidad en general, acarreando consecuencias, tanto psicológicas como estrés, ansiedad, frustración e influyendo de alguna forma sobre el comportamiento humano habitual de cada individuo, así como, consecuencias económicas y sociales (Urzúa, A. 2020),<sup>167</sup> haciendo inminente la necesidad de crear políticas que se adaptaran a las necesidades del momento.

La medida prioritaria del aislamiento, conlleva no solo a cese de actividades lúdicas y recreativas si no también al de las actividades económicas, y las labores en general, virtuyendo algunos escenarios laborales, como el trabajo a distancia y teletrabajo, pero desvirtuando en mayor proporción el trabajo tradicional, con el cese indefinido de actividades.

### *2.4. Derechos humanos*

En el marco de la pandemia, la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, establece una serie de

---

165. *Ibidem.*

166. (Buzai, G. D. 2020).

167. (Urzúa, A. 2020).

parámetros, en donde expone las directrices que, a consideraciones de los derechos humanos, se deben otorgar a cualquier persona según corresponda de acuerdo con cada caso particular, independientemente de las circunstancias de vida, necesidades básicas, capacidades y posibilidades de los individuos (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>168</sup>

Figuran dentro de esta aclaratoria, circunstancias tales como asegurar la atención médica necesaria y el acceso a las medidas sanitarias para cada persona, como medio de prevención y consideración primordial, para quienes están menos favorecidos por las medidas de distanciamiento social y cuarentena (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>169</sup>

La no discriminación por la sectorización de grupos sociales, inmigrantes, personas LGBT, grupos indígenas, entre otros; los gobiernos están en el deber de asegurar y proveer de vivienda, alimentación, agua, un medio ambiente sano y la posibilidad de atención médica indiscriminada a aquellos que se consideren en condiciones de vulnerabilidad en distintos aspectos (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>170</sup>

El derecho a la libertad y libre expresión se ve estrechamente ligado con la necesidad de información ya que solamente teniendo la información necesaria se puede lograr que las personas colaboren desde el conocimiento de la situación que el mundo atraviesa debido a la pandemia; el acceso a internet, la toma de decisiones colectivas involucrando a los afectados en la sociedad y considerando las necesidades de la gente es prioritario para el éxito de las medidas de protección ante la enfermedad (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>171</sup>

---

168. (Organización De Naciones Unidas, 2020).

169. *Ibidem*.

170. *Ibidem*.

171. (Organización De Naciones Unidas, 2020).

Adicionalmente, se manifiesta ciertos lineamientos para sobrellevar la crisis en el aspecto económico y laboral, el cual se ve directamente afectado por la misma. Se contemplan, como medidas para atenuar la crisis y asegurar la supervivencia, incentivos fiscales para trabajadores independientes, motivando y proveyendo los elementos básicos para que estos puedan permanecer en sus hogares, en colaboración con la situación de pandemia. Además, ingresos de emergencia con la finalidad de cubrir necesidades de alimentación, vivienda, salud e higiene; jornadas a distancia, permisos médicos remunerados, entre otros elementos que ayuden a sobrellevar la crisis (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>172</sup>

Los gobiernos, en sintonía con las exigencias y para el adecuado cumplimiento de los derechos humanos, se ven en la responsabilidad de asumir medidas económicas, que apunten a minimizar el impacto que pueda ocasionar en la población la crisis devenida por la pandemia, la posibilidad de pérdidas laborales, y que dicha disminución o cese de ingreso impacte de forma grave en las familias vulnerables dependientes en su totalidad de dicho trabajo para subsistir. Para ello, los incentivos fiscales y aportes, reorganización y apoyo, debe estar equitativamente dado en conjunción del sector público y privado, asegurando que se privilegien por encima de todo los derechos humanos ante la crisis (Organización de Naciones Unidas, 2020).<sup>173</sup>

## *2.5. Como asumen la pandemia los diferentes países*

De acuerdo con las necesidades y particularidades de cada país, se presentan medidas que, en conjunción con las políticas laborales previas, intentan crear un ecosistema de equilibrio entre las partes que conforman un contrato o relación laboral. Esto, es determinado adicionalmente por la evolución de la misma pandemia en el momento de ser dictadas ciertas medidas. Es el caso por ejemplo de Brasil, que, en un principio, subestimaba de cierta forma la

---

172. *Ibidem.*

173. *Ibidem.*



magnitud de la gravedad a la que podría llegar a tener y de las consecuencias sociales y económicas que se pudieran generar; siendo así, emitió una primera normativa en donde aprobaba la suspensión de contratos laborales por cuatro (4) meses a causa de la disminución del movimiento económico por la pandemia, medida que tuvo que ser detractada debido a la inconformidad de las personas, así, como por el avance y aumento desmedido de los casos positivos de covid-19 que se manifestaron rápidamente en el país. Además de ello, se implementó una subvención a las empresas y personas que calificaran dentro de la población de riesgo (Actualidad Laboral, 2020).<sup>174</sup>

Por su parte, la Argentina ha realizado un decreto en el que prohíbe la terminación de relaciones laborales en el contexto de pandemia por covid-19, y creado un programa de sustento para evitar el cese de las labores de empresas privadas, además de proveer a la población considerada económicamente vulnerable, con un ingreso de emergencia, entre otras aportaciones correspondientes para intentar mantener la economía a flote (Actualidad Laboral, 2020).

En Chile, casi de la misma manera que en Brasil, la consideración inicial no fue significativa debido a que se pensó que se podría controlar la pandemia, que no sería considerado como una situación de alto riesgo que ameritara políticas laborales especiales; situación que cambio rápidamente conforme avanzaron los contagios, pues, se fueron otorgando flexibilidades en las condiciones laborales con respaldo legal, como por ejemplo poder abandonar el sitio de trabajo si se consideraba de riesgo la permanencia en el mismo, y trasladar las actividades a ser realizadas a distancia con previo acuerdo escrito. Colombia, hizo obligatorio para los empleadores proveer las medidas necesarias de higiene y protección a sus trabajadores, así, como desestimo la suspensión de actividades de forma preventiva, como una causa de fuerza mayor ante la terminación de una relación laboral, debiendo estudiarse

---

174. (Actualidad Laboral, 2020).

los casos que se presentasen de manera excepcional (Actualidad Laboral, 2020).

### 3. Covid-19 en Ecuador

#### 3.1. Castigado por el covid-19

En la actualidad, Ecuador es uno de los países epicentros más grande en Suramérica de esta pandemia llamada covid-19, ya que presenta miles de contagios e innumerables decesos. Guayaquil, ciudad en la cual, la de muerte por covid-19 fue algo desbordante, representó casi 36% de las muertes de todo el país.

De acuerdo con reportes del noticiero internacional BBC News Mundo (2020),<sup>175</sup> se dice que el virus llegó al Ecuador, gracias a que los ecuatorianos son los principales emigrantes en España, y mucho de los familiares de estas personas se trasladaban constantemente entre ambos países.

Se discute, además, la propagación de la enfermedad en Ecuador; la falta de rigor en todas las medidas de los ámbitos sanitarios en el país, que no se asumieron adecuadamente como lo ameritaba una emergencia de esta magnitud. También, se discute la falta de responsabilidad de las personas por no respetar las medidas impuestas inicialmente para la prevención de los contagios, aun teniendo la información necesaria. Actualmente se han implementado medidas.

Este tipo de situaciones críticas, exponen siempre las necesidades de organización de un país como la desigualdad en ámbitos tanto sociales, económicos, culturales y de conciencia colectiva. Ecuador, está luchando para mimetizar los aspectos afectados por la pandemia. Muestra de ello, es encontrar numerosos casos de arrestos de personas que violaron la norma estricta de la cuarentena, tras su aumento exponencial de casos y fallecimientos.

---

175. BBC News Mundo (2020).

Por su parte, el Estado también creó estrictas normativas para la contención de la pandemia en el territorio, como mantener recluidos a los extranjeros que llegaban al país en un momento determinado en sus lugares de acogida u hogares, nuevas modalidades laborales, reducción de las jornadas de trabajo, utilización de uso de equipo de protección sanitaria (mascarilla, alcohol gel, distanciamiento), reducción de horario de circulación habitual, como toque de queda en todo el país, restringiendo la misma lo más posible y exceptuando las actividades esenciales. También sanciones y medidas de privación de libertad, a todas aquellas personas que no respeten de manera justificada la cuarentena.

El gobierno también tomó medidas esenciales para el país como el cierre de aeropuerto, cierre de fronteras y cancelación de eventos públicos desde principio de marzo (BBC News Mundo, 2020).<sup>176</sup>

### 3.2. *Impacto económico*

De acuerdo con informes del FMI se prevé que Ecuador será la segunda economía que decrecerá 6,3% en el transcurso del año 2020; la primera será Venezuela bajo el contexto de recesión mundial en el auge del covid-19, la cual fue causante de la caída del precio del crudo, adicionalmente el país en lo que va del año ha tenido pérdidas significativas en ventas por un valor de 14.101 millones de dólares de lo que va de la pandemia, a causa de la inactividad, producto de las restricciones y limitaciones por la cuarentena y las medidas de aislamiento obligatorio del comercio de hasta 70% de negocios, entre las áreas más afectadas se ubican diversos servicios, manufactura, la agricultura, el servicio de renta interna, segmentos de las ventas de vehículos y la agencia de viaje y las actividades gastronómicas y turísticas entre otros (Tapia, E. 2020).<sup>177</sup>

176. (BBC News Mundo, 2020)

177. (Tapia, E. 2020)

## 3.3. *Derechos laborales en Ecuador*

La República de Ecuador cuenta con una serie de derechos constitucionales en materia laboral, como garantía de apoyo al crecimiento y desarrollo económico de la nación, manifestando al trabajo como un derecho, considerando que este se suscite de forma voluntaria y sea retribuido justamente.

Legalmente, el trabajador tiene derecho a percibir una remuneración acorde con la labor desempeñada, además del reconocimiento de horas extras y honorarios adicionales según corresponda. Seguridad social, periodo vacaciones remuneradas, licencias por maternidad tanto para el padre como para la madre, entre otras bonificaciones y utilidades de acuerdo a las circunstancias (Código del Trabajo, 2006).<sup>178</sup>

La realización de la documentación y trámites relativos a los compromisos y responsabilidades laborales corresponden al empleador, así como de cumplir con las obligaciones de pago de sueldo, bonificaciones y aranceles correspondientes a la seguridad social y contrataciones respectivas (Código del Trabajo, 2006).

En relación a las obligaciones de los trabajadores en su función, estos, están comprometidos a ejecutar las actividades y labores para la cual han sido contratados, manteniendo la calidad del producto o servicio que se lleva a cabo, actuando de manera acorde, respetuosa y dentro de los lineamientos previamente acordados. Cumplir con los plazos temporales, el orden y cuidado del lugar de trabajo a su disposición, no favorecer hechos que incumplan de alguna forma la normativa de las instituciones, no divulgar información técnica o comercial que pudiera perjudicar o ver comprometido el proceso que ejecuta. Así mismo, está prohibido para los trabajadores poner en peligro su seguridad y la de sus compañeros, dedicarse a realizar actividades distintas a las acordadas dentro del horario

---

178. (Código del Trabajo, 2006)

de trabajo pautado, abandonar el trabajo sin una justificación legal (Código del Trabajo, 2006).

El Ecuador lucha constantemente por lograr la inclusión y la igualdad en términos laborales, por ello también protege con beneficios a trabajadoras del hogar, otorgándoles la posibilidad de que su labor sea reconocida como un trabajo formal y puedan tener acceso a la seguridad social, entre otros básicos de los trabajadores (Código del Trabajo, 2006).

Al hablar de las terminaciones laborales, se muestra una serie de consideraciones que prevalecen tanto para el despido como para la renuncia de un trabajador. Entre ellas se reflejan las diferentes posibilidades de acuerdos entre las partes, como son la finalización de servicio y obra, voluntad del trabajador o empleador, además del cese laboral por fuerza mayor, lo que comprende acciones fortuitas que imposibiliten la continuidad laboral, como incendio, terremoto u otros siniestros (Código del Trabajo, 2006).

Una figura que cabe destacar, es la del despido intempestivo, la cual consiste en el despido injustificado e intemporal de manera abusiva de parte de un empleador hacia un trabajador (Narváez Salazar, M. 2015).<sup>179</sup> De acuerdo con el Código de Trabajo de Ecuador (2006), existen ciertas circunstancias que hacen inefectiva esta acción, incurriendo sanciones mayores, como por ejemplo en el caso de las mujeres en estado de gestación, quienes gozan de inamovilidad laboral, lo que, en tal situación, sería inconsistente considerar un despido intempestivo.

### *3.4. Adecuación ecuatoriana a la pandemia*

La situación del pueblo ecuatoriano no difiere en mayor medida con la de los demás países que se han visto afectados en gran medida por la expansión de la pandemia en su territorio; problemas sociales, económicos, colapsos en los sistemas de

179. (Narváez Salazar, M. 2015)

salud, sobrepasando sus capacidades y previsiones ante una situación casi insostenible. En este sentido, es necesario que el gobierno asista las necesidades que se manifiestan por sectores (Villagómez, M. 2020).<sup>180</sup>

Inevitablemente, el colapso de los sectores de atención, las medidas que se indicaron para evitar la propagación del virus, aunado con las consecuencias colaterales de la baja económica mundial, deja devastado los diferentes sectores económicos y productivos en todos los países afectados por la cuarentena, la enfermedad covid-19 y el aislamiento social. Si se habla de la continuidad laboral, se concedió la autorización para seguir con las funciones, al área de la salud, seguridad, producción esencial de alimentos, medicamentos y exportaciones. Con la finalidad de promover la estabilidad financiera y la supervivencia de industrias básicas y de la economía nacional en sí. Para regular e intentar crear un balance positivo para la sociedad ecuatoriana, es una prioridad asegurar que los trabajadores van a poder conservar sus lugares, cargos laborales e ingresos a los que se deben para poder seguir viviendo (Villagómez, M. 2020).<sup>181</sup>

Ecuador, asumió medidas para sobreponerse laboralmente a la crisis, tales medidas, intentan privilegiar los derechos humanos en el marco de la pandemia. La suspensión de actividades laborales con derecho remuneración, claro está, bajo un acuerdo de posterior recompensa al empleador en términos de trabajo y responsabilidades, es una de las formas de asegurar a las personas que van a poder conservar sus trabajos, una vez la situación vuelva a su normal curso (Villagómez, M. 2020).<sup>182</sup>

La disminución de la jornada laboral, también es una opción que se presenta como viable para paliar la crisis laboral; en este caso puede realizar con o sin previo consentimiento del trabajador,

180. (Villagómez, M. 2020)

181. *Ibidem*.

182. (Villagómez, M. 2020)

aunque en el último caso ciertas condiciones aplican para el empleador, la reducción de la jornada implica también la reducción directamente proporcional del pago de sueldo, por lo que se vería afectado el ingreso del trabajador.

Las licencias son una alternativa relativamente viable en las que se puede mantener el trabajo, pero tomando el tiempo de pausa necesario con remuneración parcial o sin ella. Previo acuerdo, esta es una medida que, si bien no es del todo favorable para los trabajadores, cuida el status financiero de una empresa.

Ciertamente, en todos los casos se ve en riesgo la estabilidad laboral de los trabajadores, se vuelve un reto conservar el empleo dentro del marco de la ley, ya que todas las normativas que se dictan siguen estando estrictamente dentro del marco de lo establecido en el Código del Trabajo de Ecuador (2020).<sup>183</sup>

Una forma particular en la que analizar la situación, se plantea puntualmente cuando se dan los casos de despido. Si no se ha llegado a un acuerdo, en ese punto la ley contempla la posibilidad de justificarlo dentro de la figura de cese de labores por fuerza mayor, pero en este caso, no estaría del todo en consonancia con lo expresado por los derechos humanos, que intentan salvaguardar la seguridad y estabilidad laboral de los trabajadores en relación de dependencia, no solo en Ecuador sino en el mundo entero; por este motivo, y de forma excepcional, se considera viable el despido por fuerza mayor solo si la empresa se declara en un punto de cierre total y definitivo, lo cual no es aplicable para cierres parciales o sectorizados de empresas en funcionamiento. Esta excepción, favorece a los trabajadores, ya que evita el despido intempestivo, tomando como razón o excusa las medidas de seguridad que se administraron en favor de la pandemia (Villagómez, M. 2020).<sup>184</sup>

---

183. Código del Trabajo de Ecuador (2020)

184. (Villagómez, M. 2020)

En Ecuador, durante la cuarentena, se registraron un total de 180.852 despidos; de los cuales 100.797 se plantearon como de acuerdo mutuo entre el empleador y el trabajador; 15.724 como despido intempestivo, injustificado o sin razón; 16.874 alegaron caso fortuito o interrupción por fuerza mayor, y 47.654 otros casos sin especificar (Ordoñez, V. 2020).<sup>185</sup>

Al analizar estas cifras, se puede observar claramente la arbitrariedad con la que se asumió la situación y seguridad laboral en el país, se hizo evidente la falta de políticas emergentes que privilegiaran al trabajador y sus necesidades. Resultan exorbitantes las cifras en el contexto pleno de la pandemia y la cuarentena.

El hecho de contemplar la posibilidad del despido a los trabajadores, apoyándose en los artículos del código laboral, se presta para crear un disfraz sobre los despidos injustificados, colocando como excusa la pandemia por covid-19, tratando así, de escapar de las obligaciones de pago para con los trabajadores. Como era de esperarse, la crisis económica se agudiza, no solamente por las consecuencias sanitarias, si no por los abusos cometidos por parte de los empleadores quienes pueden saber muy bien como jugar con las leyes a su favor.

Por otra parte, quienes tienen aportes de seguridad social acumulados y suficientes en el tiempo inmediatamente anterior a la cuarentena, tendrán la posibilidad de solicitar un subsidio por desempleo, situación que parece surrealista, ya que el mismo se puede solicitar y gozar solo si se cumple con las condiciones previstas en la ley. La expansión de la crisis en el mundo afecto al sector de la salud pública, a la economía, la producción industrial, manufactura, y además está dejando una huella permanente en la sociedad mundial. Las complicaciones económicas asechan no solo a los gobiernos responsables de sostenerla economía, sino a cada familia que depende de un ingreso laboral para poder vivir.

---

185. (Ordoñez, V. 2020)



#### 4. Conclusión

La desafortunada serie de eventos fruto de la pandemia ocasionada por el covid-19, plantea una necesidad de reflexión en la manera en la que el mundo esta organizado y administrado, es evidente la desigualdad de algunos sectores de la población y las desventajas que tienen ciertos grupos con respecto a otros. Los problemas de salud, no son los únicos y mas fuertes que se generaron durante la pandemia y la cuarentena, las complicaciones económicas son realmente el punto fuerte de todo.

La crisis mundial, se traslada al ámbito económico, ocasionando pérdidas inimaginables tanto al sector público como privado, y lógicamente repercutiendo en las pequeñas economías dependientes de la producción mayoritaria, y de la mano de obra presencial. Al instaurarse las medidas anti contagio, declarar cuarentena a nivel mundial, promover el distanciamiento social y aislamiento como medida principal, no solo se esta atentando contra la salud mental e integridad de las masas, sino también contra su bolsillo.

Si se toma como causa la inmovilidad social, tenemos como efecto las limitaciones en el ámbito laboral, y como adicional consecuencia, la pérdida de trabajo, dificultad para poder subsistir la familia, aunada a la incapacidad de gestión de los gobiernos para poder solventar una situación tan delicada con total éxito, por lo que fue necesaria la intervención de la Organización de Naciones Unidas, para ayudar a aclarar el cómo se debería sobrellevar, desde un aspecto y punto de vista mas humano y favorable para los pueblos; tratando de evitar con ello, abusos y discriminaciones.

La cantidad desmedida de despidos que se hicieron efectivos en Ecuador durante el curso de la pandemia, en gran parte fueron injustificados, o adjudicados a las severas circunstancias que nacieron desde la aparición del Covid-19 en el mundo; es necesario el desarrollo de políticas más eficientes que amparen, protejan y superpongan la necesidad y seguridad de cada individuo y persona trabajadora ante medidas poco justas, el estudio de casos

más específico y amplitud de políticas sociales que estén en total consonancia con el cumplimiento cabal de los derechos humanos, como lo son el derecho a la salud, alimentación, vivienda y un trabajo digno que permita costear una vida sana, mantener una familia, alejados de abusos y discriminaciones.

## DERECHO Y RESISTENCIA

### Juventud y resistencia, abriendo caminos en Ecuador: Experiencias octubre 2019

Eugenia Novoa,<sup>186</sup> en conjunto con equipo investigador estudiantil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador<sup>187</sup>

#### Resumen

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 35 y 39 ubican a la juventud como grupo de atención prioritaria. Es decir, el Estado debe garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos enfatizando la necesidad de reconocer a los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, garantizando su derecho a la resistencia, libertad de expresión y asociación. Observando la normativa aplicable para la juventud en Ecuador, este trabajo investigativo busca determinar en qué medida el Estado precauteló los derechos de la juventud como grupo de atención prioritaria en el contexto de las protestas suscitadas en octubre de 2019.

**Palabras clave:** *Juventud, Ecuador, Protestas octubre 2019, Derecho a la resistencia, derechos humanos, Constitución.*

#### 1. Introducción

En el contexto de los sucesos ocurridos entre el 3 y 13 de octubre del presente año, se pudo observar el levantamiento de

---

186. Eugenia Novoa Z., LL.M., Tulane University School of Law, docente Universidad Central del Ecuador.

187. Hugo Josué Acosta Hurtado, Michael Renato Altamirano Yandún, Stefany Michelle Cofre Asitimbay, Kevin Ricardo Chávez Chapi, Melanie Yohanna Flores Baque, Gabriela Poleth Herrera Naranjo, Melanie Junieth Macías Torres, Jonathan Andrés Masqui Moyano, Julieth Elizabeth Morillo Alcívar, Jeann Carlos Naranjo Gaibor, Milena Abigail Ordóñez Andrade, Betty Elizabeth Preciado Borja, George Anderson Ponce Ruano, Kevin Joel Quinatoa Toapanta, David Andrés Sanmartín Cabrera, Wilson José Villacis Vega. Estudiantes Tercero B, Derecho Penal I, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador.

los ecuatorianos, particularmente de la juventud del país, quienes demostraron un gran descontento respecto al contenido del Decreto Ejecutivo 883 expedido con fecha 2 de octubre del 2019. Ecuatorianos de diversas provincias y de todas las edades salieron a las calles del país para expresar su voluntad. Destaco la continua participación de jóvenes de diversos contextos socio económicos, y, sobre todo, estudiantes de reconocidos colegios y universidades. Esta juventud, en ejercicio de su derecho a la resistencia, manifestó su inconformidad con las acciones del gobierno, convirtiéndose en protagonista de la lucha social en el país.

Durante el transcurso de las manifestaciones, el control mediático causó incertidumbre en la ciudadanía, medios de comunicación alternativos mostraron maltratos brutales a la juventud ejecutados por la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; mientras que medios tradicionales, transmitieron una versión sosegada de la protesta, pasando por alto varios altercados reportados por la ciudadanía. Al momento, las cifras oficiales de heridos, detenidos y fallecidos, no coinciden entre distintas instituciones estatales, incertidumbre que evidencia un amplio espectro de investigación relevante en el ámbito del derecho penal y constitucional.

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 35 y 39 ubican a la juventud como grupo de atención prioritaria. Es decir, el Estado debe garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos *“a través de políticas y programas ... que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.”* A demás, la constitución establece la necesidad de reconocer a los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, garantizando libertad de expresión y asociación.<sup>188</sup>

Con base a lo expuesto, observando la normativa aplicable para la juventud en Ecuador, este trabajo investigativo busca determinar en qué medida el Estado precauteló los derechos de la juventud

188. Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449, Arts. 35 y 39.

como grupo de atención prioritaria en el contexto de las protestas suscitadas en octubre de 2019. Es así como, mediante entrevistas y revisión de procesos judiciales, se busca esclarecer temas controvertidos a nivel nacional que incidieron directamente en la juventud, como lo son: la opresión presentada por la fuerza pública y las distintas declaratorias de vulneración a los derechos humanos y constitucionales.

El trabajo entonces se sustentará de la siguiente forma: iniciará con un análisis en el que se identifique a la juventud ecuatoriana como grupo de atención prioritaria del Estado. Posteriormente, se buscará contextualizar la participación juvenil suscitada dentro de las protestas de octubre de 2019, identificando el derecho a la resistencia como mecanismo de participación social. Finalmente, con base en la investigación realizada, se evidenciarán las acciones estatales que, en el contexto de la protesta de octubre de 2019, han incidido directamente en el contenido del artículo 39 de la Constitución de la República.

## **2. Juventud ecuatoriana como grupo de atención prioritaria del Estado ecuatoriano**

*“Mientras no nos dejen soñar, no los dejaremos dormir”*

Estudiantes Universitarios Santiago de Chile

Los jóvenes, independientemente de la época, construyen y constituyen el avance sociopolítico generacional, pesa sobre sus hombros legitimar un sistema garante de derechos. Este sistema precisa abrir espacios para hacer oír aquella voz luchadora, aquel espíritu disruptivo, diferente, innovador, novedoso, característico y particular de la juventud. La juventud es el pilar clave para el desarrollo político, económico y social de las naciones, por esto, los Estados precisan enfocar esfuerzos en brindar libertades y oportunidades a esta esfera trascendental de la humanidad.

La influencia de la democratización, y con aquella, la deseada “democracia”, comienza a considerar la juventud como una

oportunidad, encaminada a una estrategia de crecimiento y reconocimiento para los países del mundo. En 1985 la ONU toma un papel de suma trascendencia al expedir la Declaración del Año Internacional de la Juventud: Participación, Desarrollo y Paz para “*difundir entre los jóvenes los ideales de paz, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la solidaridad humana y dedicación a los objetivos del progreso y el desarrollo*”<sup>189</sup> instrumento internacional que además busca que la participación de los jóvenes no sea desperdiciada, sino que se convierta en una contribución, con miras al avance y desarrollo futuro de la sociedad.

El reconocimiento a los jóvenes como parte elemental dentro de la comunidad internacional se ve reflejado en varios convenios y tratados, entre los que destacan el Tratado Internacional de Derechos de los Jóvenes, enfocado en ubicar a la juventud como “*actores estratégicos del desarrollo de sus países, y como personas capaces de ejercer responsablemente sus derechos y libertades*” (Organización Internacional de la Juventud 2008).<sup>190</sup> A nivel regional, destaca la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, que se convierte en un documento orientador para el diseño, planificación y programación de proyectos en materia de la juventud.

Dentro del Tratado Internacional de los Derechos de los Jóvenes se reconoce el derecho de participación juvenil.<sup>191</sup> Destaca su rol primordial en impulsar y fortalecer procesos sociales, participación en desarrollo legislativo y de políticas públicas, y potestad de elegir y ser elegidos para representar a la ciudadanía. Esta

189. Resolución 40/14, *Declaración del año internacional de la juventud: participación, desarrollo, paz*. Asamblea General de la ONU, 80a sesión plenaria, 18 de noviembre de 1985.

190. Organización Internacional de la Juventud. *Oij*. 2008. <https://oij.org/tratado-internacional-de-derechos-de-la-juventud/>.+o.

191. Organismo Internacional de Juventud. «Tratado Internacional de derechos de la Juventud». Badajoz-España, 2008. Art. 21.

normativa internacional ratifica la necesidad de fortalecer la participación de la juvenil en diferentes ámbitos, ya sean sociales, políticos y colectivos.

Ecuador, por su parte, se adhiere a los esfuerzos internacionales para promover y fomentar el desarrollo de la juventud, ubicando a esta esfera social como grupo de atención prioritaria del Estado. El artículo 39 de la Constitución de la República del Ecuador, constante dentro del Título II, Capítulo III relativo a Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria establece:

“Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. (Asamblea Constituyente 2008-2019)<sup>192</sup>

El Estado ecuatoriano entonces, debe regirse a s mandato constitucional y cumplir con su rol de garante de los derechos de la juventud y su efectivo ejercicio, fomentando su participación en espacios de poder público. Esto incluye los distintos procesos sociales que encaminan al desarrollo de la juventud, su criterio y empoderamiento en la comunidad nacional y global. Es menester entonces que el Estado tome un rol activo no solo proteger a la juventud de cualquier tipo de abuso, sino también al incitar su participación para contribuir con la búsqueda del bienestar colectivo.

La Ley de la Juventud, como normativa específica que garantiza la consecución del artículo 39 de la Carta Magna ecuatoriana, en su contenido expande los derechos de los jóvenes frente al Estado y sociedad ecuatoriana. Derechos como el de acción directa,<sup>193</sup> plena participación juvenil<sup>194</sup> van de la mano con el deber de im-

192. Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449.

193. *Ley de la Juventud*. Quito: Congreso Nacional, 2001. Art. 5.

194. *Ibid.* Art. 9.

plementar políticas para la protección de su salud,<sup>195</sup> promoción de la participación,<sup>196</sup> entre otros. Es evidente el rol activo que debe cumplir el estado ecuatoriano para salvaguardar los intereses de los jóvenes en el país como grupo de atención prioritaria.

La población juvenil de 15 a 24 años representa el 16% de la población mundial, siendo alcanza a 1.200 millones. Para 2030, fecha límite para los Objetivos de Desarrollo Sostenible se estima que la cantidad de jóvenes habrá aumentado en un 7%, llegando así a aproximadamente 1.300 millones.<sup>197</sup> Así mismo, la población juvenil de entre 18 a 29 años en Ecuador asciende aproximadamente a un 21,0%. De esa cifra, el 12,7% son jóvenes de entre 18 y 24 años y el 8,28% corresponde a jóvenes de entre 25 y 29 años.<sup>198</sup> Es evidente entonces que el Estado ecuatoriano, al igual que varios países del mundo, precisa enfocar sus esfuerzos y políticas en el avance y futuro de sus jóvenes, quienes representan una gran masa social.

Los jóvenes, efectivamente son el eje de desarrollo no solo nacional, sino también internacional. El 25 de septiembre de 2015, representantes de distintas naciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaron un conjunto de objetivos globales en los que se reconoce a la participación juvenil como una de las líneas de acción primordial para posibilitar la prosperidad mundial en una era digital a través de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible enunciados en la Agenda 2030.<sup>199</sup> A nivel ecuatoriano, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 reconoce la necesidad de que las políticas estatales enfoquen sus esfuerzos

195. *Ibid.* Art. 16.

196. *Ibid.* Art. 17.

197. Naciones Unidas, “Juventud,” Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/youth-0/index.html>.

198. INEC, Instituto Nacional de Estadística y Censos. 2010. *Censo de Población y Vivienda 2010*.

199. La resolución 70/1 de la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” A/RES/70/01 (15 octubre de 2015), disponible en: [undocs.org/A/RES/70/1](http://undocs.org/A/RES/70/1).



en promover la participación juvenil para el desarrollo nacional.<sup>200</sup> Es evidente que el Estado precisa enfocarse en promover la participación efectiva de la juventud, para así alcanzar sus objetivos como ente garantista de derechos e integrante de una comunidad internacional fomentando la participación de la juventud en la construcción de la sostenibilidad y el desarrollo mundial.

### **3. Participación juvenil suscitada dentro de las protestas de octubre de 2019**

En Ecuador, debido a la expedición del Decreto 883 octubre de 2019 con el que se establecían ciertas medidas económicas radicales, se suscitaron manifestaciones alrededor del país. En octubre los ecuatorianos fuimos testigos de varios disturbios dentro del territorio nacional, particularmente en la ciudad de Quito, punto de concentración de la movilización masiva popular. Estos movimientos populares estuvieron en gran medida apoyados por la población juvenil del país, quienes han marcado una nueva tendencia mundial de la protesta.

La protección de los derechos de los jóvenes como grupo de atención prioritaria previamente discutida, se conecta directamente con los sucesos de octubre del 2019 relacionados a la protesta en Ecuador. El país vivió un ambiente de tensión entre varios grupos sociales y étnicos, particularmente llamó la atención la transformadora participación juvenil frente a una situación nacional problemática. Las experiencias de los jóvenes fueron diversas, algunos decidieron manifestar sus ideales mediante el voluntariado y la acción humanitaria, otros brigadistas, salvaron vidas sin diferenciar posición política alguna, también existieron jóvenes reportando en redes sociales la movilización social, haciendo frente al control mediático. Esta participación variada puso en manifiesto la trascendencia de la acción política juvenil a través,

---

200. Ecuador, *Plan Nacional del Buen Vivir 2017-2021*, Gobierno de la República del Ecuador, 2017, disponible en <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/Ecuador%20Plan%20Nacional%20del%20Buen%20Vivir.pdf>].

de la acción humanitaria, voluntariado y la acción social en el contexto de la protesta.

Por los actos de violencia suscitados en las manifestaciones resultaron varias personas heridas, detenidas e incluso fallecidas, evidentemente la juventud se vio involucrada en estas cifras. La Defensoría Pública en su “Primer informe sobre personas detenidas en el paro nacional-Estado de excepción, octubre 2019” evidencia datos que arrojan un total de alrededor de 500 personas detenidas entre los días 3 y 4 de octubre, cuando se inicia el estado de excepción, mismas que en un gran porcentaje eran jóvenes colegiales y universitarios. En datos recogidos por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en Quito, denuncia los tratos crueles brindados a las personas que se encontraban aprehendidas los cuales rondaban el 96% y que incluso, aunque en un mínimo se encontraban en el grupo de atención prioritaria. (Intriago 2019)<sup>201</sup>

El primer día se desató un caos con respecto a la movilización de los ciudadanos, las personas se quedaron varadas en sus hogares, no había ningún medio de transporte público disponible, las vías se cerraron con llantas en llamas. Trabajadores y estudiantes fueron los principalmente afectados, la ciudadanía para no obtener sanciones en sus lugares de trabajo y de estudio, tuvieron que buscar otras alternativas de medios de transporte. En ese momento se destacó la euforia de la Nación, ya que varias personas decidieron movilizarse a la capital para unirse al paro, a medida que transcurrían los días, las manifestaciones se volvían más fuertes, ya no eran únicamente los gremios de transportistas y estudiantes, sino de distintas organizaciones sociales, quienes avanzaban hacia el centro histórico.

Poco a poco la población capitalina fue perdiendo fuerza debido a que de manera imprevista los gremios de transportistas decidieron retirarse, la noticia era tendencia, se regó hasta por las zonas

---

201. Intriago, Freddy Carrión. *Informe sobre el estado de excepción Ecuador octubre 2019*. Ecuador: Defensoría del Pueblo, 2019.

más remotas del país, así como en las comunidades “Shuar, la Puruhá, Tsáchilas y Chachi” (Yuquilema 2019), entre otras, que también se vieron afectadas; en consecuencia las mismas empezaron a organizarse, algunos participantes en el paro señalan que “se podía palpar como a la gente desde los diferentes territorios se iban acercando, digámoslo así hacia las ciudades desde las comunidades de Cotopaxi, Imbabura, Tungurahua y Chimborazo y también la gente que llegaba de todos lados” (Yuquilema 2019).

Lo cual denotaba un profundo sentimentalismo en las personas, así como nos lo cuenta nuestro entrevistado Julio Yuquilema relata

“al inicio fue inspirador (...) desde el primer momento obviamente hubieron también temas de logística y algunos inconvenientes por la magnitud que tuvo porque de cierta manera los dirigentes necesitaban más manos para ayudar y que la gente siga sumando” (Yuquilema 2019).

Este fue el paso inicial para la unión de las distintas comunidades del país en su trayecto hacia la ciudad de Quito.

De una manera interesante la población indígena se transportaba en buses, camionetas, e incluso a caminando por las carreteras, cuando ellos llegaron a Quito las manifestaciones llegaron a un punto crucial. A pesar de que los transportistas habían abandonado la protesta, fue la comunidad indígena quienes tomaron el liderazgo a nombre de quienes rechazaban el decreto 883; se incrementó el número de personas que se resistían al poder de la autoridad, lo cual para muchos de los que apoyaban en la manifestación fue un verdadero impulso para continuar en la denominada *lucha social*.

A medida que la manifestación tomaba fuerza, la situación parecía salirse de control, comenzó la represión por parte de las fuerzas del orden público, quienes en primer lugar contenían a la multitud que avanzaba al centro de Quito. Llegó un momento en el que se empezó a aplicar la fuerza, como mecanismo de control, así empieza una confrontación entre la policía y manifestantes, lo cual no estaba previsto. Empezaron a circular videos e imágenes en

redes sociales que mostraban el uso desmedido de la represión armada por parte de las fuerzas policiales, actitudes violentas por parte de personas que se encontraban dentro de la multitud protestante e inclusive los medios de comunicación transmitían en sus noticieros videos de los saqueos en distintas partes del país.

A raíz de los enfrentamientos violentos reportados en las protestas, sus consecuencias iban saliendo a la luz, lo que se puede reflejar en los datos estadístico. Se presentaron números de personas heridas e incluso personas que perdieron la vida, según la información obtenida por parte de la Defensoría del Pueblo, este suceso “dejo un saldo de mil trescientas cuarenta (1.340) personas heridas, las mismas que fueron atendidas dentro hospitales y centros médicos. Esta cifra se puede desglosar en: novecientos trece (913) pertenecientes a Pichincha, ciento veintidós (122) a Azuay y cuarenta y seis (46) a Guayas, este número hace referencia a personas civiles y uniformados (El Universo 2019).<sup>202</sup>

La cifra de personas fallecidas dentro de este conflicto se precisa que es de ocho (8), de los cuales cuatro (4) eran de la provincia de Cotopaxi y tres (3) de Pichincha; uno de ellos no contaba con cédula de ciudadanía por lo cual no fue identificado. Se menciona también que cinco (5) individuos fueron víctimas de la confrontación con la Policía y por ello fallecieron. Entre ellos: Daniel Chaluisa y Marco Oto, quienes cayeron precipitadamente del puente de San Roque, en el centro de Quito, mientras huían de la persecución de los uniformados. En las inmediaciones del parque “El Arbolito” murió José Chaluisa, líder de la comunidad de Yanahurco, en Cotopaxi. Él habría fallecido por asfixia y arrollado, refiere la Defensoría (El Universo 2019).<sup>203</sup>

202. El Universo. «Ocho fallecidos y 1.340 heridos en las protestas en Ecuador, según la Defensoría del Pueblo». *El Universo*, 15 de Octubre de 2019: 1.

203. El Universo. «Ocho fallecidos y 1.340 heridos en las protestas en Ecuador, según la Defensoría del Pueblo». *El Universo*, 15 de Octubre de 2019: 1.

Los datos mencionados son a los que podemos acceder con facilidad, y se pueden denominar como públicos, a su vez existen varias versiones de distintas instituciones u organismos que intervinieron en la recopilación de información, es así que a nivel internacional también se recolectaron otros datos como los de la Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos quienes a raíz de su investigación también mostraron datos fidedignos respecto a las personas que resultaron heridas en el marco de las protestas, sin contar con aquellas de quienes no se tiene conocimiento, debido a que no pudieron transportarse hacia las distintas casas de salud.

Cabe destacar que durante el tiempo de protestas el país estuvo en estado de excepción. Conforme a los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución de la República el estado de excepción debe declararse observando los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.<sup>204</sup> Aunque el ejecutivo en el estado de excepción tiene amplias facultades para limitar derechos como la libertad de asociación, reunión y tránsito, hay cierto tipo de derechos fundamentales que no pueden ser coartados. La violación el derecho al debido proceso injustificablemente se dio en las Unidades Judiciales de Flagrancia registrándose altos índices al respecto. También se evidencio la falta de imparcialidad y transparencia en audiencias programadas que a último momento cambiaban de horario, incluso para los abogados defensores era peligroso acercarse al edificio respectivo por la violencia que se vivía en las calles. Por otra parte, a los detenidos se les restringió el derecho a la libre expresión y a la comunicación, esto se debe a que se los aisló de cualquier posibilidad de comunicación tecnológica.<sup>205</sup>

---

204. Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449, Arts. 164, 165 y 166.

205. Humanos, Alianza de Organizaciones por los Derechos. «Verdad, Justicia y Reparación. Informe de Verificación sobre DDHH Paro Nacional y levantamiento indígena. Quito-Ecuador.» Quito-Ecuador, octubre de 2019.

También se conoce que muchas personas se mantuvieron en puestos de acampada quienes habían sufrido graves heridas lo cual trajo consecuencias para los manifestantes. Muchas personas sufrieron de ampollas por las largas caminatas, que luego se convirtieron en heridas graves en los pies, otras personas que se encontraban en las manifestaciones resultaron heridas debido a que la desigualdad de armas era notable, lo que consigo trajo varios heridos, tanto policías como protestantes, la reacción del pueblo era la de esperar, varios médicos y jóvenes estudiantes de medicina de diferentes universidades salieron a dar ayuda médica imparcial a través de brigadas móviles. Andrew Salazar fue uno de los muchos jóvenes que brindaron ayuda, ya sea al sector popular o a la fuerza pública ya que para él “un médico no brinda ayuda distinguiendo sexo, etnia, ni afinidad política, sino brinda ayuda al ser humano” (Salazar 2019).<sup>206</sup>

Los manifestantes se encontraban deshidratados, quemados, asfixiados por las bombas lacrimógenas, heridos por cortadas, con hematomas debido a golpes con distintos objetos contundentes, cortaduras e incluso fracturas graves en distintas partes del cuerpo, las cuales tuvieron que ser atendidas de manera urgente, pero aunque en los hospitales no existían los recursos, en distintos puntos de la ciudad se levantaron los centros de acopio dirigidos por los jóvenes quienes hacían lo que podían, ya sea improvisar camillas, ayudar con suministros médicos, dotar alimento y bebidas para las personas adultas, jóvenes y niños de las diferentes comunidades que se encontraban durmiendo en el suelo.

Se notaba la satisfacción de la sociedad al notar una solidaridad y apoyo humanitario entre ecuatorianos de todas las diferentes provincias del Ecuador. Donantes enviaban a la capital alimento, insumos médicos y de aseo, para los miles de jóvenes y adultos que luchaban por derogar el Decreto 883, panaderías donaban sus productos, voluntarios cocinaban y armaban camas improvisadas,

206. Salazar, Andrew, entrevista de Kevin Chávez. *Protestas de Octubre de 2019* (15 de diciembre de 2019).

otros llegaban en automóviles para regalar comida, así como coladas de avena, pan arroz, tostado, mote, habas cocinadas, frutas y verduras, además de útiles de aseo personal, pañales, medias para los pies, cobijas, ropa y materia de primeros auxilios.

Varias universidades brindaron apoyo con sus centros de acopio, voluntarios estuvieron presentes incluso las veinticuatro horas del día dentro de los centros de acopio ayudando en cualquier labor que se les fuera encomendada, en fin podría decirse que se aplicaron varios principios morales como el de ayudar al prójimo es así que “los jóvenes debemos tener en claro qué tenemos que entender no solamente desde la mente sino del corazón, desde el sentir mismo”.<sup>207</sup> (Yuquilema 2019)

La empatía y fraternidad fueron un gran impulso para las personas que, en medio de la desgracia que atravesaba el país, no perdieron las esperanzas de que se podía llegar a una resolución coherente entre el gobierno y la población ecuatoriana, que buscaban se escuche la voz para garantizar el aclamado *sumak kawsay* de todas y todos.

Incluso los servidores públicos de las fuerzas del orden afrontaron terror, como seres humanos algunos se solidarizaron con sus hermanos, esperando solo la orden para vivir en paz. Como lo señala el GOP. C.G.:

“Lamentablemente como miembro de la fuerza pública no tuve la oportunidad de estar con mi familia, durante tres días pues mi rango jerárquico me obligo por una orden superior que me hiciera cargo del grupo de antimotines del Distrito Manuela Sáez, realmente fue muy difícil ya que en mis hombros contaba con una gran responsabilidad de mandar y proteger aquellos que ante mis órdenes estaban, fue frustrante el hecho de que ni siquiera vía telefónica pude contactarme con mi familia. Pues me prohibieron el uso de mi celular ya que decían que los mismos miembros policiales, estaban difundiendo los hechos que pasaban dentro de la

207. Yuquilema, Julio, entrevista de Jonathan Masqui. *Entrevista: protestas de octubre de 2019* (18 de diciembre de 2019) Mensaje para la juventud ecuatoriana.

institución ya que a nosotros nos obligaron a obedecer órdenes y de hecho uno de mis más grandes miedo fue que efectivamente nosotros como miembros policiales formáramos un operativo y desobedezcamos las órdenes de arriba, pero gracias a Dios no se dio, sin duda fue una de mis experiencias más atroz que pude vivir”. (C 2019)<sup>208</sup>

La juventud que se encontraba en la calle buscando reportar hechos reales frente al cerco mediático se vio perjudicada, incluso poniendo en peligro su vida. Medios de comunicación alternativos hicieron frente a tal realidad, valiéndose de las redes sociales y sus conocimientos de nuevas tecnologías para mantener a la sociedad informada.

C.A. reportera de un famoso medio alternativo opina “el abuso de poder fue demasiado notorio ya que los medios de comunicación proporcionaron información que no era verídica (...) abusaban pensando en que ellos (indígenas) eran superiores y no podían ceder a una cultura inferior”. Su mensaje, muy inspirador deja entrever los efectos del paro de octubre en la juventud “(...) gracias a los jóvenes nuestro país puede seguir en desarrollo y no dejarse hundir por la corrupción, de igual manera siempre ser revolucionarios ya que gracias a las protestas que se generaron en Ecuador fue motivación para otros países de Sudamérica poder levantarse contra sus gobiernos”.<sup>209</sup>

También existieron experiencias aterradoras de jóvenes reportando los hechos vividos durante las protestas, N.V. comparte su experiencia “estuve detenida durante 30 horas no me llevaron directamente a flagrancia primero me llevaron a un cuartel policial, ahí sufrimos maltratos. Posteriormente, a las 7 de la noche del siguiente día fue nuestra audiencia dictaminaron libertad inmediata y después de 5 horas a la madrugada del siguiente día nos

208. C, GSP, G. Fernando, entrevista de Cofre Stefany. *Protestas de octubre de 2019* (18 de diciembre de 2019).

209. A, C, entrevista de Dayana Tiapanta. *Protestas de octubre de 2019* (18 de diciembre de 2019).



liberaron”. El mensaje que transmite a la juventud es “se debe seguir adelante, los momentos más difíciles a menudo te llevan a los mejores momentos de tu vida. Sigue adelante. Las situaciones difíciles crean personas fuertes al final”.<sup>210</sup>

Existió otro panorama desarrollado en derredor de las unidades judiciales, con respecto a las personas que fueron procesadas por distintos delitos de los cuales, se les acuso mientras se desarrollaban las manifestaciones, los datos estadísticos nos muestran que existieron graves afectaciones a bienes públicos y de propiedad del Estado, es por esto que se procesaron a varias personas y a algunas de estas se las acuso de ser actoras dentro del atentado que provocaría el incendio a la Contraloría General del Estado.

Este hecho se suscitó en el lapso en que las manifestaciones estaban tomando fuerza en el país, las autoridades designadas por parte del gobierno declaran desconocer cuales fueron los motivos que tenían los actores para llevar a cabo esta acción delictiva; este desconocimiento no impidió que varias personas resultaran involucradas en dichos sucesos, consiguiendo así según datos inmersos en el Proceso No. 17282-2019-03008 ser procesadas 27 personas por el delito de terrorismo, tipificado y sancionado en el Art. 366 numeral 2 y 9 del código orgánico integral penal (Función Judicial 2019).<sup>211</sup>

Se registraron alrededor de 1070 personas detenidas, de las cuales tres de cada cuatro salían en libertad. Hasta el día lunes 14 de octubre se encontraban 309 personas procesadas por delitos como: paralización de servicio público, daño a bien ajeno, entre otros delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal. (El Diario 2019)<sup>212</sup>

210. V, N, entrevista de Karen Troya. Protestas de octubre de 2019 (18 de diciembre de 2019).

211. Función Judicial. *Proceso No. 17282-2019-03008*. Ecuador, 2019.

212. El Diario. «La Fiscalía eleva a 260 los procesados por las protestas en Ecuador». *El Diario.ec*, Sábado 12 de Octubre de 2019: 1.

Al respecto del uso de la fuerza pública se pronuncia al respecto la Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos:

“Durante el tiempo que duraron las protestas, desde el inicio, el 3 de octubre, hasta los diálogos de acuerdos de paz entre el Movimiento Indígena y el Gobierno ecuatoriano, se evidenció, en todas sus formas, el uso desproporcional que las fuerzas armadas utilizaron para reprimir a los manifestantes. La mayoría de las manifestaciones, fueron pacíficas sin ningún tipo de violencia en contra del personal de las fuerzas armadas, ni tampoco en contra de bienes públicos, pero como muestra la evidencia, el gobierno y su negativa de abrirse al diálogo provocaron todo tipo de enfrentamientos que trajeron consigo más violencia.”<sup>213</sup> (Humanos 2019)

El Estado ecuatoriano, pudiendo haber propiciado el diálogo desde un inicio, decidió imponer por la fuerza un decreto evidentemente rechazado por sus habitantes (Humanos 2019). Las tácticas de represión en contra de los manifestantes desencadenaron en la evidente vulneración de derechos humanos. No existía excusa para tales actos, sin embargo, la violencia tiende a disfrazarse con supuestos actos terroristas, que evidentemente, este país no ha vivido, ya que no hemos tenido procesos insurgentes como las del medio oriente.

Luego de entender el contexto de las protestas en octubre de 2019 para la juventud es importante resaltar el mensaje de uno de los entrevistados, Julio Yuliquema:

“Los jóvenes debemos tener en claro que tenemos que entender no solamente desde la mente sino del corazón, desde el sentir mismo, que somos diferentes y que hay pluralidad de indígenas y que, dentro de los mismos sectores indígenas, hay distintas personas inclusive existen rasgos todavía de racismo, en donde las personas no se soportan unas con otras. Por ejemplo, yo soy Puruhá pero me siento como extranjero cuando habló con el Shuar con un Tsáchilas, con el Chachi, porque somos culturas distintas. Entonces esa diferencia no puede hacer que no nos relacionamos

---

213. *Ídem.*

como personas, hay que tener muy en cuenta que somos un estado plurinacional. Hablamos de eso bajo el respeto de entender que somos diferentes y debemos buscar la unidad. La unidad no viene por homogeneizarnos como pueblo sino más bien por respetar esa diferencia (...). ¿Por qué se trata de implantar en la mente de las personas desde las épocas de nuestros padres ya se eliminaron temas como el racismo? cuando en realidad ese es un tema latente, el que nuestra generación tiene que reparar y tiene que tratar definitivamente.<sup>214</sup>

También es importante resaltar el mensaje de Andrew Salazar, quien habla desde sus diversas experiencias durante un paro nacional en el que, como estudiante de medicina, pudo salvar vidas de muchos seres humanos:

“(...) en este tipo de revueltas y rebeliones que se han venido dando, Ecuador fue el primer país de Sudamérica que comenzó con esto y posteriormente perpetuándose hasta Chile y otros países, entonces lo que muestra es que los jóvenes estamos cansados del sistema actual. El progreso y el desarrollo de nuestro país no va a depender de la persona que esté gobernando, sino de nosotros, las personas que formamos este país, superarnos nosotros, como jóvenes deberíamos ser los pioneros en eso”.<sup>215</sup>

Estas experiencias, no solo de los jóvenes, sino de todas aquellas personas que estuvieron inmersas en la protesta desde distintos frentes, han dejado experiencias y recuerdos inquebrantables para la memoria de un país. El gobierno, sin lugar a duda, estudiará mejor las necesidades de su pueblo antes de imponer políticas nacionales que acarreen violencia innecesaria. Las organizaciones políticas, reflexionarán la necesidad de sacrificar vida de adeptos por poseionar la visión de pocos. Los hacedores de justicia pensarán antes de aplicar la ley, considerando las consecuencias en

214. Yuquilema, Julio, entrevista de Jonathan Masqui. Entrevista: protestas de octubre de 2019 (18 de diciembre de 2019).

215. Salazar, Andrew, entrevista de Kevin Chávez. Protestas de Octubre de 2019 (15 de 12 de 2019).

la vida de los acusados, que muchas veces pueden ser inocentes. Evidentemente, la juventud se ha despertado, y se seguirá articulando para hacer escuchar su voz no solo por medio de la protesta en las calles, sino con una continua denuncia a la innecesaria manipulación de sus ideales, sueños y pensamiento, definiendo y garantizándose a sí mismos sus derechos como grupo de atención prioritaria, frente a un Estado, que, hasta octubre del 2019, los había olvidado.

#### **4. Derecho de resistencia como mecanismo de participación social**

##### *4.1. El derecho a la resistencia en el sistema interamericano de derechos humanos*

A lo largo de la historia la resistencia ante las injusticias ha sido la principal forma de los ciudadanos para exigir el reconocimiento de sus derechos frente a la institucionalidad que plantean los Estados. Con el paso del tiempo, sin embargo, el derecho a la resistencia ha alcanzado mayor posicionamiento, buscando brindar a la sociedad la posibilidad de alzar su voz en busca de avances necesarios, lo que evidentemente es parte elemental para un Estado garante de derechos y justicia. A continuación, un recuento internacional y nacional del progreso del derecho a la resistencia como mecanismo de participación social en los Estados.

El derecho a la resistencia se encuentra consagrado en el “Artículo IV de la Declaración de DD. HH y en Artículo 13 de la Convención Americana”.<sup>216</sup> Por un lado, este artículo hace referencia a “la libertad que tiene cada ciudadano del mundo de pensar y expresarse libremente de cualquier forma que considere”. Aunque este derecho también alude a los mecanismos que distintos gobiernos emplean mediante sus leyes para posibilitar o este derecho en la juventud.

216. Comisión IDH. Criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos. 2015. párr. 94.

El caso de *Kimel Vs. Argentina*, la Corte Interamericana establece que “si bien no se trata de un derecho absoluto, las restricciones al mismo deberán tener el carácter de excepcional y no podrán limitar, más allá de lo estrictamente necesario, su pleno ejercicio.”<sup>217</sup> Entonces, los Estados, frente a las manifestaciones, deben limitar sus actuaciones y aplicación de fuerza pública para evitar los actos violentos.

En esta línea, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece que aquellas sanciones estatales que se infrinjan en busca de una protesta pacífica deben fundamentarse en un test tripartito para que las limitaciones a la libertad de expresión sean legítimas, mismo que se expone a continuación:

“(i) estén definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material preexistente; (ii) estén orientadas al logro de objetivos autorizados por la Convención; y (iii) sean necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines que se buscan; proporcionadas a la finalidad perseguida; e idóneas para obtener el objetivo que pretenden lograr”.<sup>218</sup>

El análisis tripartito deberá realizarse en casos de forma simultánea, evitando así juicios de valor de forma arbitraria. Se han presentado a lo largo de la historia de la protesta casos de arbitrariedad estatal, dejando únicamente a ciertos sujetos pagando condenas infundadas y siendo víctimas faltas continuas al debido proceso. Es por esto que el test busca ser utilizado con más rigor cuando existan sanciones penales inmersas, de esta forma se evitaría aplicar limitaciones infundadas ni arbitrarias a la libertad de expresión en protestas.

217. Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. párr. 54.

218. CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2009, Capítulo III Marco Jurídico Interamericano del derecho a la Libertad de Expresión, diciembre de 2009, párr. 68.

Varias naciones han impuesto estos “principios de excepción al derecho de libertad de pensamiento y expresión injustificadamente”<sup>219</sup> para hacer valer sus políticas que atentan con los derechos elementales de cada ciudadano de estos países. A nivel americano, se han presentado varios casos en donde penalizaron la protesta social como delito, y los cuales fueron enviados a cumplir condena privativa de libertad de forma injusta y sin fundamento así tenemos: “Caso de Ivcher Bronstein Vs. Perú, 2001; Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004; Palamara Iribarne Vs. Chile, 2005.”<sup>220</sup> Estos casos han presentan una recopilación de ejemplos donde se fundamentaron las mencionadas reglas del test para establecer las limitaciones al derecho a libertad de expresión y pensamiento injustificadas conforme a los lineamientos de la Corte.

El derecho a la resistencia, aunque plasmado en acuerdos internacionales y en constituciones de varios países, sigue siendo coartado mediante políticas internas e ineficiente administración de justicia. Para la CIDH “las manifestaciones sociales son importantes para el desarrollo de la vida democrática de cada país, además que se vuelve en una participación de la vida pública y su desarrollo”<sup>221</sup>. La voz de la CIDH representa la voz de varios pueblos en conjunto, por lo que resulta inaudito evidenciar que, en la práctica, los Estados individualmente introduzcan tipos penales para criminalizar la protesta, bajo la excusa de la de proteger el derecho a la libertad de locomoción, además de establecer el requerimiento de permisos previos para iniciar manifestaciones.

#### *4.2. Generalidades del derecho a la resistencia en el caso ecuatoriano*

El derecho a la resistencia conocido como un instrumento que permite a la sociedad de un Estado oponerse o derrocar al gobierno

219. Comisión IDH. Criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos. 2015. Párr. 99.

220. *Ídem*, nota. 137.

221. *Ídem*, párr. 127.

de ese territorio, tiene como base: primero, al Contrato Social de Rousseau, ya que el ser humano al ceder una parte de su libertad con ánimo de recibir seguridad y bienestar material por parte del Estado, al considerar que esto no se cumple puede resistirse a cumplir sus mandatos; y segundo, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo 2<sup>222</sup> se reconoce a este mecanismo como parte de los “derechos naturales e imprescriptibles” que le son dotados a los seres humanos por el único hecho de ser perteneciente a esta especie.

Es evidente que, en Latinoamérica el poder dominante ha precautelado sus intereses sobre el de las minorías, aludiendo al pueblo y se hace esta segmentación ya que la mayoría no cuenta con iguales beneficios en comparación con los grupos que ostentan poder; la legislación ha sido un instrumento para socapar a estos grupos que mantienen el poder económico en nexo con lo político.

Dentro de la Constitución ecuatoriana se reconoce al Derecho a la resistencia (“*ius resistendi*”) como uno de los derechos más importantes señalándolo como una garantía primordial que da el Estado a su sociedad, a parte este Derecho es reconocido por varios tratadistas dentro del constitucionalismo contemporáneo quienes mencionan que este Derecho “responde a una lógica de desobediencia al derecho, pero de obediencia a la racionalidad y a la justicia, y que a su vez se configura como un derecho, que debe ser protegido y tutelado por el Estado”.<sup>223</sup>

La Constitución del Ecuador garantiza en su título cuarto “Participación y Organización del Poder”, capítulo primero “Participación en democracia”, sección primera “Principios

---

222. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. En el Artículo 2 establece “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

223. Meneses González, Polivio. «El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social». Maestría en Derecho Penal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019. Pág. 12.

de la participación” el derecho a la resistencia bajo los siguientes parámetros:

“Art. 98.-Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.<sup>224</sup>

El gobierno de Ecuador, actuando conforme a su carta constitutiva precisa precautelarse el derecho a la resistencia de su juventud frente a acciones del poder público, como lo fue el Decreto 883. Solo así el Estado permitiría el desarrollo de una nación democrática que propende la participación de su ciudadanía.

Según Roberto Gargarella<sup>225</sup> en la dicotomía de un bienestar entre pueblo y el gobierno, no se puede negar al pueblo el derecho a tener “la última palabra legal” puesto que se daría cierta concentración del poder por parte de la autoridad y dejando de lado la opinión de los gobernados sometidos a este Estado por la seguridad que supone debe aportarles como lo menciona Rousseau.<sup>226</sup> La esencia de los seres humanos es proveniente de la relación que este necesita para ser escuchado y respetar la decisión de los otros; el debate democrático queda en una utopía consumida por las urnas después de elegir a los representantes.

Al ser establecida en la Constitución el derecho a la resistencia, se comprende como un principio estatal, es decir, de aplicación directa e incondicional, ejecutividad, justicia, irrenunciabilidad, intangibilidad, etc. Según lo establecido dentro de los artículos 3

224. Ver Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449, Arts. 98.

225. Gargarella, Roberto. “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008), 145.

226. Rousseau, Jacob. “*Del Contrato Social o Principios del Derecho Político*”, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 2011”, Pág. 44.



y 11 de la Constitución,<sup>227</sup> no es facultad solo de los partidos políticos, movimientos ni de otras entidades políticas, se extiende a los actos u omisiones de empresas, sindicatos, gremios, entre otros; el objeto dentro de la resistencia son los actos y las omisiones de las autoridades.

La resistencia, es un método de oposición a los actos de autoridad por parte de los ciudadanos, la cual es significativo y problemático, porque afecta a la capacidad coactiva del Estado, el ejercicio de sus facultades, a la actividad de esas instituciones. Este Derecho, no solo se restringe para la violación de derechos civiles, políticos o económicos, también puede ser utilizado cuando se violentan derechos de participación o cuando se violen los derechos de grupos vulnerables con actuaciones gubernamentales.

Frente actos gubernamentales de cualquier índole, los ecuatorianos tienen el derecho a la resistencia para manifestar su inconformidad y desacuerdo respecto a las acciones de los representantes elegidos en democracia. La constitución ecuatoriana garantiza el derecho a la resistencia, lo que incluye la potestad de las comunidades ecuatorianas para organizar protestas en búsqueda de reafirmar sus derechos y voluntad en un Estado de derechos y justicia. Es así que evidentemente la movilización popular de octubre de 2019 en Ecuador estuvo sustentada en derechos constitucionalmente reconocidos a los ecuatorianos.

Finalmente, el derecho a la resistencia ha sido desarrollado ampliamente en el tiempo. Particularmente frente a las necesidades de la juventud de los países. En el presente estudio nos resta entender la relación directa existente entre el derecho de resistencia y la juventud ecuatoriana, ya que es este un derecho que particularmente posiona a las nuevas generaciones como hacedores de desarrollo. Siendo los jóvenes un grupo de atención prioritaria del Estado ecuatoriano, es evidente que debió precautelarse en las protestas de octubre de 2019 su derecho a la resistencia,

227. Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449

fomentando el diálogo y evitando violentar o reprimir a las nuevas generaciones, ya que solo así se puede alcanzar el desarrollo de un país, escuchando a sus jóvenes.

## 5. Garantía del artículo 39 de la Constitución de la República del Ecuador en el contexto de las protestas de octubre de 2019

*“Nada tienes que temer, al mal tiempo buena cara, la Constitución te ampara, la justicia te defiende, la policía te guarda, el sindicato te apoya, el sistema te respalda”*

Joan Manuel Serrat

Aquellas bellas palabras de Serrat se limitan a ser solo eso, palabras, las que nacen de la ingenuidad de los humanos que creen en las promesas del sistema, sin saber que ese mismo sistema es indolente, indiferente e injusto con sus mismos creyentes. Esta realidad se ha venido evidenciando desde el inicio de las relaciones de poder del ser humano, ignorando que aquel deseo de poder sería el protagonista de un sin número de atentados en contra la dignidad humana. Mientras más poder tenía el Estado, menos le importaba el bienestar y seguridad de sus habitantes, realidad que ha marcado revueltas históricas y cambios sociales necesarios. Un claro ejemplo de ello es la Revolución Francesa de 1789, que marca un momento clave en que los ciudadanos se organizan para confrontar el abuso de poder por parte de la monarquía y su incipiente mecanismo de gobierno.

Aquellos conflictos sociales de inconformidad con actuaciones del Estado lamentablemente no han cesado. La sociedad aún sufre de continuos abusos de distintos grupos de poder, como se pudo evidenciar en la experiencia de las protestas del mes de octubre del 2019 en Ecuador. Aquel conflicto puso en evidencia la irreal estructura de un Estado que no escucha a sus ciudadanos, la fuerza de la voz juvenil, la sátira del poder, la vergonzosa manipulación de información, los innecesarios enfrentamientos violentos que, siempre traen consigo heridos, muertos, saqueos y de más, la necesidad de organismos supranacionales eficientes y la importancia

de tener un fin común social, la paz. El Ecuador, en menos de dos semanas, experimentó la realidad detrás de la poesía de su carta constitutiva y la exigencia de su pueblo por cumplirla, el *sumak kawsay* debía ser respetado.

En octubre de 2019, se evidenció que la juventud no calla, por el contrario, cumpliendo su rol de hacedores del desarrollo nacional y mundial se resiste a las medidas de gobierno desde varios frentes, pese al peligro y a las advertencias de sus familiares, jóvenes de distintas edades cambiaron la narrativa de un país. La indignación juvenil en octubre del 2019 se hizo sentir desde varios rincones del país y, posiblemente, fue esta voz la que llevó al gobierno a reconsiderar sus políticas en busca de paz.

Dentro de las protestas, los datos ponen en evidencia las violaciones de las que fueron víctimas los jóvenes que quisieron ejercer su derecho a la resistencia. Derechos elementales para la democracia de un Estado que les fueron coartados a aquellos jóvenes que el artículo 39 de nuestra carta magna reconoce como grupo de atención prioritaria. Pero los jóvenes, ansiosos de ser escuchados, continuaron sus acciones por un necesario cambio social. La interminable imaginación y creatividad de la juventud los llevó a redefinir y ratificar su rol en el cambio generacional necesario en octubre de 2019.

La información recopilada en la presente investigación pone en claro manifiesto que el gobierno ecuatoriano faltó a las garantías del artículo 39 de la carta magna, donde se establece a la juventud como grupo de atención prioritaria en octubre de 2019. Al haber impedido la libre movilización juvenil en espacios públicos, detener a jóvenes sin seguir el debido procesos judiciales, reprimir con uso desproporcionado de fuerza a jóvenes reporteros independientes, lanzar bombas lacrimógenas en centros de acopio dirigidos por jóvenes voluntarios, e incluso, ignorar las necesidades de aquellos jóvenes que se veían afectados por las medidas económicas implementadas, ponen en evidencia que el

Estado en octubre de 2019 se olvidó de la juventud. El Estado durante la protesta, hizo caso omiso a las necesidades ese grupo de atención prioritaria que la Constitución aclama ser los principales actores del desarrollo del país.

Mencionado todo lo anterior queda en constancia que, posiblemente sin notarlo, el Estado ecuatoriano vulneró y puso en peligro la vida de varios jóvenes, incluso aquellos jóvenes policías y militares. De la investigación y entrevistas realizadas, resulta amargo comprender cómo una mala decisión estatal enfrentó a colegas, amigos e incluso familias, dejando en la juventud una continua y ferviente inconformidad con las actuaciones estatales. No es concebible cómo jóvenes que ingresan a la fuerza policial o militar con ansias de servir a su comunidad y Estado tenga que seguir órdenes para perpetrar violencia contra su propio pueblo. Estos sucesos conformaron un despertar colectivo en búsqueda única de la paz y conciencia, frente a la que el gobierno no pudo oponer fuerzas ilegítimas.

Finalmente, es menester entender el rol que debió cumplir el Estado con sus actuaciones durante la protesta de octubre 2019. El artículo 39 de la Constitución garantiza derechos constitucionales de los jóvenes, particularmente se propende a su participación e inclusión en los espacios de poder público, para lo que es elemental establecer políticas gubernamentales que promuevan su derecho a la resistencia, abriendo espacios para manifestar su voz de forma pacífica y consciente, resultado de una adecuada inversión de recursos en su desarrollo personal e intelectual, donde sus ideales tengan oídos y se conviertan en acciones. Es también necesario que los gobiernos de turno en Ecuador garanticen la seguridad de la juventud como grupo de atención prioritaria en tiempos de conmoción nacional, evitar el uso de violencia hacia la juventud, dando un ejemplo de pacifismo y respeto por la dignidad humana a las nuevas generaciones que dirigirán no solo este país, sino el mundo entero.

## 6. Conclusiones

- Los jóvenes, son un grupo de atención prioritaria del Estado ecuatoriano, efectivamente son el eje de desarrollo no solo nacional, sino también internacional. Es preciso que Ecuador promueva la participación efectiva de la juventud, para así alcanzar sus objetivos como ente garantista de derechos e integrante de una comunidad internacional fomentando la participación de sus nuevas generaciones en la construcción de la sostenibilidad y el desarrollo mundial.
- La juventud se ha despertado, y se seguirá articulando mediante voluntariado, ayuda humanitaria, apoyo social apatidista, uso de medios alternativos de comunicación, para así hacer escuchar su voz, no solo por medio de la protesta en las calles, sino con una continua denuncia a la innecesaria manipulación de sus ideales, sueños y pensamiento.
- Existe una relación directa entre el derecho de resistencia y la juventud ecuatoriana, ya que es este un derecho que particularmente posesiona a las nuevas generaciones como hacedores de desarrollo. Siendo los jóvenes un grupo de atención prioritaria del Estado ecuatoriano, es evidente que debió precautelarse en las protestas de octubre de 2019 su derecho a la resistencia, fomentando el diálogo y evitando violentar o reprimir a las nuevas generaciones.

# Insurrección del movimiento indígena ecuatoriano: Octubre de 2019

María del Mar Peña Ordóñez<sup>228</sup>

## Resumen

Este artículo analiza el proceso de lucha social del movimiento indígena ecuatoriano, así como los procesos de reivindicación alcanzados en los diferentes momentos históricos. Se examinará como el levantamiento indígena producido en octubre de 2019, logró obtener un reforzamiento en sus bases políticas, sociales y epistémicas, a través de la unión y cooperación, en la búsqueda por alcanzar espacios de diálogo intercultural, sin subalternizaciones, y posibilitar un camino hacia la decolonialidad.

**Palabras claves:** Levantamiento indígena, plurinacionalidad, interculturalidad, subordinación, decolonialidad.

## 1. Introducción

La historia del movimiento indígena y su posicionamiento en la política ecuatoriana en las últimas décadas han logrado perfeccionarse a través de grandes procesos reivindicatorios y de luchas sociales contra la matriz hegemónica o dominante, que ha “invisibilizado” desde la conquista española, al pueblo indígena.

La colonización de América marcó el inicio de la creación de una línea abisal entre Europa y las poblaciones de la Abya Yala, que continua lamentablemente como práctica moderna en el pensamiento occidental, entendiéndose en palabras de Boaventura de Sousa Santos, que del “otro lado de la línea

---

228. Docente Universidad Andina Simón Bolívar, Asociada Senior del Estudio Jurídico Maya & Asociados, Quito-Ecuador. Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por el Instituto de Empresa (I.E.), Madrid-España. Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador. Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. Correo electrónico: [mariadelmarpena@estudiojuridicomaya.com](mailto:mariadelmarpena@estudiojuridicomaya.com).

abisal es el reino que está más allá de la legalidad y la ilegalidad (la ausencia de la ley), más allá de la verdad y la falsedad (las creencias idólatras y mágicas incomprensibles). Estas formas de negación radical tienen como consecuencia una ausencia radical, la ausencia de humanidad, la subhumanidad moderna. De este modo, la exclusión es a la vez radical y no existente, ya que no se puede concebir que los subhumanos sean candidatos a la inclusión social”.<sup>229</sup>

Así inicia, para los pueblos indígenas una coexistencia marcada por fuertes tensiones entre la regulación y la emancipación, así como la apropiación y la violencia,<sup>230</sup> justificativos para que el entonces Viejo Mundo pueda hacer suyos tanto los territorios como de los seres humanos que en ella habitaba, por considerarlos como subhumanos, impidiéndoles utilizar sus lenguas y ritos, y obligándolos a adoptar, inclusive, su religión y nombres.

Así el eurocentrismo, logró dominar a los pueblos indígenas que se encontraban del otro lado de la línea abisal, consiguiendo dividir geográficamente al mundo.

## 2. De la colonialidad a la insurrección

El poder dominante ha logrado crear a través de los siglos “una malla de relaciones de explotación/dominación/conflicto que se configuran entre las gentes en la disputa por el control del trabajo, de la naturaleza, del sexo, de la subjetividad y de la autoridad”.<sup>231</sup> De esta forma, la colonialidad, como aspecto básico del patrón de imposición del poder, consigue clasificar socialmente a los seres humanos, en función del trabajo, la raza, el género, la edad, el sexo, e inclusive el fenotipo, creando una estructura de poder denominada

229. Boaventura de Sousa Santos, *Justicia entre Saberes, Más allá del pensamiento abisal* (Madrid: Ediciones Morata, S.L., 2017), 164-5.

230. *Ibíd.*

231. Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder y clasificación social, Epistemologías del Sur, Perspectivas* (Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2014), 96-7.

“colonialidad del poder”<sup>232</sup> y con ello utiliza como modelo, la división entre lo superior (los blancos) e inferior (los indígenas y negros), haciendo que cada uno ocupe determinadas funciones en la sociedad, obteniendo una dominación social, así como la explotación del trabajo bajo la hegemonía del capital.

Esta dominación y la consecuente clasificación social creada, se mundializa consiguiendo que con esta colonialidad del poder, se cree también una colonialidad del ser, del saber y de la naturaleza<sup>233</sup> y que éstas subsistan hasta nuestros días.

La colonialidad del saber se impone bajo la figura de los “conocimientos” obtenidos a través de los estudios académicos (escuela, universidad, posgrados), invisibilizando los saberes y conocimientos de las comunidades y pueblos indígenas. Así las cosas, y como parte de la dominación se manifiesta también la colonialidad del ser, a través de lo “étnico” y dividiendo entre blanco, mestizo, indígena o afroecuatoriano, obteniendo subalternizaciones. A estos “patrones de colonialidad”, se incorpora también la colonialidad de la naturaleza, afectando a la pacha mama, al otorgar el poder dominante a las multinacionales sus recursos naturales, que son para el pueblo indígena sinónimo de vida y de espiritualidad.<sup>234</sup>

Bajo este esquema de colonialidad arraigado en los grupos dominantes de Ecuador, nace la propuesta de interculturalidad y plurinacionalidad en nuestro país, que apuntan a tratar de romper la estructura misma de las instituciones sociales y políticas, y con ello apuntar a una de-colonialidad, a un pluralismo desde abajo.

Es justamente en este punto de inflexión, que en el año 1986, el movimiento indígena ecuatoriano funda la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), como

232. *Ibíd.*, 92-3.

233. Catherine Walsh, *Interculturalidad crítica y (de) colonialidad, Ensayos desde Abya Yala*, (Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2012), 112-6.

234. *Ibíd.*, 1114-6.



consecuencia de la fusión entre los indígenas de la sierra que formaban parte de la organización Ecuador Runakunapak Rikcharimuy (Ecuarunari) y los de la Amazonía que formaban parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE). Esta unión de pueblos ancestrales provocaron innumerables propuestas y reclamaciones, las de los pueblos amazónicos, ya que se sentían intimidados por el extractivismo de las trasnacionales petroleras, sufriendo en carne propia la colonialidad y violencia a la madre tierra, totalmente aislados del Estado, y por otro lado los indígenas de la sierra del Ecuador, que tenían mucha experiencia de organizarse y colaborar mancomunadamente, que concluyeron en el levantamiento indígena de 1990, y con ello, que se reconozca a la CONAIE como actor en la política nacional.<sup>235</sup>

Como propulsor de este proceso, a nivel internacional, se presentaron a la par, la caída del muro de Berlín y con ello, el fin de la Guerra Fría, así como la aplicación de políticas neoliberales, de la mano de reformas tributarias, procesos de privatización, préstamos e imposiciones por partes de organismos internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, que incrementaron las desigualdades y las diferencias sociales; situación que coincidió en el Ecuador.

Así las cosas, la Conaie se convirtió en un importante actor político en el país, continuando a partir de ello, con su estrategia de movilizaciones y protestas, en los años venideros, teniendo entre otras, como bandera de lucha, el reconocimiento del Ecuador como Estado Plurinacional, triunfo que fue el resultado de muchísimos años de reivindicaciones sociales.

En el Gobierno del presidente interino Fabián Alarcón, se convoca a Asamblea Constituyente, en la que la presión del movimiento indígena, a través de Pachakutik, logra se introduzca en la

---

235. Jorge Resina de la Fuente, *La Plurinacionalidad en Disputa: El Pulso entre Correa y la CONAIE*, (Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2012), 45-6.

Constitución, la declaratoria de Estado multiétnico y pluricultural, así como un reconocimiento a las lenguas propias, no obstante no lograron que se incluya la propuesta del Estado Plurinacional.<sup>236</sup>

Años después y tras muchas dificultades, la Conaie logra en el año 2008, luego de efectuar sendas movilizaciones, que en la Constitución de la República del Ecuador se incluyera en su artículo 1, la plurinacionalidad, así como la interculturalidad.<sup>237</sup>

Adicionalmente, se incorporó también en el artículo 57 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a la interculturalidad que se reconocía el sistema de educación intercultural bilingüe,<sup>238</sup> estableciéndose como lenguas el castellano, kichwa y el shuar, como idiomas oficiales de relación intercultural.<sup>239</sup>

Se reconoció también en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 14, el concepto de buen vivir o *sumak kawsay*,<sup>240</sup> así como la justicia indígena, en su artículo 171.<sup>241</sup>

Sin perjuicio, de todos estos aparentes triunfos de la Conaie y del movimiento indígena Pachakutik, las desigualdades y subalternizaciones continuaron y a pesar de haber obtenido el reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad, no se dio un cambio importante en el sistema político del país, continuando en definitiva el mismo modelo de colonialidad.

Entre otras cosas, esto se debió a que Pachakutik se contagió de las prácticas de los otros movimientos políticos, suscitándose un

---

236. Jorge Resina de la Fuente, *La Plurinacionalidad en Disputa: El Pulso entre Correa y la CONAIE*, (Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2012), 47-8.

237. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

238. *Ibíd.*, art. 57 numeral 14.

239. *Ibíd.*, art. 2.

240. *Ibíd.*, art. 14.

241. *Ibíd.*, art. 171.

distanciamiento entre las bases y las élites del movimiento indígena, que les acusaban a sus dirigentes de velar por sus propios intereses y no por el de sus comunidades. Así en palabras de Ana María Guacho:

La gente no tomamos conciencia de lo nuestro, de lo colectivo, nos individualizamos, nos interesa nuestros intereses personales, por eso cada quién trabaja para él o máximo su familia, así sucede con la gente que está en las instituciones públicas. [...] No se puede funcionar así, los dirigentes tienen que ser dirigentes comunitarios y tienen que ejecutar lo que la comunidad o el pueblo pide y resuelva, tiene que saber ver, juzgar y actuar, ahora a veces es al revés, los que están arriba vienen y nos imponen, nos dicen esto se hace y esto no se hace, esas cosas están mal. Hemos perdido el respeto totalmente entre nosotros, no hay respeto, no hay coordinación, no hay compromiso de trabajo, conmigo mismo, con los demás, con la naturaleza, todos eso hemos perdido.<sup>242</sup>

Y agrega Rosa María Vacacela Gualán “El movimiento indígena no debió dar paso de querer tomar espacios de poder en el mismo sistema. Tenía que seguir ese prospecto de cohesionar, capacitar, concienciar a toda la gente indígena [...] eso armado quizá romper los espacios de poder. Las bases tendrían que sostener esos procesos”.<sup>243</sup>

El debilitamiento de los movimientos indígenas se acrecentó durante el gobierno de la Revolución Ciudadana que de haber sido inicialmente aliados pasaron a ser perseguidos algunos de sus líderes, invisibilizándose muchos de los logros alcanzados, al ser atacados por el Gobierno del Presidente Rafael Correa.<sup>244</sup>

242. Raúl Llasag Fernández, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes* (Ecuador: Huaponi Ediciones, 2018), 139-40.

243. Raúl Llasag Fernández, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes* (Ecuador: Huaponi Ediciones, 2018), 140.

244. El Universo, “La Conaie 33 años de historia de un movimiento clave en Ecuador”, *Política*, 12 de octubre de 2019, párr. 2, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/10/12/nota/7557206/conaie-protestas-ecuador-crisis-historia-movimiento-indigena>.

### 3. Paro nacional octubre 2019

El Presidente Lenin Moreno Garcés, bajo presiones de cumplimiento de las obligaciones adquiridas con el Fondo Monetario Internacional, así como escudado en que el país atravesaba un momento de “crisis”, anuncia al Ecuador en cadena nacional, la implementación de seis medidas económicas y trece propuestas de reformas,<sup>245</sup> entre ellas, la del alza de los combustibles, dictando el Decreto Ejecutivo N° 883, del 1 de octubre de 2019,<sup>246</sup> en el que en su artículo 2 establecía:

El precio de venta en terminal para la Gasolina Súper, Extra, Extra con Etanol, Diésel Premium y Diésel 2 para el sector automotriz, será determinado en forma mensual por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, con base al costo promedio ponderado más los costos de transporte, almacenamiento, comercialización de la EP Petroecuador y los tributos que fueren aplicables. Los costos de las gasolinas Extra y Extra con Etanol para el sector automotriz, será el resultado de la ponderación de los costos de EP Petroecuador de los dos productos. Los costos de Diésel Premium y Diésel 2 para el sector automotriz, será el resultado de la ponderación de los costos de EP Petroecuador de los dos productos.

A estos valores señalados, se incrementaba en el citado Decreto Ejecutivo N° 883 en su artículo 4, un margen de comercialización, para las compañías que distribuyen los combustibles a los clientes finales, en USD\$0,231 por galón para la Extra, USD\$0,231 para la Extra con Etanol y USD\$0,197 para el Diésel Premium y Diésel \$0,197.

Tras el anuncio de las medidas económicas, y con ello el alza de los combustibles, se inició en el Ecuador una oleada de protestas

245. El Comercio, “Lenin Moreno anuncia 6 medidas económicas y 13 propuestas de reforma”, 1 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-medidas-economicas-ecuador.html>.

246. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 883*, Registro Oficial 52, Suplemento, 2 de octubre de 2019, art. 2.

en todo el país, efectuadas a partir del 2 de octubre de 2019 hasta el 13 de octubre de 2019.

El actor inicial de las manifestaciones que arrancaron el 2 de octubre de 2019, en contra del alza de los combustibles, fue la Federación de Cooperativas de Transporte Público de Pasajeros (Fenacotip), a la cual se unió también la Federación Nacional de Operadoras de Transporte en Taxis del Ecuador (Fedotaxis), las cuales paralizaron a nivel nacional el transporte en el país, peticionando la derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 883.

Bajo ese contexto, y encontrándose el país viviendo una grave conmoción interna, al existir manifestaciones por parte de los transportistas en 22 provincias del Ecuador, así como presentándose situaciones de mucha violencia al estar paralizado de manera total el servicio de transporte público, el Presidente Lenin Moreno dicta el día 3 de octubre de 2019, el Decreto Ejecutivo N° 884, por el cual declara en su artículo uno:

Declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional, en razón de las circunstancias de grave conmoción interna, pues las paralizaciones en diferentes lugares del país, han alterado el orden público, impidiendo la normal circulación vehicular, provocando situaciones de manifiesta violencia que ponen en riesgo la seguridad y la integridad de las personas; así como también, la alerta de una posible radicalización de la medida en todo el territorio nacional, ya que las diferentes agrupaciones continúan convocándose para jornadas de protesta continua e indefinida. Tal situación, requiere de intervención emergente a fin de precautelar la seguridad y los derechos de todas las personas.<sup>247</sup>

Se decreta también en el Decreto Ejecutivo N° 884, la suspensión en todo el territorio nacional del derecho a la libertad de asociación y reunión, consistente en limitar la conformación de aglomeraciones en espacios públicos durante las 24 horas del día con

---

247. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 884*, Registro Oficial 53, Suplemento, 3 de octubre de 2019, art. 1.

el objeto de impedir que se atente contra los derechos del resto de ciudadanos, así como que el estado de excepción regiría en el país durante 60 días, limitando también el derecho a la libertad de tránsito en todo el territorio ecuatoriano, en los casos en que se atentara contra los derechos y garantías del resto de ciudadanos, con el objeto de impedir que se efectuaran actos contrarios al derecho de terceros o se generaran actos vandálicos que atentaran contra la vida o propiedad de las personas y preservar así el orden público.<sup>248</sup>

Así las cosas, la Federación de Cooperativas de Transporte Público de Pasajeros (Fenacotip) declara el día 4 de octubre de 2019, mediante rueda de prensa, que el gremio de transportistas da por concluido el paro nacional, sin perjuicio de ello, era a todas luces claro, que dicha terminación se daba como consecuencia de la acción penal iniciada por la Fiscalía y la aprehensión de dirigentes del gremio del transporte,<sup>249</sup> amparados en el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal que dispone “La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.<sup>250</sup>

Sin embargo, ya para ese momento se habían adherido al paro nacional también la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE), el Frente Unitario de Trabajadores (FUT), el Frente Popular (FP), así como también grupos vinculados al Movimiento Revolución Ciudadana, respaldando las protestas en contra de las medidas económicas dictadas por el Presidente Lenín Moreno y

248. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 884*, Registro Oficial 53, Suplemento, 3 de octubre de 2019, art. 2-8.

249. El Comercio, “Transportistas, buseros y taxistas deponen el paro en Ecuador y no se hacen responsables de los actos vandálicos”, 4 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/transportistas-taxistas-terminacion-paro-ecuador.html>.

250. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 346.

principalmente solicitando la derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 883, que eliminaba el subsidio de los combustibles.

Con lo cual habiendo dado el gremio de transportistas un paso al costado y finalizando con el paro nacional, no así lo hizo la Confederación de Nacionalidades Indígenas (Conaie), quien a través de su Presidente, en rueda de prensa el mismo 4 de octubre de 2019, convoca a “huelga nacional, para combatir el proyecto de paquetazo nacional que premia a la oligarquía y al FMI en contra del pueblo ecuatoriano”<sup>251</sup>

Jaime Vargas, presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (Conaie) agrega:

Convocamos a presidentes de comunidades, de asociaciones, nacionalidades y pueblos del Ecuador, a la unidad, y salir a las calles reclamando nuestros derechos y en rechazo a las medidas económicas que nos afectan y no acogen los intereses de nuestros pueblos. [...] Rechazamos la actitud agresiva del Gobierno Nacional y alertamos a las Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que sugieran al Gobierno a que pare estas medidas que atropellan los derechos de todos.

Paralelamente, mediante Dictamen No. 5-19-EE/19 del 07 de octubre de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió emitir dictamen de constitucionalidad a la declaratoria de estado de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo No. 884, de acuerdo a las siguientes condiciones:

las medidas de limitación y suspensión únicamente aplicarán por un plazo de treinta días con respecto a los derechos a la libertad de asociación, reunión y libre tránsito así como las requisiciones a las que haya lugar con motivo del objeto del estado de excepción. Estas serán necesarias, idóneas y proporcionales: (i) si permiten

251. Metro Ecuador, “Conaie se mantiene firme en el paro nacional aunque transportistas finalizaron”, *Noticias*, 4 de octubre de 2019, <https://www.metroecuador.com.ec/ec/noticias/2019/10/04/conaie-se-mantiene-firme-paro-nacional-aunque-transportistas-finalizaron.html>.

cumplir los objetivos del estado de excepción, (ii) no afecten el derecho a la protesta pacífica, constitucionalmente reconocido; y, (iii) se desarrollen en el marco del uso de la fuerza de manera necesaria, proporcional y progresiva por parte de la Policía Nacional y complementariamente de las Fuerzas Armadas; b) Demandar de la Policía Nacional y complementariamente de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus deberes de prevenir y proteger la integridad y derechos de los periodistas y medios de comunicación, de los organismos e institucionales de asistencia humanitaria, así como de la ciudadanía en general; c) Esta Corte recuerda la obligación establecida en el último inciso del artículo 166 de la Constitución que dispone: “Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción”;<sup>252</sup>

La Corte Constitucional respecto de la limitación del derecho a la libertad de tránsito en el territorio nacional prevista en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 884, concluyó que:

En atención a los hechos acaecidos las medidas adoptadas son necesarias toda vez que algunos de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción que nos ocupa, es la paralización –en diferentes lugares del país– de la normal y libre circulación de la ciudadanía, a través de las acciones violentas y vandálicas de grupos o colectivos de personas que atentaron contra la vida, integridad y la propiedad del resto de ciudadanos.<sup>253</sup>

Así las cosas, y no obstante que altos funcionarios del Gobierno procuraron buscar dialogar con la dirigencia de la CONAIE e inclusive, también intentar dividirlos, el movimiento indígena fue avanzando hasta llegar a la zona sur de Quito, el 7 de octubre de 2019 para la marcha prevista para el 9 de octubre de 2019.<sup>254</sup>

252. Ecuador, *Dictamen N° 5-19-EE/19*, Corte Constitucional del Ecuador, párraf. 61, Registro Oficial Edición Constitucional N° 21, 13 de noviembre de 2019.

253. *Ibíd.*, párr. 48.

254. El Telégrafo, “Indígenas llegan a Quito en caravana para manifestación del miércoles”, 7 de octubre de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/ecuador/1/indigenas-llegan-a-quito-en-caravana>.



Entre tanto la situación de violencia se incrementaba en Quito y en el resto del país, conforme se avecinaba el día de la anunciada marcha, donde se estimaba llegaron a la ciudad de Quito más de 5.000 indígenas que se concretaron en su mayoría en el parque El Arbolito y sus alrededores,<sup>255</sup> así como pernoctando muchos de ellos, en el Ágora de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, en el Coliseo de la Pólitécnica Salesiana, en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador,<sup>256</sup> entre otros centros universitarios de la ciudad de Quito, con el objetivo de conseguir la derogatoria del Decreto Ejecutivo No. 883.

Los disturbios en todo el país continuaban auspiciados por los diferentes movimientos, tales como el Frente Unitario de Trabajadores (FUT), el Frente Popular (FP), así como de la Revolución Ciudadana, reprimidos por la Policía Nacional y el Ejército, con gases lacrimógenos, en los cuales se suscitaban endilgados enfrentamientos y muchísima violencia, tanto en Quito como en el resto del país, habiendo llegado en la capital hasta el Centro Histórico ocasionando importantes daños al patrimonio nacional, todo esto en su búsqueda por intentar llegar al Palacio de Carondelet.

Ante esta situación de conmoción, el Presidente Lenin Moreno dicta el Decreto Ejecutivo N° 888, el 8 de octubre de 2019, por el cual ordena en su artículo 1 “trasladar la Sede de Gobierno a la ciudad de Guayaquil, durante el período de vigencia del estado de excepción”<sup>257</sup>, decreto que es declarada su constituciona-

255. El Comercio, “Indígenas vuelven a movilizarse en Quito y se concentran en los alrededores de la Asamblea Nacional”, *Política*, Daniel Romero, 11 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/movilizacion-indigena-asamblea-nacional-quito.html>.

256. El Comercio, “Los indígenas pasaron la noche, en la Salesiana, sin inconvenientes, tras el impacto del gas lacrimógeno”, *Valeria Heredia*, 10 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/indigenas-universidades-gas-lacrimogeno-policia.html>.

257. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 888*, Registro Oficial 58, Suplemento, 10 de octubre de 2019, art. 1.

lidad, mediante Dictamen N° 5-19-EE/19A emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, el 10 de octubre de 2019.<sup>258</sup>

Como consecuencia de ello, el día 9 de octubre de 2019 se desarrollan las marchas a nivel nacional teniendo como actor principal a la Conaie, que a pesar de que su intención inicial era propender a que sea una marcha pacífica, se infiltraron entre ellos personas que buscaban el derrocamiento del Presidente Moreno, aprovechando la marcha del movimiento indígena, impulsando con ello una ola de disturbios que se intensificaron los días 10, 11 y 12 de octubre de 2019, respectivamente. Ante esta situación de violencia colectiva, la fuerza pública se vio avocada a reprimir a las personas continuamente con gases lacrimógenos, ya que en la ciudad de Quito ocasionaron gravísimos daños a la propiedad privada en el Centro Histórico, la Asamblea Nacional, quemando medios de comunicación como Teleamazonas,<sup>259</sup> así como la Contraloría General del Estado,<sup>260</sup> ingresando a empresas como Parmalat<sup>261</sup> y ocasionando severos daños, e inclusive quemando gobernaciones y lugares públicos en todo el país. En Guayaquil fue el único lugar del Ecuador, donde el movimiento indígena no logró tener acceso, ya que la Alcaldesa de la ciudad no permitió que ingresaran a través del puente de la Unidad Nacional.<sup>262</sup>

258. Ecuador, *Dictamen N° 5-19-EE/19A*, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 29, Registro Oficial Edición Constitucional N° 21, 13 de noviembre de 2019.

259. Teleamazonas, “Las instalaciones de Teleamazonas en Quito fueron atacadas por grupo de vándalos”, 12 de octubre de 2019, <http://www.teleamazonas.com/2019/10/las-instalaciones-de-teleamazonas-en-quito-fueron-atacadas-por-grupo-de-vandalos/>.

260. El Comercio, “Encapuchados se tomaron las instalaciones de la Contraloría”, *Seguridad*, 12 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/quito-encapuchados-edificio-contraloria-paro.html>.

261. El Comercio, “Saques en Parmalat, florícolas, otras empresas de Cotopaxi e Imbabura”, *Actualidad*, *Modesto Moreta y Patricia González*, 7 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/saques-parmalat-empresas-cotopaxi-latacunga.html>.

262. El Comercio, “Puente de la Unidad Nacional cerrado totalmente por disturbios en Durán”, *Actualidad*, 9 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/puente-unidad-nacional-cerrado-guayaquil.html>.

A pesar de ello, dicha ciudad presentó innumerables saqueos, perpetrados por antisociales que aprovecharon la situación del país.

El ex Alcalde de la ciudad de Guayaquil, Ab. Jaime Nebot junto con la actual edil convocaron a una marcha multitudinaria de paz,<sup>263</sup> así como para defender la democracia, el mismo 9 de octubre de 2019, la cual proporcionó en algo un ambiente de tranquilidad y respaldo, para el Presidente Moreno que había trasladado la sede de Gobierno a dicha ciudad.

A pesar del triunfo político del ex Alcalde Nebot, en la marcha por la paz, ese mismo día en una entrevista en el canal Ecuavisa, comete un grave error al señalar que les recomienda a “los indígenas que regresen al páramo”, palabras que en días posteriores deberá ofrecer las correspondientes disculpas y aclaraciones.<sup>264</sup>

Sin poder contener la conmoción social y política que se vivía en esos días en el país, y que el movimiento indígena cada vez tomaba más fuerza, el Presidente Lenín Moreno dicta el Decreto Ejecutivo N° 893, el 12 de octubre de 2019, que reforma el Decreto N° 888, y que en su artículo 1 establece:

[...] No se podrá circular en horario de 20:00 a 05:00, de lunes a domingo, en todo el territorio nacional, en áreas aledañas a edificaciones e instalaciones estratégicas tales como edificios donde funcionan las sedes de las Funciones del Estado y otras que define el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, mientras dure el estado de excepción, según las necesidades establecidas por el Ministerio de Gobierno y la Policía Nacional, para mantener el orden público interno, pudiendo, de ser el caso, establecerse

263. Metro Ecuador, “Marcha por la Paz: Ciudadanos de Guayaquil se convocan en la 9 de Octubre”, *Andrea Martínez*, 9 de octubre de 2019, <https://www.metroecuador.com.ec/ec/noticias/2019/10/09/marcha-la-paz-ciudadanos-guayaquil-se-convocan-la-9-octubre.html>.

264. El Comercio, “Jaime Nebot dice que mensaje sobre páramo fue sacado de contexto”, *Daniel Romero*, Política, 21 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/nebot-indigenas-paramo-contexto-disculpas.html>.

salvoconductos y similares. De ser necesario, a fin de precautelar los derechos y garantías de los ciudadanos, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, podrá extender el horario antes indicado, en coordinación con las necesidades establecidas por el Ministerio de Gobierno y la Policía Nacional, para mantener el orden público interno.

Se exceptúa de esta limitación a las personas y servidores que deban prestar un servicio público con el estricto propósito de garantizar su accesibilidad, regularidad y continuidad en el marco de sus competencias legales y constitucionales, miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, comunicadores sociales acreditados, miembros de misiones diplomáticas acreditadas en el país, personal médico, sanitario o de socorro, así como el transporte público administrado por las entidades estatales, transporte de las entidades del sector salud, riesgos, emergencia y similares, seguridad y transporte policial y militar y, demás sujetos y vehículos que determine el Ministerio de Gobierno.<sup>265</sup>

Finalmente, el día 13 de octubre de 2019, con la colaboración de la Conferencia Episcopal, la Organización de las Naciones Unidas, el movimiento indígena logra alcanzar un acuerdo con el Presidente Lenín Moreno, obteniendo la derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 883, manteniéndose el subsidio de los combustibles, mediante Decreto Ejecutivo N° 894 del 14 de octubre de 2019,<sup>266</sup> señalando lo siguiente:

**Art. 1.-** Déjese sin efecto el Decreto Ejecutivo número 883 de 1 de octubre del 2019, publicado en el Suplemento al Registro Oficial número 52 de 2 de octubre del 2019.

**Art. 2.-** Procédase, de manera inmediata, a la elaboración de un nuevo decreto ejecutivo que permita una política de subsidios de

265. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 893*, Registro Oficial 68, Suplemento, del 25 de Octubre de 2019, art. 1.

266. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 894*, Registro Oficial 59, Suplemento, del 14 de Octubre de 2019, art. 1-2 y disposición transitoria.

combustibles, con un enfoque integral, con criterios de racionalización, focalización y sectorialización, que precautele que éstos no se destinen al beneficio de personas de mayores recursos económicos, ni a contrabandistas de combustibles.

### **Disposición Transitoria**

Hasta que se expida el nuevo decreto ejecutivo, se vuelve a los precios establecidos antes de la vigencia del Decreto Ejecutivo 883 de 1 de octubre de 2019. Los precios en las estaciones de servicio se implementarán desde el día martes 15 de octubre de 2019, a las 00h00.

Finalmente, y a pesar del recuento trágico de muertes que ascendieron a 8 personas, 1192 detenidos a nivel nacional y 1340 personas que recibieron atención médica, la derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 883 constituyó un gran triunfo para el movimiento indígena y con ello para la Conaie, que tras años de haber estado “invisibilizados” retomaron una posición de importancia en la palestra política.

### **4. Conclusiones**

El levantamiento indígena de octubre de 2019 se produjo, porque los grupos de poder en el Ecuador no han dado importancia a las necesidades de un sector de la población que ha sido relegado por siglos de colonialidad, cansado de que se perpetúen de manera diaria relaciones de subalternizaciones, generadas a partir del complejo de “superioridad o inferioridad colonial”, que ha “invisibilizado” su diario vivir y con ello reforzando esa dura línea abisal creada.

El triunfo de la insurrección indígena se dio también, al haber confluído una *sindéresis* de unión y coordinación entre los pueblos ancestrales, implementándose la “plurinacionalidad desde abajo”, la cual como señala Raúl Llásag:

Requiere la generación de participación interna, evitando la exclusión, la imposición y la verticalidad, empezando por los espacios

individual, familiar y comunitario. Esas son las condiciones del ejercicio de la autonomía interna.<sup>267</sup>

Consecuentemente, es muy importante como a través de este levantamiento se reforzaron las bases de este proyecto político, social y epistémico, que es la Conaie, dentro del cual la interculturalidad juega un rol trascendental, habiendo logrado a través de las manifestaciones de octubre de 2019, remover la estructura misma del poder, haciéndole recordar a los grupos dominantes del país, que a pesar de que se encuentra claramente previsto en la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado Plurinacional e intercultural. En esa línea, en palabras de Catherine Walsh:

[Interculturalidad] es un buen ejemplo del potencial epistémico de una epistemología fronteriza. Una epistemología que trabaja en el límite del conocimiento indígena subordinado por la colonialidad del poder, marginalizado por la diferencia colonial y el conocimiento occidental trasladado a la perspectiva indígena del conocimiento y su concepción política y ética. [...] Su proyecto, entonces, es “abrir”, epistémicamente, el pensamiento eurocéntrico, un proyecto un tanto diferente al propuesto por el pensamiento “otro”, a una dimensión diferente en la ruta hacia la interculturalización del conocimiento, una ruta que ya no es “casa adentro” sino “casa afuera”.<sup>268</sup>

Con ello se apunta a buscar una reconciliación, y lograr la tan buscada convivialidad, a través de espacios de diálogo de múltiple dirección, implementando esfuerzos como los achik runa, alcanzando una vida más simple o el Amawtay Wasi, y en ese sentido ofrecer la posibilidad de dar a conocer sus conocimientos y cosmovisiones, en un coaprendizajes mutuo; logrando derribar las subalternizaciones, y enfocándose en perseguir como principal objetivo la transformación y decolonialidad.

267. Raúl Llasag Fernández, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes* (Ecuador: Huaponi Ediciones, 2018), 127.

268. Catherine Walsh, *Interculturalidad crítica y (de) colonialidad, Ensayos desde Abya Yala*, (Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2012), 81-2.

¿Es un mito esta tan anhelada decolonidad? Sin duda es un gran desafío, ya que implica romper paradigmas impregnados en nuestra sociedad. No obstante esta postura emancipadora, con una perspectiva intercultural, es la única manera de alcanzar una verdadera transformación, con miras a una real igualdad y liberación de nuestros pueblos.

## MIRADAS EXTERIORES

### La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia<sup>269</sup>

Gonzalo Ramírez Cleves<sup>270</sup>

#### Resumen

El presente artículo analiza el desarrollo de la doctrina de la sustitución de la Constitución en Constituciones donde no existen cláusulas pétreas que limiten el ámbito material de las reformas a la Constitución. Analiza la tensión que existe entre principio mayoritario y Democracia constitucional. Para ello desarrolla algunas hipótesis de cómo evitar la discrecionalidad y el abuso del poder en la aplicación de dicha doctrina por parte de la Corte Constitucional; y considera que esta doctrina constitucional sólo debe aplicarse en casos extremos, cuando algunos de los elementos estructurales de la Constitución se encuentren amenazados y propone que se lo haga a través de la ponderación.

**Palabras clave:** Democracia de mayorías, democracia constitucional, Reforma de la Constitución, jurisprudencia, supremacía de la Constitución, sustitución constitucional, bloque de constitucionalidad, ponderación.

269. Dedicado a la memoria del profesor Pedro de Vega García (1936-2016). Una versión preliminar de este artículo fue publicado en inglés con el título “The unconstitutionality of constitutional amendment in Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy” en: *Democratizing constitutional law* (ed. Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes) Springer, 2016, pp. 213-229 y en español en “La Reforma Constitucional y su problemática en el Derecho Comparado” (Coord. Víctor Alejandro Wong Meraz, Carolina León Bastos, y Juan Luis Sosa Carrero), México D.F, V.LEX–Politeia Constitución y Democracia, 2017, pp. 67 a 96.

270. Profesor de Derecho Constitucional y filosofía del Derecho de la universidad Externado de Colombia, Ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana, Editor de la Revista Derecho del Estado.



## 1. Introducción

La Corte constitucional colombiana en la sentencia C-551 de 2003, introdujo la doctrina de la “sustitución de la Constitución”.<sup>271</sup> Esta doctrina se refiere a que la Corte constitucional puede realizar el control de las reformas constitucionales y declararlas inconstitucionales no sólo por vicios de forma, sino también por vicios competenciales cuando se cambia, deroga o sustituye “un elemento sustancial a la Constitución” o “un principio o valor derivado del bloque de constitucionalidad”.

La doctrina de la sustitución, se establece sin que la Constitución de 1991 contenga cláusulas pétreas o de intangibilidad como lo tienen otras constituciones como la alemana, de 1949; italiana, de 1947; francesa de 1858; portuguesa, de 1976 y, en el ámbito latinoamericano, la brasileña, de 1988; la salvadoreña de 1982; venezolana, de 1999, y la ecuatoriana, de 2008. En todas estas Constituciones se prohíbe cambiar elementos relacionados con aspectos generales del concepto de Constitución: como los derechos fundamentales y el estado de derecho, la alternancia del poder, los artículos sobre la reforma a la Constitución y otros elementos particulares referidos al tipo de Estado y a la organización política o territorial de cada estado en particular; como el carácter federal, el estado social de derecho, el carácter republicano, la participación de las organizaciones populares en la administración local o la prohibición de la reelección presidencial.

La declaratoria de inconstitucionalidad de reformas a la Constitución, en constituciones que carecen de cláusulas pétreas, no es común dentro del derecho comparado. Solo hay algunos casos aislados como en la India, donde la Corte Suprema de dicho país, desde 1967 en el caso *Golaknath vs. State of Punjab*, estableció que el poder de reforma no podía confundirse con el poder constituyente: tesis que ha dado lugar a la doctrina de la *Basic Structure (o estructura básica)*, introducida en 1973 con el

271. Cfr. Fundamentos jurídicos 29 a 49.

caso *Kesavaranda Bharati vs. State of Kerala*, que concluyó que existen elementos estructurales que no pueden ser modificados por el poder de reforma. Esta doctrina ha permitido la declaratoria de inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución de dicho país no solo por vicios de forma, sino por su contenido en seis ocasiones.<sup>272</sup>

La doctrina de los límites materiales a la reforma de la Constitución ha sido considerada como una tendencia creciente dentro del constitucionalismo comparado; tal como lo ha demostrado Yaniv Roznai en su libro *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of amendment powers*<sup>273</sup>. Explica Roznai que las cortes y tribunales constitucionales en el mundo son cada vez más proclives a realizar el control de constitucionalidad de las

---

272. Desde 1967 en el caso *Golaknath vs. State of Punjab* estableció que las leyes a la reforma constitucional tienen el valor de las leyes ordinarias y que el poder de reforma está sometido a límites implícitos que debían buscarse en el artículo 13 que somete el poder de revisión a los derechos fundamentales establecidos en la parte III de la Constitución que según la Corte tienen un “rango trascendental dentro de la Constitución” (*Transcendental position*) y que cualquier reforma constitucional que los suprime o restringe (*takes away or abridges*) debe considerarse como inconstitucional. Esta posibilidad de control ha mutado en lo que se conoce como la tesis de la *Estructura básica*, introducida en el caso *Kesavanda Bharati vs. State of Kerala* de 1973, implementada en los casos *Minerva Mills Ltd. vs. Union of India* de 1974 e *Indira Nehru Gandhi vs. Raj Narain* de 1975, que declaró inconstitucionales las reformas que se plantearon para evitar la responsabilidad por los actos de corrupción en elecciones y que han sido considerados como una forma de proteger la democracia de la India contra el intento del ejecutivo y de sus mayorías en el Congreso, para librarse de responsabilidad política a través de la reforma. Recientemente ha sido utilizada la tesis de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales a través de la tesis de la *Estructura básica* en las reformas de *Waman Rao vs. Union of India and other* de 1980 y el último caso de 2008 *Ashoka Kumar Thakur vs. Union of India* en donde se dio la posibilidad a los estados de establecer cupos en educación para las clases más pobres y en donde la Corte indicó que esta reforma no era contraria a la “Estructura Básica” de la Constitución. Véase el texto de Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional: aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012, pp. 183-188. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, London, february, 2014, pp. 690-694.

273. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments : the limits of amendment powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

reformas constitucionales, a partir del entendimiento de elementos estructurales, consustanciales, axiales, básicos o esenciales de la Constitución.

En el caso colombiano se ha implementado la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por sustitución desde la sentencia hito C-551 de 2003. A partir de esta sentencia inicial se han declarado inconstitucionales ocho reformas a la Constitución, ya sea de manera parcial o total. Se destaca dentro de estos pronunciamientos, la sentencia C-141 de 2010, que hacía el control de constitucionalidad de la ley 1345 de 2009 que convocaba a un referendo popular para reformar el artículo 197 de la C.P y permitir la reelección del Presidente de la República. En este caso, la Corte constitucional estableció que dicha propuesta de reforma sustituía el principio democrático, la división de poderes, los pesos y contrapesos —*checks and balance*, la alternancia del poder y la igualdad.<sup>274</sup>

Esta Sentencia, ha puesto en evidencia la importancia de esta doctrina, con el fin de usarla para la protección y el mantenimiento de la democracia constitucional en Colombia, ya que funciona como la última defensa que tiene el constitucionalismo para evitar que se utilice la técnica de la reforma a la Constitución para permitir que los gobernantes se perpetúen en el poder a través de las mayorías, en lo que Landau ha llamado el “constitucionalismo abusivo”.<sup>275</sup>

A partir de este contexto en este escrito resolveré la pregunta sobre si la doctrina de la sustitución de la Constitución es una buena

---

274. Hay que anotar que otras sentencias han dispuesto que existen principios consustanciales como el Estado Social y Democrático de Derecho y el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas (C-579 de 2013) y el marco democrático participativo (C-577 de 2014), pero no se declararon inconstitucionales por estos ejes estructurales.

275. Ver: Landau David, Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015).

forma de solventar la tensión que se produce entre democracia de mayorías y democracia constitucional. Igualmente explicaré cuáles podrían ser los elementos de racionalidad para evitar una excesiva discrecionalidad en la aplicación de dicha doctrina por parte de la Corte Constitucional. La hipótesis que sostengo es que la doctrina de la sustitución de la Constitución puede ser una buena forma de proteger la democracia constitucional de la democracia de mayorías; pero esta doctrina debe implementarse sólo en casos extremos, es decir, cuando se evidencie que algunos de los elementos estructurales de la Constitución se encuentren amenazados, circunstancia que se debe determinar en cada caso concreto.

Para establecer cuándo es que se debe aplicar la doctrina de la sustitución, la Corte debe utilizar argumentos de razonabilidad y ponderación que eviten la discrecionalidad excesiva en la aplicación de dicha doctrina. Teniendo en cuenta esta premisa, se analizarán dos aspectos: (i) la democracia constitucional como forma de evitar los riesgos de la democracia de mayorías, y (ii) la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia como forma de proteger la “democracia constitucional” frente a la “democracia de mayorías”, en donde se explicarán a su vez los eventuales problemas de la adopción de esta doctrina en Colombia.

## **2. La democracia constitucional como forma de superar los riesgos de la democracia de mayorías**

En el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece la definición liberal de Constitución en donde se dispone que, “*Toda sociedad que no divida los poderes ni proteja los derechos carece de Constitución*”. A partir de esta definición se infiere que la Constitución comporta dos aspectos: en un primer lugar, la división y control de los poderes, y en segundo término, la protección y tutela de los derechos que limitan al poder.

Por otro lado, dentro de la doctrina constitucional, Emmanuel Sieyès fue el primero en establecer que en la idea de Constitución hay dos poderes claramente diferenciados:<sup>276</sup> un poder constituyente que sería el pueblo mismo o sus representantes en la Asamblea, que tienen como labor y fin último elaborar una Constitución;<sup>277</sup> y unos poderes constituidos, que son aquellos que se establecen y operan una vez creada la Constitución, y que se encuentran sometidos a ésta. Con base en esta lógica, los poderes constituidos no tendrían la facultad de cambiar los elementos básicos propuestos por el poder constituyente, ya que los poderes constituidos están regulados por la misma Constitución y se encuentran limitados por ésta.<sup>278</sup> Es decir, que sería un “*poder constituido*”, limitado a los propios elementos procedimentales y estructurales contenidos en la Constitución.

Este concepto democrático de constitución que indica que la Constitución es una norma jurídica suprema que limita los poderes y protege los derechos, se encuentra plenamente vigente y su uso es cada vez más reiterado, incluso autores como Guastini, que han sido críticos con un concepto de Constitución de tipo material han indicado que los estados despóticos que concentran el poder y no protegen los derechos fundamentales de las personas no se entienden como “Estados Constitucionales”.<sup>279</sup>

---

276. Emmanuel Sieyès, “Qué es el tercer Estado”, en *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 29-83.

277. Este poder constituyente, cuando es representativo, tiene para Sieyès tres límites: 1) uno temporal relacionado con que dicho poder debe elaborar la Constitución en un tiempo determinado; 2) uno competencial, que tiene como finalidad hacer Constitución y no otra cosa, y 3) un límite de congruencia relacionado con que los representantes o delegados de la Asamblea no podrán ir en contra de la voluntad de los representados, *ibidem*, capítulo V.

278. *Ibidem*, p. 132.

279. Guastini sostiene que la idea de división de poderes y protección de derechos es solo una de las ideas de Constitución, y se corresponde con el régimen democrático liberal. Según este autor ésta utilización del término está en desuso. Riccardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2007, p. 16.

No obstante, la idea de Constitución material o democrática ha supuesto un dilema o paradoja que aparentemente resulta irresoluble ya que la democracia se funda en la llamada “regla de la mayoría”, es decir que si se sigue la teoría de Rousseau, la voluntad popular y, en últimas, la misma explicación de la idea de racionalidad de la ley dependerá del poder de la decisión del mayor número. La paradoja de la democracia de mayorías se hace más evidente cuando se trata de reformar, revisar o modificar la Constitución, ya que al hacerlo se establece una tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución y rigidez de ésta.<sup>280</sup>

Ahora bien, la idea de democracia roussoniana contenía un fallo de inicio: confiar la racionalidad de la decisión a la regla de la mayoría. Esto traía como consecuencia el establecimiento –como lo demuestra Tocqueville en *La Democracia en América*– de una especie de “tiranía de la mayoría sobre la minoría”, lo que podría poner en riesgo el pluralismo, la igualdad y la libertad cuando esta mayoría tomara decisiones de manera arbitraria o injusta.<sup>281</sup>

Pero además, cuando se trata de decisiones constituyentes la democracia de mayorías entra en crisis si el mayor número puede no solamente ir en contra de los derechos de las minorías, sino también eliminar las mismas bases que posibilitan la democracia; esto da lugar a que se permita la autodestrucción del propio sistema o que éste se convierta en un poder suicida. Esta posibilidad se concretó en la época de entreguerras en Europa, cuando se

280. Pedro de Vega, *op. cit.*, pp. 15-24.

281. La crítica de Tocqueville a la democracia de mayorías es que esta puede llegar a comportarse injustamente y por la tanto sus decisiones tienen que ser valoradas y no considerarse *a priori* como razonables, sobre este punto dice lo siguiente: “*Los derechos de los pueblos se mantienen dentro de los límites de lo que es justo (...) Una mayoría entendida colectivamente, puede considerarse como un ente cuyas opiniones y, por la general, cuyos intereses, se oponen a los del otro ente al que llamamos minoría. Si se admite que un hombre que tiene poder absoluto puede utilizar mal dicho poder agravando a sus adversarios ¿por qué en el caso de una mayoría no sería posible el mismo enfoque?*” Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, vol. 1, capítulo XV.

utilizó la regla de la mayoría –por medio de procesos de elecciones democráticas– para establecer gobiernos que atentaron con los pilares de la democracia mediante la irrupción de gobiernos totalitarios y autocráticos que, en últimas, se encumbraron en el poder.<sup>282</sup>

Como lo destaca Norberto Bobbio, la regla de la mayoría que se toma como fundamento de las decisiones de la democracia no tiene una justificación racional, “*pues confía a un criterio cuantitativo una elección o una decisión que es eminentemente cualitativa*”,<sup>283</sup> y que a pesar de que ha sido justificada con argumentos axiológicos y teleológicos, estos no llevan la “*paradoja de la autodestrucción*” antes descrita. Si seguimos la división planteada por Weber, los argumentos que justifican la democracia de mayorías se dividen en valorativos y pragmáticos. Dentro de los argumentos valorativos se diría que la regla de mayoría se justifica porque permite, mejor que cualquier otro sistema de decisión, el cumplimiento de algunos valores fundamentales, como la libertad, la igualdad y el pluralismo. Dentro de los argumentos de tipo pragmático se dice que con este sistema se pretende alcanzar una decisión conjunta de manera relativamente rápida entre personas que tienen opiniones diferentes, es decir, que es la mejor manera de formar una voluntad colectiva dentro de un grupo social organizado.<sup>284</sup>

Sin embargo, como decía, el sistema democrático fundado en la regla de mayoría contaría con dos problemas fundamentales: 1) la paradoja de la autodestrucción, y a su vez, 2) el problema de la defensa de los derechos de la minoría que se podrían restringir con las decisiones de mayoría y que ha dado

282. Especialmente el caso italiano, con la irrupción del régimen fascista de Mussolini, a partir de 1923 y el caso del régimen nacional-socialista en Alemania con la llegada de Hitler al poder en 1933.

283. Norberto Bobbio, “La regla de mayoría: límites y aporías”, en *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2002, p. 255.

284. *Ibidem*, p. 258.

lugar a teorías como las del “coto vedado” de Garzón Valdés<sup>285</sup> o “la esfera de la indecible” de Ferrajoli,<sup>286</sup> que establece que hay una serie de elementos que no pueden llegar a ser eliminados por las decisiones que se tomen por mayorías cambiantes en democracia.

Aunque Kelsen aseguró que existe un *modus vivendi* entre la mayoría y la minoría que consiste en “La libre confrontación entre mayoría y minoría” para crear “una atmósfera favorable al compromiso entre las dos”,<sup>287</sup> esta convivencia de conveniencia deja de lado aquellos compromisos que se refieren al mismo juego democrático y a la defensa de los derechos de la minoría. El dilema de la autodestrucción y de la eliminación de los derechos de la minoría a través de la regla de la mayoría fue planteado por Radbruch en su texto *Relativismo y derecho*.<sup>288</sup> Allí establece que hay un momento en donde no se puede admitir o tolerar el relativismo, y es cuando las decisiones que se tomen pretendan acabar con el relativismo en democracia, es decir, cuando a través de las decisiones democráticas que se fundan en la regla de la mayoría se pretenda eliminar los derechos de libertad, igualdad y pluralismo que legitiman este sistema de gobierno.

Por esta razón, desde el punto de vista teórico se justificaría la existencia de una serie de limitaciones al uso de la regla de la

---

285. Ernesto Garzón Valdés con su teoría del “coto vedado”. Véase el último libro de este autor *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.

286. Luigi Ferrajoli con su doctrina de “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343. Véase: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_anof\\_1/Laesfera17.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_anof_1/Laesfera17.pdf).

287. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, citado por Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 257.

288. Para Radbruch la idea de lo extremadamente injusto lo traslada a la idea misma de democracia constitucional, de tal manera que si las normas no son elaboradas teniendo en cuenta el principio democrático, la división de poderes, la garantía de los derechos y su aplicación en condiciones de igualdad, serían normas extremadamente injustas o falsos derechos. En español: la traducción de Luis Villar Borda de la obra de Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.



mayoría. De este modo surge la idea de una democracia que supere la democracia de mayorías, que permita establecer unas reglas o presupuestos mínimos que limiten la decisión mayoritaria: Esta sería la idea de que exista una “Democracia Constitucional” que establezca una norma jurídica suprema que limite las decisiones de mayoría a una serie de reglas que no puedan ser modificadas por la democracia mayoritaria; reglas establecidas en el Parlamento y que conserven, en todo caso, los derechos de las minorías, pero también el sistema democrático mismo a través de mecanismos como el control de constitucionalidad de las leyes, las acciones constitucionales, la rigidez constitucional y las cláusulas de intangibilidad expresas.

De acuerdo con este entendimiento de la democracia, se acepta la idea de que garantizar la supremacía de la Constitución es la mejor forma de limitar la dictadura de las mayorías.<sup>289</sup> No obstante, cuando se trata de reformas a la Constitución nuevamente surge la cuestión de qué debe imperar: si la norma constitucional en su estructura básica o las decisiones establecidas en democracia. Así renace la tensión entre democracia constitucional y democracia de mayorías.

Esta tensión ha dado lugar a dos posiciones claramente definidas: los que consideran que debe protegerse el principio de supremacía constitucional para evitar los peligros y riesgos de la democracia de mayorías, y los que consideren que las decisiones democráticas deben prevalecer sobre la Constitución, basándose en la legitimidad popular. En los primeros están los que sostienen que las decisiones democráticas no pueden eliminar ciertos aspectos considerados como característicos de toda Constitución: la

---

289. Existe una “segunda ola” de reforzamiento de la “democracia constitucional” sobre la mayoritaria con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania, Italia y Japón, y también con posterioridad a los regímenes dictatoriales en Portugal y España a finales de los años setenta, y en el constitucionalismo latinoamericano y de Europa del este a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Véase Giuseppe De Vergotini, *Las transiciones constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, e igualmente: Yaniv Roznai, “*Unconstitutional...*”, *cit.*

división de poderes, la protección de derechos, la alternancia de poder, el control entre poderes y la misma idea de supremacía de la Constitución, entre otros aspectos consustanciales a la idea de Constitución. De acuerdo con esta tesis defendida por William Marbury “el poder para enmendar la Constitución no supone el poder para destruirla” (*the power to ‘amend’ the Constitution was not intended to include the power to destroy it*).<sup>290</sup> Esta misma posición la sostuvo el juez Robert Jackson en el caso del *Saludo de la Bandera* de 1943, en Estados Unidos, cuando establecía que estos elementos irreformables serían los derechos fundamentales.<sup>291</sup>

Sin embargo, otros autores consideran que no deberían existir diques ni frenos a las decisiones que se tomen democráticamente, y que por ende los jueces no tienen la facultad de realizar ningún tipo de control de las decisiones que se tomen en mayoría, pues sería un poder que no podría legitimarse. Dicha crítica se basa principalmente en la crítica contramayoritaria, y en la crítica relacionada con los mecanismos de decisión de corporaciones plurales, como los tribunales y cortes constitucionales que se implementan a través de la regla de mayoría.

La crítica contramayoritaria fue expuesta por Alexander Bickel en su texto *The least dangerous branch*, donde se afirmaba que el control de constitucionalidad en Estados Unidos estaba creando un “Gobierno de los jueces” que podía ser inconveniente en su relación con la posibilidad de que las decisiones de éstos fueran más regresivas en el reconocimiento de derechos de las decisiones que se tomaran en los parlamentos democráticamente elegidos. Esta crítica la han seguido sosteniendo los autores del

290. Cfr. William L. Marbury, “The Limitations upon the Amending Power”, en *Harvard Law Review*, núm. 33, 223, 225, 1919-1920. Esta posición fue atacada por William F. Frierson en un artículo titulado “Amending the Constitution of the United States: a reply to Mr. Marbury”, en *Harvard Law Review*, núm. 33, 59, 1919-1920, en donde dice que no existe ninguna restricción implícita del poder de enmienda de la Constitución Véase Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 673.

291. Cfr. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, en 638.

llamado “Constitucionalismo popular”,<sup>292</sup> y algunos profesores norteamericanos basándose en fallos ocurridos en la época del *New Deal*.<sup>293</sup>

En cuanto a la segunda crítica destaca lo expuesto por Jeremy Waldron en *Derecho y desacuerdos (Law and Disagreement)* (1999),<sup>294</sup> donde se dice que las decisiones de tribunales o Cortes constitucionales también se toman, en la mayor parte de los casos, a través de la regla de mayoría. De este modo se establece nuevamente la paradoja de que lo reformable o irreformable queda en un ámbito meramente numérico y no racional, como lo ha demostrado Kenneth Arrow quien explica que: “Ninguna decisión mayoritaria ni ningún otro método de agregación pueden garantizar la construcción racional y coherente de una preferencia de grupo a partir de un conjunto plural de preferencias individuales o coherentes.”<sup>295</sup>

Sobre la tensión entre la democracia de mayorías en cabeza de los parlamentos y la democracia constitucional en cabeza de los jueces, surge la idea de establecer una solución intermedia de tipo conceptual que proponga una nueva definición de democracia,

---

292. En el caso latinoamericano, la crítica se ha dado principalmente por el profesor Roberto Gargarella en su libro *La justicia frente al gobierno: la crítica contramayoritaria del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, y en su nuevo texto *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la liberación democrática*, Barcelona, Siglo XXI, 2014.

293. Otros casos paradigmáticos son el de *Lochner vs. New York* de 1905, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos declaró inconstitucional una ley que establecía una jornada laboral máxima para los panaderos en protección de sus derechos laborales. En este caso estado de Nueva York estableció la Ley de las panaderías (*Bakeshop Act*), que regulaba las condiciones sanitarias que se debían tener en estos lugares y prohibía a los panaderos pactar contratos laborales de más de diez horas al día o sesenta a la semana. La Corte suprema declaró inconstitucional dicha ley de carácter social en un fallo de 5 contra 4 aduciendo que se estaba violando el principio de libertad económica contenida en la cláusula de debido proceso (*due process*) de la enmienda XIV.

294. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

295. *Ibidem*, p. 108.

de tal manera que ésta sea entendida como la decisión de la mayoría, pero sin que ésta pueda llegar a limitar los derechos de la minoría y los elementos de la democracia misma. Es en este tipo de democracia donde surge la idea de límites materiales al poder de reforma a la Constitución. Ésta sería explicada por autores como Jon Elster y Stephen Holmes<sup>296</sup> como una especie de precompromiso de autolimitación que se puede relacionar con el pasaje de Ulises y las sirenas, en la Odisea de Homero.<sup>297</sup> De manera similar la Constitución sería ese mástil al que se ata a Ulises para evitar rendirse ante los encantadores cánticos de las sirenas de la democracia de mayorías, lo que podría llevarlo a su propia destrucción.<sup>298</sup>

En suma, la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia o de la “*Estructura básica*” en la India sería una forma de proteger la democracia constitucional contra los riesgos de la democracia de mayorías, ya que trataría de proteger aquellos elementos básicos de la propia democracia como los principios de libertad, igualdad, pluralismo, alternancia de poder y defensa del estado de derecho; el principio mismo de supremacía constitucional y los derechos fundamentales para garantizar las prerrogativas de las minorías.

---

296. Cfr. Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitutionalismo y democracia*, Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 218. Holmes trae a colación la idea del “Autopaternalismo”: el Pedro sobrio se autocontrola del Pedro ebrio, entregándole las llaves del auto a un amigo cuando se va de fiesta. Dice Holmes que dichas normas son una forma de autoimposición colectiva en donde “...las reglas que limitan las opciones disponibles permitirán a personas y comunidades alcanzar mejor sus objetivos que se les dejara enteramente libres. Tal es la función democrática de las restricciones constitucionales”, *ibidem*, p. 257.

297. Ahí, Ulises pide que lo aten al mástil y le llenen los oídos de cera para evitar sucumbir a los cantos de las sirenas, que podrían llevarlo al naufragio.

298. Sobre el mismo tema: Daryl L. Levinson, “Parchment and Politics: the positive Puzzle of constitutionalism commitment”, en *Harvard Law Review*, vol. 124, núm. 3, January 20, 2011, pp. 659-746.

### 3. Implementación jurisprudencial de la doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia

Como se dijo la doctrina de la sustitución de la Constitución se introdujo en Colombia con la sentencia hito C-551 de 2003, en donde se dice en el fundamento jurídico 37:

El Constituyente derivado no tiene entonces la competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y, por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia.<sup>299</sup>

Igualmente, en el fundamento jurídico 39 de la misma sentencia se estableció que: “*El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad*”.<sup>300</sup> Y se dijo que para determinar si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia:

El juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.<sup>301</sup>

Como se adelantó, a doctrina de la sustitución de la Constitución ha dado lugar a que se hayan declarado inconstitucionales hasta la

299. *Sentencia Corte Constitucional, C-551 de 2003*, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, F. J. 37.

300. *Ídem*.

301. *Ídem*.

fecha ocho reformas a la Constitución de manera total o parcial, que se explicarán a continuación:

**1. Sentencia C-1040 de 2005** que hizo el control del Acto Legislativo No. 2 de 2004 y modificaba los incisos 2º y 30 del artículo 127 de la Constitución política, principalmente el artículo 197, que daba lugar a la posibilidad de que se pudiera establecer la reelección del presidente de la república por una sola vez y que dispuso también que si el Congreso no realizaba una ley que posibilitara las garantías electorales de los candidatos en un término de dos meses, el Consejo de Estado –máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa– expediría dicha ley. La Corte Constitucional estableció en este caso que la reelección del presidente de la república por una sola vez no sustituía la Constitución, pero declaró inconstitucional, por sustitución, la facultad legislativa que se le daba a un órgano jurisdiccional para dictar leyes, por la sustitución del principio de división de poderes.

**2. Sentencia C-588 de 2009**<sup>302</sup> que analizó la reforma del Acto Legislativo 01 de 2008 que modificaba el artículo 125 de la Constitución política, que establecía que se inscribieran “de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso” a los empleados de provisionalidad y en encargo. En este caso, la Corte dispuso que dicha reforma sustituía los principios de mérito, carrera administrativa, concurso público e igualdad al limitar la posibilidad de que cualquier persona interesada en ocupar dichos cargos pudiera realizarlos en las mismas condiciones que los empleados en provisionalidad y en encargo.

**3. Sentencia C-141 de 2010**<sup>303</sup> que hacía el control de constitucionalidad de la Ley 1353 de 2009 que convocaba a un referendo para reformar el artículo 197 de la Constitución política y permitir la reelección del presidente de la república por una segunda vez,

302. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

303. M. P. Humberto Sierra Porto, aunque salvo el voto en relación con la doctrina de la sustitución.

y que éste pudiera ejercer el cargo por doce años consecutivos en el caso que fuera reelegido en los dos periodos. La Corte en este caso indicó que además de los vicios formales en sentido estricto en que se incurrió en la reforma,<sup>304</sup> se estaba sustituyendo la Constitución en los principios consustanciales de división de poderes democrático, de pesos y contrapesos (*checks and balances*), de igualdad y el de alternancia del poder.

**4. Sentencia C-249 de 2012**<sup>305</sup> donde se realizaba el control de constitucionalidad del Acto Legislativo número 4 de 2011, que establecía nuevamente ventajas en los puntajes de concursos para empleados en provisionalidad o por encargo y por el hecho de la permanencia. En este caso la Corte, al igual que lo establecido en la sentencia C-588 de 2009, indicó que con dicha reforma constitucional se violaba la competencia del poder de reforma, ya que se estaban sustituyendo nuevamente los principios de mérito, igualdad, concurso público y carrera administrativa.

**5. Sentencia C-1056 de 2012**<sup>306</sup> que resolvió la demanda contra el acto legislativo número 1 de 2011, que establecía el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la pérdida de investidura de los congresistas en la aprobación de reformas a la Constitución. En este caso la Corte señaló que con dicha reforma se sustituyeron principios amplios y específicos. Dentro de los amplios: el principio democrático, la prevalencia del interés general sobre

---

304. Los vicios formales en sentido estricto serían aquellos que no tienen que ver con la idea de sustitución de la Constitución o vicios competenciales, en este caso se verificó que se presentaron los siguientes: 1) que se superó en más de tres veces los topes de financiación de dicho referendo; 2) que se entregó los certificados electorales del número de firmas y de financiación extemporáneamente en el trámite legislativo; 3) que se cambió la pregunta referendaria de “el que hubiera ejercido por la presidencia por más de dos veces podrá ejercerla por una tercera vez” por “el que hubiera sido elegido para ser presidente por dos o más veces, podrá ser elegido por una tercera vez”; 5) que no se publicó oportunamente el acto en uno de los debates, violando de esta manera los principios de consecutividad e identidad flexible.

305. M. P. Juan Carlos Henao.

306. M. P. Nilson Pinilla.

el particular, la separación de poderes, la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos, la configuración y rango de los mecanismos de reforma a la Constitución,<sup>307</sup> dentro de los específicos: el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común, la moralidad pública de las actuaciones de los congresistas, el principio mismo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y la pérdida de investidura por la violación de dicho régimen.

**6. Sentencia C-285 de 2016**<sup>308</sup> que resolvió la demanda la inconstitucionalidad de los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2015, “*por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones*”, que establecía la llamada Comisión de Administración Judicial en donde se establecía un Gerente de la Rama, en reemplazo de la Sala Administrativa de la Consejo Superior de la Judicatura. En este caso la Corte señaló que con la reforma propuesta se estaban sustituyendo parcialmente el principio de separación de poderes y de autogobierno judicial como presupuesto de la autonomía y la independencia judicial, ya que el nuevo modelo propuesto da lugar a que no se pueda dar una gestión autónoma de la Rama Judicial, creando un sistema que se puede considerar de “disfuncional”. La Corte indicó que con la reforma propuesta se institucionalizaba un esquema de interfe-

---

307. Sobre este punto la Corte implementó la tesis de la doctrina propuesta por Alf Ross y Adolf Merkl, donde no se pueden cambiar las cláusulas sobre la reforma a través de las mismas normas sobre la reforma, ya que esto daría lugar a una paradoja o *puzzle* que no se correspondería con la lógica, pues serían oraciones que se refieren a sí mismas. Sobre el particular véase Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites al poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61-63. Del mismo modo, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, el texto de José María Sauca, *Cuestiones Lógicas en la derogación de las normas*, México, Fontamara, 2001; Ricardo Guarinoni, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, México, Fontamara, 2008, y José Juan Moreso, “Disposiciones de reforma constitucional”, en *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 201-222.

308. M.P. Juan Carlos Henao.



rencias internas y externas en la conformación y en el funcionamiento del Consejo de Gobierno Judicial y se asignaban roles de gobernanza a actores que cumplen fundamentalmente funciones jurisdiccionales, y se introducían dinámicas corporativistas y gremiales en el funcionamiento de estos organismos. La Corte puntualizó sin embargo, que la declaratoria de inconstitucionalidad por sustitución de este modelo de administración de la rama judicial, no quiere decir que el Congreso tenga la posibilidad de reformar el modelo de administración judicial creado por el Constituyente de 1991, si se propone una modificación que no sustituya los principios de separación de poderes, autogobierno, independencia y autonomía de la rama judicial.

**7. La Sentencia C-373 de 2016**<sup>309</sup> que también hizo el control de constitucionalidad del Acto Legislativo No 2 de 2016, sobre el equilibrio de poderes, en lo que tiene que ver con la creación del llamado Tribunal de Aforados que juzgaba a Magistrados de las altas Cortes y al Fiscal General de la Nación. En este caso la Corte estableció que se había creado una instancia *ad-hoc* de investigación y acusación que tenía como únicos destinatarios los funcionarios que integran la cúpula de la Rama Judicial, y como única competencia la referida función de investigación y acusación, orientada a que, de manera periódica se produzcan sanciones de suspensión o destitución, competencia que resultaba incompatible con la garantía de independencia judicial y autonomía de la rama que son ejes definitorios de la Constitución de 1991.

**8. La Sentencia C-332 de 2017**<sup>310</sup> que se produjo en el control de constitucionalidad de los literales h) y j) del Acto Legislativo 1 de 2016, que estableció el procedimiento legislativo especial para la paz, comúnmente conocido como “fast track” (vía rápida), y que introdujo un sistema de aprobación mucho más expedita que el mecanismo de reforma constitucional ordinario para la implementación

309. M.P. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza.

310. M.P. Antonio José Lizarazo.

de los acuerdos entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP. En esta ocasión la Corte señaló que el literal h) que disponía que los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional, y el j) que en la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación; eran inconstitucionales por sustitución de la Constitución, en la medida en que “*desvirtúan las competencias de deliberación y la eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa*” y además implican un “*desbalance en el equilibrio e independencia de los poderes públicos, a favor del ejecutivo y en desmedro de las prerrogativas propias del Congreso en una democracia Constitucional*”.

Las Sentencias C-285 y 373 de 2016 relacionadas con la reforma del equilibrio de poderes fueron criticadas por el Presidente de la República y algunos miembros del Congreso, quienes manifestaron que la Corte había empezado a utilizar el llamado juicio de sustitución para proteger sus propios intereses, y que dicho juicio estaba dando lugar a que se imposibilitará realizar una reforma de la justicia estructural, que ha sido propuesta en varias ocasiones y que no ha podido ser aprobada.

Igualmente la Sentencia C-332 de 2017 que permite que el Congreso realice modificaciones dentro del trámite legislativo, sin aval previo del Gobierno para implementar el acuerdo final de paz firmado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, fue criticado por el Presidente de la República y los líderes de la guerrilla, que ya se encontraba el proceso de entrega de armas y desmovilización, en el sentido de que la Corte daba la posibilidad con esta decisión a que se introdujeran modificaciones no pactadas en el acuerdo de paz por parte de un Congreso polarizado y dividido en torno a los acuerdos<sup>311</sup>.

311. Hay que anotar que la decisión estableció que los efectos eran hacia el futuro (*ex nunc*) y que por ende las reformas constitucionales y leyes aprobadas con este trámite no serían declaradas inconstitucionales al exigirse este requisito.

De otro lado se debe resaltar que de estos ocho pronunciamientos, dos de ellos han tenido una repercusión política directa en relación con la permanencia del Presidente de la República a través de reformas constitucionales que posibilitan la reelección.<sup>312</sup> La *sentencia C-1040* de 2005 que no declaró inconstitucional la reforma que posibilitaba la reelección del Presidente de la República por una sola vez; reforma que dio lugar a que una Constitución diseñada para un periodo presidencial de cuatro años se terminará utilizando para periodos de ocho años; circunstancia que produjo un desequilibrio entre los poderes que afectó lo que Sartori llama la “ingeniería constitucional” o el diseño constitucional original de la Constitución de 1991.<sup>313</sup> La otra fue la *sentencia C-141* de 2010 que declaró inconstitucional la posibilidad de una segunda reelección del Presidente de la República.

Desde el punto de vista político, esta última sentencia ha sido en mi opinión la más importante que ha producido la Corte Constitucional en toda su historia, ya que se pudo verificar la independencia de la Corte constitucional en relación con el ejecutivo y sus mayorías en el Congreso, y ante la irrupción de modificaciones a la Constitución que podrían eliminar aspectos relacionados con la separación de poderes, el control entre estos, la alternancia del poder y el principio democrático. Esta sentencia puede compararse, en su importancia, con los casos fallados por la Corte Suprema de la India a mediados de los años setenta (*Minerva Mills Ltd. vs. Union of India de 1974 e Indira Nehru Gandhi vs. Raj Narain de 1975*), que protegía la democracia constitucional contra el intento del ejecutivo y de sus mayorías

---

312. Esta clasificación puede ser importante particularmente para el caso norteamericano que no ha admitido hasta ahora la posibilidad de control de las reformas constitucionales porque establece que se trata de una “cuestión política” (*political question*), especialmente en el caso de 1922 *Coleman vs. Miller*, 258 U.S. 130. Véase Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 673.

313. Véase el libro de Mauricio García Villegas y Javier Eduardo Revelo Rebolledo titulado *Mayorías sin Democracia: desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

en el Congreso para librarse de responsabilidad política y penal a través de la reforma constitucional.

En este caso se evidenció que la doctrina de la sustitución de la Constitución, introducida por la jurisprudencia constitucional a través de la tesis de la falta de competencia del órgano reformador, puede llegar a ser el último recurso en la defensa que tiene la democracia constitucional frente a la democracia de mayorías, en aras a evitar que se utilice la técnica de la reforma para eliminar los pilares básicos de la idea o concepto de Constitución.<sup>314</sup> Aunque la Corte Constitucional colombiana no ha establecido hasta la fecha una lista pormenorizada de los principios y valores consustanciales a la Constitución de 1991, o aquellos principios y valores derivados del bloque de constitucionalidad que no se pueden llegar a cambiar o derogar,<sup>315</sup> sí se han empezado a determinar mediante la resolución de casos concretos, cuáles pueden

---

314. Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, *Límites a la reforma Constitucional: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, se refiere a que el concepto de Constitución de “Norma Jurídica suprema creada por el pueblo que divide los poderes y protege los derechos y que permite la creación de las demás normas del ordenamiento” puede ser el fundamento inicial para establecer límites intrínsecos o materiales a la reforma constitucional y de proteger la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías.

315. En el fundamento jurídico 39 de la *sentencia C-551* de 2003 se dijo que el parámetro de constitucionalidad de las reformas a la Constitución relacionadas con la sustitución son los principios y valores que la constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de Constitucionalidad. Dijo la Corte que, “Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario *tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad...*”. Corte Constitucional, *sentencia C-551* de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, F. J. 39. Las cursivas son nuestras.

llegar a ser esos principios de carácter general y particular que no podrían reformarse.<sup>316</sup>

Por otra parte, se debe destacar que la jurisprudencia constitucional ha venido construyendo una serie de criterios de racionalidad y ponderación (test o metodología de la sustitución) para determinar en qué momento se puede llegar a implementar la doctrina de la sustitución y cuáles son aquellos principios y valores que no se podrían cambiar por el poder de reforma. Sobre la introducción de estos criterios se destacan las *sentencias C-1200* de 2003, la *C-970* de 2004, la *C-1040* de 2005, la *C-588* de 2009 y la *C-574* de 2011 que explicaremos a continuación:

**1. La Sentencia C-1200 de 2003** que hacía el control del acto legislativo 03 de 2002, que le daba facultades al presidente de la república en materia penal y disciplinaria ante la introducción del sistema penal acusatorio en donde se establecieron algunos parámetros de interpretación para el estudio de las reformas a la Constitución por sustitución. En dicha sentencia se dijo:

“el juez constitucional puede acudir a los diversos métodos de interpretación para basarse en referentes objetivos, como por ejemplo los antecedentes de la reforma. También puede acudir al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, para delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original, sin que ello autorice a esta Corte para comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica del bloque de constitucionalidad”.

316. En la *sentencia C-574* de 2011 se sintetizó el precedente sobre el tema y se estableció que, “el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas –como sucede típicamente en el control material ordinario–, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable –como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte”.

**2. Sentencia C-970 de 2004**, que nuevamente hacía el control de constitucionalidad del artículo 4º transitorio del acto legislativo número 3 de 2003, la Corte introdujo los primeros elementos del llamado “juicio de sustitución” que se estableció para racionalizar, a través de una serie de criterios, la discrecionalidad absoluta que tiene la Corte en determinar el momento en donde se debe implementar dicha doctrina y la determinación de los elementos insustituibles. En primer lugar, indicó que no se trata de enunciar simplemente los elementos generales que tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. En segundo término, determinó que la Corte debe analizar el acto acusado para establecer “*cuál es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución a partir de los cuales se han aislado los parámetros normativos de control*”. Por último, dispuso que se debe realizar una labor comparativa y de síntesis para verificar “si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente”.

**3. Sentencia C-1040 de 2005** que hacía el control del acto legislativo número 2 de 2004, que como explicábamos con anterioridad le daba la posibilidad al presidente para reelegirse por una sola vez. En esta sentencia se estableció el llamado *Test de los siete pasos* del juicio de sustitución, en donde la Corte Constitucional debía analizar si el demandante: 1) enuncia con suma claridad cuál es el elemento que se sustituye; 2) señala a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991; 3) muestra por qué es esencial y definitoria la identidad de la Constitución integralmente considerada; 4) verifica si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a una artículo de la Constitución; 5) verifica que la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivalga a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de

violación de algo supuestamente intangible; 6) verifica que el elemento esencial ha sido reemplazado por otro y no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado, y por último 7) verifica si el nuevo elemento esencial definitorio de la Constitución es opuesto o integralmente diferente hasta el punto en que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

**4. Sentencia C-588 de 2009**, que hacía el control del acto legislativo 01 de 2008 que establecía que los empleados en provisionalidad y en encargo podían permanecer directamente en sus cargos. En dicha sentencia se introdujo el *Test de la efectividad* de las reformas constitucionales, en donde se tienen que comprobar tres aspectos: 1) que la reforma no sea aparente, es decir que las normas a reformar no sigan siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si resultan ser idénticas entonces no ha existido reforma constitucional; 2) que no se hayan establecido reformas *ad hoc* o particulares que favorezcan a una sola personas o grupo determinado de personas, y 3) que no se produzcan reformas tácitas a la Constitución, es decir, que no se haya sustituido indirectamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución que den lugar a lo que se conoce en la doctrina constitucional como “fraude constitucional”.

**5. Sentencia C-574 de 2011** que hacía el control de constitucionalidad del acto legislativo número 2 de 2009 que modificaba el artículo 49 de la Constitución política sobre el derecho a la salud acerca de “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, que a pesar de que la Corte se declaró inhibida para fallar, realizó en su parte motiva la síntesis más extensa del juicio de sustitución y se estableció el *Test de las tres premisas* o los pasos que obligatoriamente debe seguir la Corte en el control de las reformas constitucionales. En primer lugar una premisa mayor en donde se determina el elemento consustancial o el principio o valor del bloque de constitucionalidad insustituible; en segundo término una premisa menor en donde se establece el principio o

valor novedoso que se introduce y que sustituye, y en tercero una premisa de síntesis en donde la Corte compara el principio o valor insustituible con el que se introduce para comprobar que son “opuestos o integralmente diferentes”, de tal manera que resulta incompatible con el elemento axial o consustancial.

En esa misma sentencia se dijo que para comprobar la “premisa mayor” la Corte debe analizar, a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución, y si dicho elemento esencial puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad. Además, de que la transversalidad se puede determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución.

Finalmente, se dijo que para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: 1) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento; 2) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y 3) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

A pesar de las ventajas que puede llegar a tener la doctrina de la sustitución de la Constitución para proteger la llamada democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, la introducción de esta doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana ha contado con algunas críticas que se pueden clasificar en dos: en primer lugar (i), las críticas relacionadas con la adopción de la tesis propiamente dicha, y en segundo término (ii), las críticas que tienen que ver con las dificultades que pueden dar lugar a la implementación de dicha doctrina en la jurisprudencia constitucional.

Sobre las críticas de la adopción de la doctrina de la sustitución, algunos autores consideran que desde el punto de vista formal la Corte no puede arrogarse la competencia de hacer este tipo de



control, ya que no existen en la Constitución de 1991 cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, y por ende la Corte estaría ejerciendo una competencia no reglada dentro de la propia Constitución.<sup>317</sup> Esta objeción ha sido señalada por ejemplo en el Salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto que en la implementación de dicha doctrina consideró en la Sentencia C-970 de 2004 que:

La Corte Constitucional no tiene atribuida constitucionalmente competencia para conocer de vicios de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución distintos a los establecidos en el artículo 241.1 de la Constitución. Esto es la competencia se restringe a los vicios de forma o procedimiento, todos los demás, llámense vicios materiales o de competencia, están excluidos del control que corresponde a la Corte.<sup>318</sup>

Sobre las críticas relacionadas con la implementación y desarrollo de la doctrina de la sustitución se han criticado dos aspectos: en primer lugar, la dificultad que existe para diferenciar cuándo una reforma a la Constitución puede ser considerada como sustitución de la Constitución y qué elementos o valores axiales no se pueden sustituir y en qué medida.<sup>319</sup> Por otro lado, y en segundo

317. En el artículo 241.1 y 241.2 sobre competencias de la Corte Constitucional, se establece que ésta puede realizar controles a los actos legislativos (artículo 375 de la Constitución política), a los referendos constitucionales (artículo 378 de la Constitución política) o las propuestas de asamblea nacional constituyente (artículo 376 de la Constitución política) “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, y que por esto no se puede hacer un control de contenido o de tipo material.

318. Corte Constitucional, *sentencia C-970* de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Salvamente de Voto, Mg. Humberto Sierra Porto.

319. Véase principalmente a Carlos Bernal Pulido, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 403-431. Publicado en inglés: Carlos Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, en *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11, (2), pp. 339-357.

lugar, las críticas tienen que ver con la amplia discrecionalidad que pueden tener los jueces constitucionales en la implementación de dicha doctrina.

El profesor Bernal Pulido, da cuenta de dicha problemática y formula una tesis alternativa para la determinación de los principios o valores insustituibles,<sup>320</sup> utilizando algunos presupuestos relacionados con el test de proporcionalidad. Sostiene que sólo se puede acudir a esta figura cuando se compruebe que la reforma es de tal magnitud que no podría, sino a través de este mecanismo, proteger los elementos estructurales de la Constitución.

Es decir que sólo se utilizará dicha doctrina como una *última ratio* del control de constitucionalidad de las reformas y cuando se compruebe la “enormidad de la anormalidad”, es decir, cuando se constata de forma evidente que la intervención en los elementos consustanciales sean de tal entidad que el sistema político no puede ser considerado el mismo.<sup>321</sup>

Bernal también propone dos principios que deben ser considerados como insustituibles. En primer lugar, aquellos elementos que se relacionan con el principio democrático y de legalidad, y que se refieren al catálogo de derechos fundamentales: el principio de Estado de derecho y el principio de separación de poderes, y en segundo término, aquellos elementos que se refieren a la garantía de una democracia deliberativa en donde se provea por la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.<sup>322</sup>

Por último, Bernal acoge un salvamento de voto que se realizó en la *Sentencia C-572* de 2004,<sup>323</sup> y que se refiere a que si se tiene en cuenta

---

320. *Ídem*.

321. *Ibidem*, p. 430.

322. *Ibidem*, pp. 429-430.

323. En el salvamento de voto establece lo siguiente: “*Las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) cuentan, en desarrollo del principio de soberanía popular, con la participación ciudadana. Por ello, a pesar de*

que en la Constitución colombiana se establecen tres mecanismos de reforma a la constitución –reforma por Acto Legislativo por la vía del Congreso (artículo 375 de la Constitución política), reforma por referendo constitucional (artículo 378) y reforma por asamblea nacional constituyente (artículo 376)– entonces debe utilizarse la regla de que a mayor grado de participación popular en el mecanismo de reforma menor grado de intensidad en la posibilidad de control.

Bernal aplica dicha lógica a la valoración del principio de democracia deliberativa y establece la idea de que “cuanto menos una reforma sea el resultado de un procedimiento que observe las reglas de la democracia deliberativa, más intenso deberá ser el control de constitucionalidad.”<sup>324</sup> Aunque la propuesta de Bernal es un primer intento de establecer una serie de condicionamientos de razonabilidad para la implementación de la doctrina de la sustitución en la determinación del momento en que se puede hacer el control de constitucionalidad, en la determinación de los elementos que deben ser entendidos como esenciales y en la finalidad última de establecer herramientas adicionales a los juicios de sustitución y razonabilidad establecidos por la Corte, la tesis alternativa cuenta con varios problemas.

Uno de ellos tiene que ver con la amplitud de lo que debe ser entendido como “principio democrático y de legalidad” y “democracia deliberativa”, ya que aunque se han hecho algunas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cuál es el contenido de estos principios, todavía queda un amplio grado de discrecionalidad de parte de la Corte sobre qué significado darles y qué elementos los componen. La experiencia del derecho comparado

---

*que es claro que el poder de reforma se encuentra limitado por la prohibición de afectar la estructura básica de la Constitución, considero que por las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) es posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la Constitución, pues la aprobación ciudadana de esas modificaciones implica una cierta intervención del poder constituyente originario pero, por paradójico que parezca, de manera institucionalizada (...)*” Sentencia C-572 de 2004. Salvamento de Voto. M.P (encargado) Rodrigo Uprimny.

324. *Ídem.*

indica que aun teniendo como cláusulas de intangibilidad expresas, conceptos como “república” o “Estado de derecho”, el grado de interpretación puede ampliarse o restringirse dando lugar a interpretaciones minimalistas o maximalistas en cuanto a la valoración de los elementos insustituibles.

En el caso de las Constituciones de Francia e Italia, por ejemplo, establecen como irreformables el concepto de “república”, lo que quiere decir que se ha dado por parte de la doctrina y la jurisprudencia una interpretación maximalista de esta cláusula de intangibilidad minimalista; de tal manera que por “república” debe entenderse no solamente aquel régimen que se diferencia de la monarquía, sino también un régimen que establece y garantiza la división de poderes, la protección de derechos, el estado de derecho, la alternancia del poder, el principio de supremacía constitucional y la posibilidad de control de constitucionalidad de las leyes, entre otros aspectos.<sup>325</sup>

Por otro lado, cuando se ha intentado realizar una lista pormenorizada de los elementos insustituibles, como el caso de las cláusulas de intangibilidad expresas establecidas en el artículo 290 de la Constitución de Portugal, muchas de estas enumeraciones maximalistas pueden quedar obsoletas antes los cambios o mutaciones informales de la propia Constitución, como sucedió en dicho país después de la firma del tratado de Maastricht. A este respecto, algunos autores como Almeida Santos han considerado que las cláusulas de intangibilidad expresas que se refieren al principio de apropiación colectiva de los medios de producción, la planificación democrática de la economía y la participación de las organizaciones populares en el ejercicio del poder local, han sido “desconstitucionalizadas por el desuso”.<sup>326</sup>

325. Sobre el particular véase Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites..., cit.*, pp. 100-112.

326. Antonio de Almeida Santos, “Los límites materiales de la revisión constitucional a la luz de la doctrina y del sentido común”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 60-61, 1988, p. 955. Citado por Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, *Los límites..., cit.*, pp. 103-105.

Si se tienen en cuenta estas dos experiencias se puede concluir que la solución del dilema de la indeterminación de los elementos esenciales insustituibles en el caso colombiano no puede ser solucionado a través de un listado taxativo y pormenorizado de dichos elementos de tipo maximalista o minimalista, porque se podría dar el problema de que lo fáctico supere lo normativo y se presenten casos de propuestas de reforma a la Constitución que a pesar de que no se encuentren dentro de los presupuestos amplios de la idea de principio democrático y deliberativo, puedan ser entendidos como axiales o estructurales a la Constitución de 1991.

Uno de estos casos no pensados como elemento consustancial fue la reforma constitucional, que se estableció a favor de los empleados en provisionalidad y en encargo para evadir la necesidad del concurso, lo cual no tenían directamente que ver con los principios de democracia deliberativa y principio democrático, pero que la Corte a través de las *Sentencia C-588* de 2009 y la *C-249* de 2012 declaró como inconstitucionales por sustitución, pues encontró que derogaban principios como el de mérito, igualdad, carrera administrativa y el de concurso público.

Pienso, en cambio, que la metodología de la Corte de proponer que el juicio de sustitución abierto y viviente se renueve constantemente y que siga el parámetro establecido de que “...no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan”,<sup>327</sup> es una premisa que permite que el juicio de sustitución se adapte constantemente a las revisiones que llegue a tener la Constitución. Es decir que encuentro provechoso que la definición de los elementos esenciales se dé a partir del análisis del caso concreto para así no limitar o restringir la labor de la Corte a unos elementos predeterminados que pueden limitar su interpretación.

Teniendo en cuenta lo anterior, pienso que las limitaciones o restricciones de la Corte constitucional en el juicio de sustitución

327. C-574 de 2011 fundamento Jurídico 4.44 numeral 3.

tendrán como objetivo proteger los elementos de la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, y estará limitadas por los presupuestos de racionalidad establecidos en el juicio de sustitución y de eficacia, así como en el precedente que se vaya estableciendo por parte de la Corte constitucional en su jurisprudencia en torno a cuáles son esos principios inderogables y en qué medida se deben aplicar e interpretar. Esta jurisprudencia se convierte en precedente vinculante para decisiones posteriores sobre dicho tema.<sup>328</sup>

Finalmente, debe resaltarse una nueva problemática que se empieza a establecer en el tema de los límites materiales de la reforma constitucional y la implementación de la tesis de la sustitución en Colombia, y es lo que se refiere a la posible colisión o tensión entre principios que se consideran como esenciales a la propia Constitución. Este nueva cuestión se empezó a evidenciar en las Sentencias *C-579* de 2013 y *C-577* de 2014, sentencias que resolvieron la posible inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2012 conocido como el *Marco jurídico para la paz* y que establece la posibilidad de que se aplique la justicia transicional en la criminalización de los máximos responsables que hubieran cometido delitos de manera sistemática, exceptuando los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio (artículo 66 transitorio) y la posibilidad de participación en política de los excombatientes de los grupos guerrilleros, una vez firmado el acuerdo de paz (artículo 67 transitorio).

En estos últimos casos, la Corte decidió declarar la constitucionalidad de estas reformas, pero introdujo criterios de interpretación, a través de condicionamientos específicos en la parte motiva para que se adaptarán los compromisos internacionales

---

328. Sobre los presupuestos metodológicos dijo la Corte en la *sentencia C-574* de 2011 que el “juicio de sustitución”, “...se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores”.

de los derechos de las víctimas a los principios de verdad, justicia, reparación y presupuestos de no reparación que se habían establecido como vinculantes en pactos y convenciones internacionales; esto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>329</sup> y en el precedente de la propia Corte Constitucional.<sup>330</sup> En estos dos casos la Corte verificó si el principio de la búsqueda de la paz y reconciliación que se considera como estructural, debería primar sobre el principio también esencial de los derechos de las víctimas, y decidió armonizar estos dos presupuestos condicionando la reforma a través de las técnicas de ponderación.<sup>331</sup>

329. Especialmente la jurisprudencia que proscribe leyes de amnistías y punto final que se han proferido en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), *Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006), *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010) y *Gelman vs. Uruguay* (24 de febrero de 2011) y en el caso *Masacre de Mozotes vs. El Salvador* (25 de octubre de 2012).

330. En la *sentencia C-579* de 2013 se introducen una serie de condiciones para poder aplicar en la justicia transicional como que debe cumplirse como mínimo con 1) la dejación de las armas; 2) el reconocimiento de la responsabilidad; 3) la contribución al esclarecimiento de la verdad; 4) la reparación integral de las víctimas; 5) la liberación de los secuestrados, y 6) la desvinculación de menores. También se establecieron una serie de parámetros de interpretación del Acto Legislativo, como el establecimiento de las siguientes garantías: 1) la transparencia del proceso de selección y priorización; 2) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; 3) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; 4) asesoría especializada; 5) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se garantice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; 6) el derecho a la reparación integral, y 7) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares. (Fundamento Jurídico 9.9.1). Véase los comentarios de Paula Robledo Silva y Gonzalo Ramírez Cleves, “La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional”, en: *Anuario de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, No 18, enero-diciembre de 2014, pp. 587-620.

331. Se explica en la sentencia que “la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica *al ponderar* la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera” (*Sentencia C-579 de 2013*). Ver sobre el particular: Gonzalo Villa Rosas, “La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de

Ante estas nuevas eventualidades que se presentan en el desarrollo del juicio de sustitución, la Corte ha sido creativa, pero también ha utilizado presupuestos de autorrestricción, los cuales ha usado en la resolución de otros casos que llegaron a su competencia, como las metodologías de racionalidad de las decisiones, las técnicas de precedente constitucional y las técnicas de ponderación que poco a poco vienen refinando y poniendo al día este importante juicio.

Estos nuevos presupuestos de interpretación van a ser utilizados en el proceso de paz que se culminó el 24 de noviembre 2016 con la guerrilla de las FARC-EP, tras la firma del Acuerdo Final de Paz en el Teatro Colón de Bogotá y la refrendación por parte del Congreso el 29 y 30 de noviembre del mismo año,<sup>332</sup> en donde se llegó a un acuerdo final compuesto de cinco puntos relacionados con desarrollo rural, narcotráfico, justicia transicional, participación en política de excombatientes, e implementación y desarrollo de los acuerdos.

Para esto se tramitó por parte del Congreso el llamado Acto Legislativo para la paz que fue aprobado el 7 de julio de 2016, y que como se dijo anteriormente establece un procedimiento especial para implementar el acuerdo de paz, en donde se modificó de manera temporal y excepcional el mecanismo ordinario de reforma constitucional, en aras de aprobar por una vía más rápida los acuerdos de paz.<sup>333</sup> El “Procedimiento legislativo especial para la paz”, estableció que para tramitar reformas a la Constitución

---

la Constitución”, en *Justicia de transición y Constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Kai Ambos (ed.), Bogotá, Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 99.

332. Este fue el acuerdo renegociado, ya que el primer acuerdo firmado el 24 de agosto de 2016, en la Habana (Cuba) no fue refrendado popularmente en el plebiscito que se presentó el 2 de octubre del mismo año. Ante el triunfo del “No” el acuerdo fue renegociado, con la introducción de algunas de las propuestas de los representantes del “No” y fue ratificado por la vía del Congreso el 29 y 30 de noviembre de 2016.

333. Sobre el particular ver Jorge Roa, *Los retos constitucionales del proceso de paz (Working Papers)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.



para implementar los acuerdos de paz serán de iniciativa del gobierno, tendrán un trámite preferencial, los debates se acortarán y serán cuatro y no ocho, como estaba previsto inicialmente en el artículo 375 de la C.P. Del mismo modo se indica que los actos legislativos se aprobarán por mayoría cualificada, y que solo podrán tener modificaciones siempre y cuando se adecuen a los contenidos del acuerdo final.<sup>334</sup> Finalmente se dispuso que los actos legislativos tendrán control previo de constitucionalidad que se reducirán a una tercera parte, y que este control se hará solo por vicios de procedimiento.<sup>335</sup>

Este acto legislativo especial para la paz, fue revisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016,<sup>336</sup> en donde ante una demanda de sustitución por el principio de rigidez o resistencia constitucional y separación de poderes, la Corte dispuso que no se sustituirían dichos principios porque se inscriben en el marco de proceso de justicia transicional, que es excepcional y transitorio.

Así mismo estableció que dicha modificación es constitucional ya que en todo caso la reforma constitucional diferencia la aprobación de la reforma constitucional especial con los de la aprobación de la ley, ya que la primera solo puede ser utilizada para implementar el acuerdo final de paz, que se apruebe por mayorías

---

334. Literales f) y h) del Proyecto de Acto Legislativo. El literal f) dice que, “Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días; el literal g) establece que, “Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta”, el literal h) indica que “Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno Nacional”; el literal i) dice que, “Todos los proyectos de ley y de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias”.

335. Este Acto Legislativo que tiene como finalidad implementar los acuerdos de paz se implementará una vez aprobado el plebiscito por la paz, que se realizará el 2 de octubre de 2016 y que fue declarado constitucional mediante Sentencia C-379 de 2016.

336. M.P. María Victoria Calle.

cualificadas y que tengan control automático posterior por parte de la Corte Constitucional.<sup>337</sup>

Finalmente se indicó que no se sustituía el principio de separación de poderes al otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir Decretos con fuerza de ley para implementar los acuerdos de paz, dado que estas facultades solo pueden ser utilizadas para implementar el acuerdo de paz y son de carácter transitorio y excepcional, y en todo caso la Corte tiene que revisar que tienen una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo.<sup>338</sup>

En suma, considero que la doctrina de la sustitución de la Constitución implementada por la Corte constitucional desde la sentencia C-551 de 2003 ha sido una buena forma de salvaguardar la democracia constitucional sobre las posibles extralimitaciones de la democracia de mayorías; pero dicha doctrina debe ser utilizada, en los casos más extremos en donde se evidencie de una manera concreta la posibilidad de que con la reforma serán sustituidos los elementos generales o particulares de la Constitución, lo que daría lugar a que el poder de revisión se arrogue competencias que no tiene e imponga la voluntad de la democracia de mayorías sobre la democracia constitucional.

Por otro lado, creo que se debe seguir utilizando la técnica de establecer los principios esenciales o insustituibles a partir de la solución del caso concreto, ya que la formulación de una serie de principios maximalistas o minimalistas puede representar nuevos problemas en la interpretación del contenido y significado de estos. Igualmente, creo que las técnicas de ponderación de principios inderogables y la posible armonización debe darse

---

337. Estableció la Corte que, “*Estas variaciones en modo alguno rempazan por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional prexistente. De manera que no encuentra la Corte un vicio de competencia por sustitución*” (Sentencia C-699 de 2016, M.P. María Victoria Calle).

338. Fundamento Jurídico 66.

en casos excepcionales y donde se utilice también un posible test de racionalidad o de ponderación que obligue a los jueces constitucionales a argumentar suficientemente acerca del posible condicionamiento de una reforma constitucional, para así evitar la discrecionalidad en este tipo de casos. Finalmente, en mi opinión creo que el hecho de ponderar el principio de búsqueda de la paz con los otros principios consustanciales de la Constitución para posibilitar adecuarla a los acuerdos de paz, es una buena forma de posibilitar constitucionalmente el desarrollo de lo pactado en un proceso de paz, pero dicha técnica solo se debe utilizar en los casos relacionados con los acuerdos y de manera excepcional.

#### 4. Conclusiones

- La democracia de mayorías cuenta con la paradoja de que su racionalidad depende de un criterio cuantitativo y no cualitativo, por ende se puede presentar el caso en que a través de la regla de mayoría se eliminen los presupuestos de la democracia y los derechos de la minoría. Por esta razón se ha creado la democracia constitucional que intenta restringir la democracia de mayorías a una serie de aspectos consustanciales a la idea de Constitución; relacionados estos con la idea política de creación popular, división de poderes y protección de derechos, y asimismo con la idea jurídica de que esta norma posibilita la creación de las demás normas del ordenamiento.
- Dentro de las herramientas de contención o de freno a la democracia de mayorías, se han creado diversos instrumentos como el control de constitucionalidad de las leyes; las acciones constitucionales para la protección de derechos fundamentales; la rigidez constitucional o sistema agravado de reforma a la Constitución; las acciones constitucionales para la protección de derechos, y, en algunos casos y en forma más creciente, la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma que les permite a las cortes y tribunales constitucionales declarar

inconstitucionales reformas a la Constitución, aun sin que se consagren en dichas normas las cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas.

- La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia, implementada desde la *Sentencia C-551* de 2003, ha dado lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad por sustitución de ocho reformas a la Constitución. Esta doctrina ha sido una buena forma de proteger la democracia constitucional frente a la democracia de mayorías, por ejemplo, en los casos en que se quiere utilizar a las mayorías en el Congreso para perpetuarse en el poder (caso de la reelección del presidente. *Sentencia C-141* de 2010) o para evadir la eficacia de las sentencias de constitucionalidad o favorecer a un grupo especial de personas sin ninguna justificación constitucional (la *Sentencia C-588* de 2009 y la *C-249* de 2012).
- Los métodos de racionalidad que ha utilizado la Corte-juicios o metodología de la sustitución de “los siete pasos”, de “los tres pasos”, de “las premisas”, “test de la eficacia” y “ponderación con el principio consustancial de la paz” –han dado lugar a que el juez de constitucionalidad racionalice y pondere las decisiones relacionadas con la sustitución de la Constitución, esto en torno a criterios que identifiquen el elemento consustancial como elemento axial o estructural, y que expongan la contradicción evidente con el principio que se introduce con la reforma. Del mismo modo, buscan que la reforma sea eficaz con la proscripción de reformas aparentes, *ad hoc* e indirectas.
- No parece provechoso realizar un listado maximalista o minimalista de los elementos insustituibles de la Constitución, ya que estos elementos dependen en últimas de la interpretación del contenido y significado que haga la Corte. Sin embargo, sí se deben usar herramientas teóricas para limitar la utilización de dicha doctrina

e implementarla sólo como *ultima ratio* que proteja a la democracia constitucional de los abusos de la democracia de mayorías.

- Se evidencia que surgen nuevas problemáticas del juicio de sustitución implementado en Colombia, como la eventual colisión de principios insustituibles que llevan a la interpretación o condicionamiento de las reformas constitucionales, los cuales requieren de nuevas herramientas teóricas que posibiliten la labor judicial de control en este tipo de casos.
- Finalmente se comprueba la hipótesis de que la doctrina de la sustitución de la Constitución ha sido una forma de limitar los excesos de la democracia de mayorías; pero se tienen que establecer nuevos parámetros jurisprudenciales para que la implementación de dicha doctrina sea razonable y ponderada. Las fórmulas de autorrestricción que ha utilizado la Corte para resolver este tipo de casos, puede ser una buena forma de lograr la protección de la democracia constitucional sobre la democracia de mayorías, aunque todavía se requieren elementos de racionalidad y ponderación adicionales para que la argumentación de los jueces constitucionales se restrinja y, a su vez, se limite la discrecionalidad que se tiene con esta potestad.

## RESEÑAS DE LIBROS Y JURISPRUDENCIA

### A propósito del Derecho Penal de Auschwitz

Juan Montaña Pinto<sup>339</sup>

Hace muy pocos días, la pequeña editorial El siglo de Quito, dedicada en gran medida a la publicación y difusión del derecho penal crítico y a la criminología crítica en nuestro país, saca al mercado una nueva y atrayente obra: “el derecho penal de Auschwitz” del profesor ecuatoriano y docente de la facultad de jurisprudencia de la Universidad Central Jorge Vicente Paladines. Se trata de un nuevo esfuerzo intelectual del profesor Paladines, quien aprovechando que actualmente cursa su doctorado en la Universidad de Bremen, en Alemania, nos trae una reflexión sobre la herencia de la concepción jurídico-penal de Nacional Socialismo en la actualidad. Se trata de una nueva vuelta de tuerca sobre una preocupación permanente en el autor: la recuperación crítica de la tradición humanista e ilustrada del derecho penal, así como del análisis de las distintas formas en que los poderes de control y de castigo nacidos en la modernidad se han transformado y perfeccionado para servir mejor al capitalismo. Y lo hace dentro de un medio como el ecuatoriano, tan proclive a la importación acrítica de teorías foráneas.

Esta postura teórica y epistemológica por supuesto que tiene su costo y un costo alto para el autor: lo ha obligado a mantenerse y reivindicar para si una cierta “marginalidad académica”; marginalidad, además, de doble vía: pues el autor resulta marginal tanto en el ámbito de la producción intelectual latinoamericana que no está acostumbrada a auscultar y evidenciar las raíces de las teorías jurídicas en boga en la región; como en el propio contexto académico alemán, donde una gran parte de los profesores siguen esclavos de un euro y etnocentrismo vergonzante que los hace resentir el que un latinoamericano, un extraño, se atreva a

---

339. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Central del Ecuador.

plantear temas que aun hoy están relativamente vedados para los propios alemanes, a causa de los compromisos asumidos por la sociedad alemana en el contexto del proceso de desnazificación.

Pero esa misma marginalidad, convertida en epistemología es la que le da color, olor y sabor a la obra de Jorge Paladines. En el Derecho penal de Auschwitz, siguiendo los pasos de Raúl Zafaroni, del que es uno de sus discípulos más conspicuos, el profesor Paladines examina la estrecha relación de ida y vuelta entre el derecho penal de la Alemania Nazi y el funcionamiento de esa forma radical de capitalismo que el denomina “necrocapitalismo” y que él ve representado en los “campos de trabajo” nazis, en donde a diferencia de otras formas de explotación capitalista, el dueño de los medios de producción, en este caso el Estado, no solo se apropia de la fuerza de trabajo del trabajador sino que además lo despoja de su propia vida convirtiéndolo en un ente “pre morten”.<sup>340</sup>

Pero, ¿por qué, más allá de cierto morbo escatológico, puede interesar publicar y leer este libro en América Latina o en Ecuador?, o dicho de otra manera, ¿por qué es necesario y urgente, estudiar en nuestro país un derecho aparentemente tan lejano desde el punto de vista cultural, y que además, no tiene, supuestamente, para nosotros una validez y una eficacia actuales.

Habría muchas respuestas posibles a esos interrogantes. Por una parte se puede justificar publicar y leer en Ecuador un libro sobre el funcionamiento del derecho penal nazi porque los ecuatorianos, aunque a veces lo olvidemos, hacemos parte del género humano, y por lo tanto, con independencia de nuestro lugar de nacimiento es urgente e importante realizar un juicio ético, político y, en este caso, jurídico a la teoría y a los juristas de aquella época que permitieron y /o defendieron por miedo, conveniencia, o franca simpatía la existencia de una dogmática penal de excepción que hizo posible la existencia de Auschwitz, Treblinka, o Buchewalt.

---

340. Cft. Paladines Jorge, *Derecho penal de Auschwitz*, Editorial el Siglo, Quito, 2020, pp. 39.

Es verdad que ese cobro de cuentas a la “intelligenza” y a la burocracia nazis ya se hizo en el pasado y se lo hizo con la mayor altura intelectual por autores tan importantes como Hanna Arendt,<sup>341</sup> Giorgio Agamben,<sup>342</sup> Vasili Grossman,<sup>343</sup> Svetlan Todorov,<sup>344</sup> o el propio Jorge Semprum<sup>345</sup> en el ámbito castellano; y se lo realizó utilizando formatos tan diversos como la filosofía o la literatura. También en el mundo jurídico hubo juristas tan importantes como Gustav Radbruch,<sup>346</sup> Hans Kelsen<sup>347</sup> y en nuestro contexto por el propio Raúl Zafaroni,<sup>348</sup> que estudiaron con profundidad y nos dieron luces sobre la dinámica perversa del derecho en tiempos de los Nazis. Pero aun así, publicar un nuevo libro sobre el tema en una región tan desmemoriada como América Latina y en un país tan ensimismado como Ecuador no sólo es útil, sino absolutamente necesario porque nos permite aprender y recordar lo que fue el nazismo, y entender porque creció y se hizo fuerte, así como conocer su legado más macabro: los campos de concentración. A todo ello nos ayuda y nos obliga el libro que comentamos.

En ese sentido, el libro de Jorge Paladines puede ser interpelado desde diferentes perspectivas y distintos puntos de vista: El libro es, en primer lugar, un útil instrumento para conocer cual era la función y cómo funcionaban los campos de concentración nacional socialistas. También vale para actualizar la tan necesaria

---

341. Cfr. Arendt Hannah Eichmann en Jerusalén. Random House Mondadori, Madrid 2013.

342. Cfr. Agamben Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz* (Homo Sacer III), Pre-textos, Valencia 2000.

343. Cfr. Grossman Vassily, *vida y destino*, Círculo de lectores, Madrid 2007.

344. Todorov Svetlan, *Memoria del Mal, tentación del Bien*, Editorial Peninsula 2002.

345. Cfr. Semprum Jorge, *La Escritura o la Vida*, Tusquets Editores,

346. Cfr. Radbruch Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Ediciones Olejnik; Madrid, 2018.

347. Cfr. Kelsen Hans, *Validez y Eficacia del Derecho*, Ediciones Astrea, Madrid, 2005.

348. Cfr. Zafaroni, Eugenio Raúl, *La doctrina penal Nazi, la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Editorial el Siglo, Quito, 2019.



cultura jurídica general y sobre todo es un muy útil instrumento pedagógico que brinda a los juristas de nuestra generación y aquellos de las generaciones futuras la posibilidad de que mantengamos vivas en nuestra memoria las enseñanzas del “holocausto” y valoremos en su justa medida la contribución y el mandato implícito en el derecho internacional de los derechos humanos, que nos ordena proteger y garantizar la dignidad humana por encima de cualquier consideración.

Pero el libro de Jorge Paladines es también una sucinta y muy útil herramienta para aprender sobre el derecho penal nazi, y su aplicación para justificar y dar sustento al capitalismo de Estado que se desarrolló en la Alemania Nazi. Pero lo más importante, Al igual que el libro del Maestro Eugenio Raúl Zafaroni sobre el mismo tema<sup>349</sup> el pequeño ensayo de Paladines nos sirve sobre todo para entender los orígenes, los condicionamientos y los límites de nuestro presente doctrinal en materia penal y criminológico; y nos es útil, como diría Zafaroni en la introducción del libro, para “afinar nuestro sentido crítico frente al presente amorfo y ahistórico que vive la teoría jurídica contemporánea.”<sup>350</sup> Y además, en el contexto latinoamericano, el texto sirve para denunciar la deriva del derecho penal en nuestra región como principal instrumento de la mutación de nuestro débil Estado de Derecho en lo que el autor llama “el Estado de medidas.”<sup>351</sup>

En la Alemania Nazi, el Estado Social de Derecho diseñado en Weimar se transformó a vista y paciencia de los más grandes juristas de la época en un “Estado dual” en el que coexistían sin apenas contradicción los valores, los principios y las reglas del Estado de Derecho, obviamente sólo para cierto sector de la población étnica y políticamente “puros”, mientras que otros grupos y

349. Cfr. Zafaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit, Editorial el Siglo, Quito, 2019.

350. Cfr. Zafaroni, La Contaminación del Derecho Penal Latinoamericano, En: Paladines Jorge, Op. Cit., pp. 19 y sig.

351. Cfr. Paladines Jorge, Op. Cit., pp. 123 y sig.

sectores que no cumplían con estas características, eran regulados a través de un corpus jurídico de “medidas administrativas” y de facto que existían y operaban en la penumbra a partir del “principio de arbitrariedad” y sobre las que no había ningún tipo de publicidad, garantías, o límites. Esa dualidad fue la que permitió y dio paso al holocausto en “el país de los filósofos”.

Pero lo que es grave es que toda esta historia, se puede trasponer y se comparar con la función que cumple el derecho penal funcionalista y populista en nuestros países donde, a vista y paciencia de todos nosotros, se está produciendo una rápida transformación del Estado constitucional de derechos en esta nueva versión de Estado “neo corporativo de opinión”, que algunos llaman estado neoliberal, en el que, al igual que en tiempos de los Nazis, se utiliza el derecho penal y el derecho administrativo para etiquetar, segregar y perseguir, no ya a los judíos, comunistas o gitanos; sino a los extranjeros, a los indígenas, a los pobres, a las mujeres, y en definitiva a todos aquellos que no viven y no aceptan los valores tradicionales de la sociedad blanco mestiza ecuatoriana.

Este es, a mi juicio, el principal aporte y la función del libro que estamos reseñando: el texto de Paladines es un cuestionamiento muy agudo, al delirio racista que transformó al Estado de derecho de Weimar en un Estado burocrático “dual” donde el ejercicio de la arbitrariedad sin límites transformó al mal en algo “banal”, pero también es una campanada de alerta sobre el peligro que para nuestro orden constitucional entraña el abuso del Estado de excepción y la transformación del poder punitivo del Estado y de sus instituciones en una nueva versión de la policía política y a través de ese mecanismo, anular permanentemente los derechos de las personas.

Muchos juristas ecuatorianos, y en particular algunos penalistas por miedo, conveniencia o simpatía con el régimen, están utilizando los conceptos, métodos e instrumentos del derecho penal funcionalista heredero del derecho penal nazi, para transformar el Estado de Derecho en un Estado policiaco “de medidas” y

para poner toda su “ciencia” al servicio de la razón de Estado y de esta manera utilizar su conocimiento de la ley en contra de los intereses de los ciudadanos; con lo que estamos en serio riesgo de transformar nuestro Estado Constitucional en un Estado Dual donde la indiferencia y la “banalidad del mal” sirva para justificar las peores manifestaciones del poder.

Este esa es la denuncia principal que el autor hace en su libro: según el autor estaríamos a un paso de convertir nuestro Estado Constitucional en un “Estado Dual” en donde se convine la legalidad formal propia del Estado de Derecho con la arbitrariedad institucionalizada propia de un Estado de Medidas similar en sus formas al creado por los nazis, con lo que llegaríamos a la conclusión de que éste modelo jurídico no desapareció con su derrota en la segunda guerra mundial y el fin del tercer Reich y que sigue campante y vigente en nuestras formas de ejercer y de entender el poder.

Por todo ello y por más es importante leer el derecho penal de AUSCHWITZ.





