

¡Honrar, Honra!

José Martí

El derecho se constituye en un sistema de normas y principios jurídicos por los que se rige una sociedad, determinando lo justo e injusto, el orden o desorden, lo parcial o imparcial, etc., cuyo origen data desde las primeras formas primitivas de Estado.

La historia del derecho en Ecuador se encuentra estrechamente vinculada con el hecho histórico de la separación de la Gran Colombia que hace posible el nacimiento de la República, y se constituye en un nuevo Estado. Esto hace que en septiembre de 1830 se reúna la primera Asamblea Nacional Constituyente, presidida entonces por José Joaquín de Olmedo, nombran como presidente a Vicente Rocafuerte Bejarano y se proclama la primera Constitución Ecuatoriana, como norma fundamental de la nación.

La base del sistema jurídico ecuatoriano se encuentra en el derecho romano, por medio del derecho español cuando la conquista y el colonialismo, específicamente por medio del derecho francés, derivado del Código Civil Napoleónico y de otros códigos europeos importantes, que fueron la fuente de inspiración para las codificaciones en Ecuador, todo esto bajo la influencia del derecho romano, especialmente de su obra insigne como lo fue el Corpus Iuris Civilis (cuerpo del derecho civil).

En el caso del Código Civil ecuatoriano, se inspiró en el código chileno de Bello; de lo que se desprende el hecho de que el sistema jurídico de la nación sea el latino-romano, considerando a la ley como la fuente principal.

En el desarrollo histórico del derecho ecuatoriano ocupa importante lugar el paso de la concepción monista del sistema jurídico a una pluralista, esto a partir de la adopción de la Constitución de 1998 que, en su artículo 191 reconocía la potestad de las autoridades de las comunidades indígenas para ejercer funciones judiciales como mecanismo para la resolución de conflictos internos.

Por otro lado, los Derechos Humanos son el ingrediente esencial de todo orden legal, elemento sobre el que históricamente se ha cuestionado a los administradores de justicia por la inobservancia de tales derechos; de ello se han derivado perspectivas nuevas, más abarcadoras, con la inserción de nuevos aspectos no solo jurídicos, sino además sociales, culturales, políticos, etc., que se requieren en el contexto diverso.

El Derecho no es una verdad estática o rígida más bien dinámica y contextual. Se adapta a la época y es un reflejo de la sociedad imperante. Se ve influenciado además por las tendencias internacionales que en lo relativo al Derecho se materializan en la práctica social. Se enriquece por los análisis y aportes que los propios profesionales y estudiosos del derecho le tributan.

Este número en general es un homenaje al esfuerzo que los profesionales del Derecho del País han hecho y continúan haciendo por actualizar y perfeccionar las prácticas del Derecho en Ecuador. El Instituto Superior Tecnológico Atlantic a su vez es también una manifestación de la voluntad de un profesional del Derecho de contribuir al desarrollo de la sociedad ecuatoriana.

El Instituto Superior Tecnológico Atlantic fue creado por el +Dr. Donn Gustavo Andrade Guzmán; Rector fundador de esta prestigiosa institución. El Ministerio de

Educación y Cultura de la República del Ecuador otorgó la Personería Jurídica del Instituto Técnico Superior Particular de Ciencias Mercantiles – ICM, mediante Acuerdo Ministerial N° 297 con fecha 23 de enero 1991 y su transformación en Instituto Particular Tecnológico Superior de Ciencias Mercantiles – ICM, mediante Resolución 1514 del 06 de junio de 1999.

El Consejo Nacional de Educación Superior – CONESUP otorgó el Registro Institucional 17048, el 12 de octubre del 2000 y aprobó el cambio de nombre mediante Resolución – RCP-106.05.07.04.2005, con fecha 12 de febrero, al Instituto Particular Tecnológico Superior ATLANTIC – ATL. Actualmente la institución denominada INSTITUTO SUPERIOR TECNOLÓGICO ATLANTIC, está ubicado en la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la dirección de la Av. Clemencia de Mora y Río Tiputini.

El +Dr. Donn Gustavo Andrade Guzmán, nació el 12 de febrero de 1951 en San Antonio de Ibarra. Se destacó en sus estudios tanto de bachillerato como universitarios, ya que se graduó como Doctor en



Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, de la Universidad Central del Ecuador.

Como ser humano y emprendedor capaz de cristalizar sus sueños en beneficio de las personas, además de ejercer su profesión de Abogacía; fundó el Instituto Superior Tecnológico Atlantic para formar profesionales que aporten a la sociedad con

conocimiento sólidos y éticos. Dentro del ejercicio del Derecho, además de Rector y fundador del ISTA, también se ocupaba de los aspectos legales de la institución, además, fue asesor jurídico de la AITPEC y miembro fundador de la asociación de Institutos Técnicos y Tecnológicos Superiores Particulares del Ecuador; también se debe indicar que, dentro de su trayectoria como abogado, ocupó el cargo de asesor jurídico externo del CONESUP en la presidencia del Ing. Vinicio Baquero.

Hoy el Instituto Superior Tecnológico Atlantic evoluciona y crece producto del sueño y esfuerzo de su fundador y entre sus logros se encuentra contar con la Revista Mundo Recursivo. Revista que dedica un número especial al Derecho en Ecuador y se considera justo rendir un merecido homenaje al +Dr. Don Gustavo Andrade Guzmán promotor del Derecho, la Educación y la Ciencia razones por la cual se dedica esta publicación a su nombre.

Mg. Mirian Paulina Molina Molina

Rectora del Instituto Superior Tecnológico Atlantic

El testigo hostil en el sistema procesal civil ecuatoriano

The hostile witness in the Ecuadorian civil procedure system

Andrea Carolina Subía Cabrera¹

Universidad de Otavalo

correo electrónico: asubia@uotavalo.edu.ec

David Santiago Proaño Tamayo²

Universidad de Otavalo

correo electrónico: santyydpt@hotmail.com

Recibido: 30/08/2021

Aceptado: 20/12/2021

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Subia, A.; Proaño, D. (2022). El testigo hostil en el sistema procesal civil ecuatoriano.

Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 1-21.

¹ Abogada de la República del Ecuador. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata-Argentina. Docente investigadora de la Universidad de Otavalo: <https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>

² Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral. Doctorante de Derecho de la Universidad Nacional Mar del Plata-Argentina. Docente investigador independiente. <https://orcid.org/0000-0003-2036-2386>

Resumen:

El presente artículo tuvo como objetivo analizar la figura del testigo hostil dentro de la codificación procesal civil en Ecuador, para ello se aplicó una metodología con enfoque cualitativo, el tipo de investigación fue documental, el método aplicado fue el analítico de doctrina y el exegético en el análisis del Código Orgánico General de Procesos vigente. Como resultados se identifica que en Ecuador se han incorporado desde el 2016 las formas en las que se determina la presencia de un testigo hostil dentro de la audiencia de juicio, no obstante, se requiere de un amplio debate especialmente en el uso de preguntas sugestivas y su incidencia en la valoración de la prueba testimonial.

Palabras clave: testigo hostil, sistema procesal, COGEP, interrogatorio, preguntas sugestivas.

Abstract:

The objective of this article was to analyze the figure of the hostile witness within the civil procedural codification in Ecuador, for this a methodology with a qualitative approach was applied, the type of investigation was documentary, the applied method was the analytical of doctrine one and the exegetical one in the analysis of the current General Organic Code of Processes. As a result, it is identified that in Ecuador, since 2016, the ways in which the presence of a hostile witness is determined within the trial hearing have been incorporated, however, a broad debate is required, especially in the use of suggestive questions and its impact on the assessment of testimonial evidence.

Keywords: hostile witness, procedural system, COGEP, interrogation, suggestive questions.

Introducción:

En Ecuador desde el año 2016 se puso en vigencia el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en el contexto constitucional con la introducción de la Constitución del 2008 el sistema oral refuerza el ámbito de aplicación, ya que desde la Constitución de 1998 se institucionaliza el principio fundamental de la oralidad en el sistema judicial.

En este sentido, la sustanciación de los procesos en todas las instancias, diligencias y fases judiciales se desarrollan mediante el sistema oral, que se complementa de los principios de: simplificación, uniformidad, eficacia, eficiencia, inmediación, contradicción, celeridad, economía procesal, dispositivo, transparencia y publicidad de los procesos judiciales.

De lo mencionado es importante considerar que el sistema procesal ecuatoriano para la obtención de la prueba testimonial, como método de búsqueda de información del caso, permite la práctica de un interrogatorio y contrainterrogatorio. Es así que, se considera como un medio de prueba al testimonio de una persona o perito, a través de un examen directo, que se evacua en audiencia de juicio.

La característica de la prueba testimonial introducida en el COGEP refuerza el principio de contradicción de la prueba, da cabida a la calificación de un testigo que actúa con hostilidad lo cual genera el uso excepcional de preguntas sugestivas dentro del examen testimonial, esto con el fin de garantizar se compruebe la veracidad de la proposición de la contraparte.

Cabe señalar que la calificación de la figura de un testigo hostil y su regulación se encuentra inacabada en Ecuador, ya que dentro del ordenamiento jurídico no se exponen las reglas por las cuales un juez puede hacer operativa la aplicación de la prueba de un testigo hostil cuya información permita comprobar la veracidad de los hechos materia de la litis, lo cual guarda relación con la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

Con lo anterior, el objetivo del presente artículo es analizar el alcance y contenido de la figura del testigo hostil en el sistema procesal civil en Ecuador, a fin de responder la pregunta: ¿el testigo hostil en el sistema procesal civil ecuatoriano es una figura indeterminada?

Metodología:

El paradigma de investigación fue el cualitativo, permitió analizar la normativa y doctrina sobre la figura del testigo hostil en el sistema procesal civil ecuatoriano; el tipo de investigación es la documental (Tantaleán, 2016). El diseño de investigación fue bibliográfico. El método aplicado fue el analítico y el exegético a través de la técnica análisis documental. En relación al análisis se lo realiza en la definición doctrinaria de la figura del testigo hostil; por otra parte, la exegesis se observa en la interpretación y alcance del Código Orgánico General del Procesos que regula el sistema procesal ordinario ecuatoriano, con exclusión del ámbito penal, constitucional y electoral. (Palella y Martins, 2012).

Resultados:

La definición de testigo hostil

El COGEP define al testigo como aquella “persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia” (2016, Art. 189). Cabanellas (2005 define a un testigo como a “quien ve, oye o percibe por otro sentido algo en que no es parte, y que puede reproducir de palabra o por escrito, o por signos” (p. 309).

Dentro de un proceso judicial existen diversos elementos probatorios, entre ellos, los testimonios, los cuales consisten en realizar una declaración aseverando una verdad

(Cabanellas, 2005). A nivel etimológico, Cabanellas (2005) define al término latín hostis como “enemigo por profesarle aversión y oponerse a sus intereses” (p. 153).

A nivel doctrinario, Rives (2016) confirma que el uso de un testigo hostil se vincula con los intereses de la contraparte en un proceso judicial, se le practicará el interrogatorio porque es necesario interrogar al testigo que inclusive puede convertirse en testigo hostil para quien lo propuso, cuando durante el interrogatorio y/o contrainterrogatorio no responde de la forma esperada. Inclusive se considera que cuando en una audiencia existe un testigo hostil el juez ponente califica la aplicación en la formulación de preguntas sugestivas.

Conforme los señalan Mccurley y Mercier (2005) en relación a la contra interrogación de un testigo hostil consideran que: “cuando una parte llama a un testigo hostil, un adversario, o un testigo identificado con la parte contraria” (p. 242), se podrá realizar preguntas sugestivas al testigo hostil o adversario, de la parte contraria. Según Jiménez (2017) dentro de una audiencia en la práctica de la prueba testimonial:

la parte que recibe la hostilidad de responder las preguntas al interrogar, sea actora o demandada, solicita al juzgador que se declare al testigo como hostil, ya que sus respuestas son ambiguas y poco esclarecedoras, ya sea por el estado emocional del testigo frente a la audiencia, al cual se le hace preguntas que debería responderlas fácilmente, y no lo hace. En fin, son temas de percepción que solamente en audiencia, bajo este nuevo sistema de oralidad e intermediación, el juez podría calificar al testigo como hostil, a fin de que le puedan hacer preguntas sugestivas. (p. 13).

Cuando una de las partes realice el interrogatorio al testigo propuesto por la contraparte, solicitará al juez que se declare al testigo como hostil, ya que sus respuestas a las preguntas son ambiguas, confusas o evasivas, de esa forma se podrán realizarle preguntas sugestivas de forma excepcional.

En concordancia, Yépez (2015) un testigo hostil es el testigo de la contraparte, y considera que el “deponente en juicio podrá ser tratado como un testigo hostil” (2015, p. 44). Bonilla (2004) sobre el proceso oral penal acusatorio en Colombia considera que la introducción de la figura del testigo hostil constituye una característica de la tendencia adversarial.

La tendencia adversarial en materia procesal, con énfasis en materia penal, dentro de un caso judicial se fundamenta en que el director de la audiencia es el juez, cuya función es garantizar el debido proceso en todas las etapas, diligencias y fases judiciales, a través de los principios de imparcialidad, inmediación y especialmente el de contradicción (Contreras, 2007). El principio de contradicción en materia probatoria, según lo señala Zabaleta (2017):

Dentro de los contenidos del macro principio del debido proceso se encuentra el principio de contradicción, el cual se constituye en una de las garantías más importante dentro del proceso penal, en términos generales se entiende la contradicción y bilateralidad como la oportunidad de tomar posición y pronunciarse sobre pretensiones y manifestaciones de parte contraria, el carácter participativo de la justicia, la bilateralidad de la audiencia no es más que un elemento de garantía constitucional. (p. 175

En virtud de este principio el desarrollo del proceso garantiza que cada una de las partes procesales tenga la oportunidad de conocer, pronunciarse o contradecir las pretensiones, alegaciones y pruebas de la contraparte. Es decir, existe una relación dialéctica en la administración de justicia dentro de un Estado democrático, constitucional de derechos y justicia social, tal como lo señala, el artículo 165 del COGEP (2016) existe el derecho de contradecir la prueba por las partes de forma oportuna y fundamentada.

El testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos

Conforme la Constitución de la República del Ecuador (2008) la práctica de la prueba se realiza en concordancia con la normativa constitucional y legislación nacional, con el fin de que tenga validez y eficacia probatoria, constituye una garantía del debido proceso.

Con la práctica de la prueba se comprueba la veracidad de los hechos, permite el convencimiento del juez que conoce el caso sobre los hechos fácticos (COGEP, 2016, Art. 158); es así que, la práctica de la prueba testimonial es oportuna cuando se realiza de manera oral en la audiencia de juicio (COGEP, 2016, Art. 159).

En concordancia con el artículo 76 numeral 7 literal j) de la Constitución de la República del Ecuador (2008) las personas que comparezcan a juicio como testigos o peritos deberán presentarse de forma obligatoria, y responder al interrogatorio que se realice.

El Código Orgánico General de Procesos (2016) entró en vigencia en el año 2016, derogando al antiguo Código de Procedimiento Civil, es así que, estipula la prueba testimonial de un testigo hostil. Sobre el testimonio lo define como la declaración que rinde una persona en audiencia de juicio de forma presencial o por medio telemático, con excepción de la declaración anticipada. Dicha declaración que constituye testimonio se realizará a través de un interrogatorio de quien propone el testigo y contrainterrogatorio realizado por la contraparte (Art. 174).

El COGEP (2016, Art. 178) sobre la práctica de la prueba testimonial establece las siguientes reglas: a) El juez o jueza debe tomar juramento del testigo, advirtiéndolo de decir la verdad, quien debe estar acompañado de su defensa técnica; b) a continuación se pregunta sobre los nombres, apellidos, edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación; c) se procede a realizar el interrogatorio al testigo por la parte quien lo propuso,

seguido de ello, la contraparte realizará el contrainterrogatorio; d) el testigo no podrá usar notas o apuntes durante su declaración.

El artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos (2016) en relación a la forma de la prueba testimonial de un testigo determina que:

6.- Las respuestas evasivas o incongruentes así como la negativa a declarar y toda la prueba debidamente actuada será valorada íntegramente por la o el juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica, siempre que la ley no requiera que se aprueben de otra forma. 7.- Podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra. (p. 43).

Con esto, se puede comprender que aunque no existe un artículo que defina qué o quién es el testigo hostil si se explica cuando se estaría en la presencia de un testigo hostil, dentro de la etapa procesal pertinente se observa en la audiencia de juicio, cuando: 1) se realiza la recepción de la prueba testimonial, el testigo de la contraparte que rinde la versión de los hechos y que los ha percibido directa y personalmente a través de sus sentidos, en su testimonio emite respuestas evasivas e incongruentes, además se considera que es un testigo hostil: 2) aquella persona que tiene una negativa por declarar, por lo que se requiere de la fuerza pública para su comparecencia (COGEP, 2016, Art. 178).

Por lo que, se estipula que si el testigo no asiste a la audiencia a solicitud de parte interesada se suspenderá la diligencia, lo cual se da ya que su testimonio es fundamental en el examen de la prueba que es útil para comprobar la veracidad de los hechos alegados (COGEP, 2016, Art. 177).

En este sentido, una de las formas en las que se observa existe un testigo hostil es su falta de comparecencia, en concordancia con el artículo 191 (COGEP, 2016) que señala que, cuando el testigo no comparece de forma injustificada se lo conminará a comparecer mediante apremio con el apoyo de la policía nacional, porque existe una negativa por declarar, pese a que se le haya notificado con anticipación.

De lo analizado, se comprende que dentro del sistema procesal civil ecuatoriano un testigo hostil es aquella persona que se identificada con la parte contraria o contraparte en un proceso judicial, y que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia, pero que impide un pacífico desarrollo del interrogatorio, a través de: respuestas evasivas o incongruentes, una negativa por declarar, no acude, no quiere o rehúsa brindar su testimonio y que rinde su testimonio a través de la intervención de la fuerza policial.

En este caso el juez en base a su sana crítica calificará al testigo como hostil, de esa forma excepcionalmente la interrogación o contra interrogación en audiencia judicial se realizará mediante el uso de preguntas.

Preguntas sugestivas

Conforme el COGEP (2016, Art. 177, núm. 8) el juez o jueza dentro de la práctica de la prueba testimonial de los testigos negará la formulación de preguntas que sean: “inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante” (p. 43). Esto es, cuando se rinde testimonio en un proceso judicial se permitirán objetar preguntas capciosas, sugestivas, confusas, impertinentes o hipotéticas.

Conforme la regla usada según García (2019) se prohíbe el uso de preguntas sugestivas en el interrogatorio de un testigo o en el examen directo, por ejemplo, cuando se las usa en la introducción, en la transición, cuando se presume es un testigo hostil o son sugestivas por la

negativa. Es decir, la regla de no realizar preguntas sugestivas tiene la excepción de aplicación ante la presencia de un testigo hostil (p. 393).

Conforme lo señala Ramírez (2017) las preguntas sugestivas “se caracterizan porque en la formulación de la pregunta se contiene la respuesta” (p. 174). “Las preguntas sugestivas aprovisionan información al testigo siendo su finalidad alcanzar la respuesta deseada” (García, 2019, p. 388), el que pregunta agrega de forma directa o indirecta información para que el testigo acoja su respuesta afirmando o negando la proposición.

García (2019) las caracteriza como aquellas que en su estructura brindan información de manera anticipada para que el testigo en su respuesta, ratifique la información aceptando o negándola, no obstante, la información que se realiza en estas preguntas versará sobre aquello que no ha ratificado, es decir, todavía no ha respondido.

Las reglas de la sana crítica para calificar un testigo hostil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Con el fin de asegurar la imparcialidad judicial, el COGEP (2016) dentro del artículo 186 determina que la valoración de la prueba testimonial la realizará el juez considerando el contexto de la declaración y su relación con las otras pruebas. A nivel general, se estipula que la prueba en conjunto será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y valorada para tomar una decisión motivada en la resolución judicial (COGEP, 2016, Art. 164). La sana crítica, a decir de Barrios (2006):

es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso. (pp. 8-9).

Según el autor la sana filosofía o sana crítica nace en 1855 dentro de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil a través de la cual se permitía que la decisión se fundamente en la convicción judicial que se halla en la valoración de la prueba testimonial, además de que se tomen en cuenta criterios como: “facultades psíquicas del testigo, moralidad, contenido de la declaración, probidad, relación del testimonio con el hecho” (Barrios, 2006, p. 6).

En el contexto de derecho comparado, dentro del sistema procesal penal colombiano vigente la apreciación de la prueba testimonial se realiza de la siguiente forma:

Art. 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad. (Código de Procedimiento Penal de Colombia, 2004, p. 192).

Con lo anterior, la apreciación del testimonio responde a un razonamiento lógico, que debe cumplir con los principios de: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente de la prueba, todo ello con el fin de que no se generen de forma arbitraria juicios de valor de la prueba (Barrios, 2006).

Frente a los juicios de valor para la validez de la motivación judicial en la valoración de la prueba según Comensaña (2013) es necesario determinar el carácter autorefutador u objeción de las concepciones relativas del conocimiento, es decir, que se debe delimitar si la tesis que se propone en las alegaciones responde a un análisis objetivo y neutral.

La valoración de un testimonio depende de dos variables: a) credibilidad y competencia en la trascendencia del testimonio; y, b) la relevancia, el poder explicativo y la fuerza

probatorio del testimonio. De esa forma, como lo señala Páez (2014) que la pertinencia de la prueba responde a estas características objetivas de cada uno de los testimonios. Según indica Páez (2014):

La actitud epistémica más racional será entonces la de invertir el mayor esfuerzo en justificar/refutar aquellas afirmaciones de un testigo que tengan el mayor valor informacional. Desde la perspectiva del juzgador, esta discriminación entre credibilidad y valor informacional debería llevar a la utilización de un estándar variable para la valoración de la prueba testimonial. Entre más objetivamente valioso sea un testimonio, mayor deberá ser el estándar utilizado para evaluar su credibilidad. Y en los casos extremos en los que el testimonio carezca de valor informacional, la actitud más razonable será su aceptación automática (pp. 115-116).

Especial consideración se debe observar, cuando ante la presencia de un testigo que se considere hostil las preguntas sugestivas sean la fuente de información, el valor informacional puede carecer de credibilidad del testimonio, por lo tanto, de valoración en la apreciación de un testimonio.

Como se había mencionado, aunque normativamente no se especifica dentro del Código Orgánico General de Procesos quién es un testigo hostil, el artículo 178 explica cuáles son las formas de determinar que una persona actúa como testigo hostil, sea por responder de forma evasiva, confusa o incongruente a la contraparte dentro de audiencia de juicio o pese a que haya sido notificada no se presente a juicio.

De esa forma, el juez en base a las reglas de la sana crítica califica al testigo como hostil, de esa forma, se permitirá dentro de la práctica del contrainterrogatorio el uso de preguntas sugestivas y que recapitulen información relevante en el hecho controvertido, de forma excepcional, y, que no se consideren inconstitucionales.

El juez que conoce el caso es quien califica de hostil a un testigo, sin embargo, en el marco normativo ecuatoriano no se especifica sobre cómo se realiza dicha calificación en la práctica procesal, lo cual podría ser enmarcado en una propensión de subjetividad previa dificultando la valoración de la prueba en su conjunto.

Conclusiones:

Finalmente, en el sistema jurídico procesal civil ecuatoriano, a través de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos se refuerza el principio de oralidad, a través del principio y derecho de contradicción en una audiencia en la fase probatoria de practicarán declaraciones de los testimonios de personas que participaron del hecho que se discute en el litigio.

Los testimonios de terceros se realizan en favor de los intereses de una de las partes, es así que en el examen directo se realiza el interrogatorio y contrainterrogatorio, momento procesal en el que puede existir un testigo como hostil. La calificación de un testigo hostil está a cargo del juez ponente de la causa, a través de su autorización se le realizarán preguntas sugestivas, de forma excepcional, las mismas que contienen implícita la respuesta que ratifica o niega una proposición.

Dentro de la codificación ecuatoriana se identifica que se aplican preguntas sugestivas al testigo que responde con respuestas evasivas, incongruentes, confusas; o al testigo que fue notificado y que no ha comparecido a la audiencia oral, por lo que, se requiere del apoyo de la fuerza pública.

En este sentido, la valoración de la prueba testimonial en el contexto del sistema procesal no penal en Ecuador, especialmente cuando se califica al testigo hostil, requiere de un marco normativo en el análisis de la información obtenida de las preguntas sugestivas dentro

del examen directo al testigo, de esa forma, la interpretación judicial asegura el principio de imparcialidad, evitando arbitrariedad judicial la valoración de la prueba testimonial dentro de una decisión judicial.

La valoración de la prueba testimonial responde a las reglas de la sana crítica, no obstante, del análisis doctrinario se comprende que la validez de la prueba testimonial responde a los principios de imparcialidad, inmediación y contradicción de las partes.

Cuando existe la declaración de un testigo el razonamiento lógico deductivo de un juez verificará la credibilidad del testimonio, por una parte, y por otra, la fuerza probatorio y relevancia a través del valor informacional del testimonio. Sin embargo, de la exégesis realizada al sistema procesal civil en la normativa ecuatoriana se deduce que, no se ha determinado la figura del testigo hostil.

En este sentido, cabe precisar que, aunque si se prevé las formas de determinar cuándo un testigo se declare como hostil, para así en el examen hacer uso de forma excepcional a preguntas sugestivas, se requiere determinar la figura del testigo hostil especialmente para garantizar que las preguntas sugestivas no entren en una esfera de inconstitucionalidad.

Referencias bibliográficas

Barrios, B. (2006). Teoría de la sana crítica.

http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

Bonilla, P. (2004). ¿Testigo hostil? Disponible en:

<http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2013/11/testigo-hostil.html>

Código Orgánico General de Procesos (2016). Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-
2015. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de Procedimiento Penal de Colombia -ley 906 de 2004-. Publicada en el Diario Oficial
número 45.657 del 31 de agosto de 2004.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf

Comensaña, M. (2013). Apuntes de filosofía de la ciencia. Sobre la utilidad de la epistemología.
Universidad Nacional Mar del Plata.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de
2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Contreras, M. (2007). Modelo acusatorio con tendencia adversarial en el nuevo Código
Procesal Penal. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm 20 Julio-Diciembre 2007.
https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num20/Numero%2020/EXT/20-13%20MODELO%20ACUSATORIO.pdf

Cabanellas, G. (2005). Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L.

García, C. (2019). Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el contrainterrogatorio.
Derecho y Cambio Social N.º 58, OCT-DIC 2019.
[file:///C:/Users/carol/Downloads/Dialnet-LasPreguntasSugestivasEnElInterrogatorioYElContra-7075606%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carol/Downloads/Dialnet-LasPreguntasSugestivasEnElInterrogatorioYElContra-7075606%20(1).pdf)

Jiménez, J. (2017). “La declaración testimonial, desde la norma procesal, y la percepción”.
Trabajo de titulación para obtener la Maestría en Derecho con Mención en Estudios
Judiciales. Instituto de Altos Estudios Nacionales.
<https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4849/1/ART%C3%8DCULO%20CIEN-T%C3%8DFICO%20Jim%C3%A9nez%20Ram%C3%ADrez%20Juan%20Manuel.pdf>

- Mccurley, M y Mercier, K. (2005). La contra interrogación, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, N°. 31, 2005, págs. 241-262.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12421>
- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. Isonomía, (40), 95-118.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100005&lng=es&tlng=es.
- Palella, S. y Martins, F. (2012). Metodología de la investigación. Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
- Ramírez, C. (2017). Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. Primera edición. 2017. Corte Nacional de Justicia.
https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf
- Rives, E. (2016). Efectos de la ley bonaerense de juicio por jurados: ¿Sistema anglosajón de examen de testigos para todos los juicios? ¿Admisión de la pregunta sugestiva en la Investigación?. Revista Virtual INTERCAMBIOS, N° 17 – MAYO 201.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/110022/Documento_completo.%20RivesEmanuel.EfectosJuicioporjurados.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tantaleán, R (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. Revista Derecho y Cambio Social. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>
- Yépez, D. (2015). Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil adversarial al Ecuador. Tesis (Maestría en Derecho Procesal). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4626/1/T1683-MDP-Yepez-Trasplante.pdf>

Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. Rev. CES Derecho, 8(1), 172-190.
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>

El derecho a la intimidad en relación con el acceso a la información tributaria en Ecuador

The right to privacy in relation to access to tax information in Ecuador

María José Astudillo¹

Universidad de Otavalo;

mafer_mj15@hotmail.com

Andrea Carolina Subía Cabrera²

Universidad de Otavalo;

asubia@uotavalo.edu.ec

Recibido: 06/09/2021

Aceptado: 20/12/2021

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Astudillo, M.; Subía, A. (2022). El derecho a la intimidad en relación con el acceso a la información tributaria en Ecuador. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 18-44.

¹ Abogada de la República del Ecuador por la Universidad de Otavalo. Libre ejercicio profesional.

² Abogada de la República del Ecuador. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata-Argentina. Docente investigadora de la Universidad de Otavalo: <https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>

Resumen:

El presente artículo tuvo como objetivo analizar el acceso a la información tributaria en relación al derecho a la intimidad vinculada a la figura del sigilo bancario en Ecuador, para ello se aplicó la metodología con enfoque cualitativo, el tipo de investigación fue documental, los métodos analítico y comparativo se aplicaron a través de la técnica de fichaje de doctrina, normativa y casos jurisprudenciales. Como resultados se identifica que Ecuador ha incorporado normativa que elimina la figura del sigilo bancario, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno permite al Estado acceder a información bancaria con fines tributarios sin conocimiento del contribuyente ni de una autoridad judicial que proteja el derecho a la intimidad, por lo cual, se requiere aplicar un control abstracto de constitucionalidad, así como analizar la pertinencia de políticas públicas como protocolos y unidades especializadas que velen por la protección de la información bancaria con fines tributarios.

Palabras clave: derecho a la intimidad, acceso a la información, administración tributaria, sigilo bancario.

Abstract:

The objective of this article was to analyze access to tax information in relation to the right to privacy linked to the figure of banking secrecy in Ecuador, for which the methodology with a qualitative approach was applied, the type of research was documentary, the analytical methods and comparative were applied through the technique of signing doctrine, regulations and jurisprudential cases. As results, it is identified that Ecuador has incorporated regulations that eliminate the figure of bank secrecy, the Organic Law of Internal Tax Regime allows the State to access bank information for tax purposes without the knowledge of the taxpayer or a judicial authority that protects the right to privacy. Therefore, it is necessary to apply an abstract control of constitutionality, as well as to analyze the relevance of public policies such as protocols and specialized units that ensure the protection of banking information for tax purposes.

Keywords: right to privacy, access to information, tax administration, banking secrecy.

Introducción

El Estado ecuatoriano cada año planifica su presupuesto general estatal, los rubros que ingresan provienen de diversas fuentes, entre ellas, la inversión extranjera directa, las relaciones comerciales internacionales, divisas, turismo, tributos e impuestos que los contribuyentes generan por las actividades económicas realizadas en los periodos fiscales.

En su mayoría los Estados en sus atribuciones emiten restricciones y sanciones con el fin de evitar se cometan delitos contra la administración tributaria, como la evasión tributaria, enriquecimiento ilícito, lavado de activos y financiamiento de actividades ilícitas, en este sentido, se establece normativa que fortalece la estructura del sistema tributario.

Por otra parte, la figura del sigilo bancario ha permitido que las entidades del sistema financiero protejan la información confidencial personal y familiar de sus usuarios, en virtud del derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad es un derecho humano y fundamental inherente a la esencia de los seres humanos.

Como antecedente académico, se encuentra Valencia (2015), en su investigación sobre el régimen tributario y el garantismo constitucional en el Ecuador; realiza un análisis enmarcado en el garantismo constitucional, con énfasis en el *sumak kawsay* o buen vivir de un Estado Constitucional de derechos y Justicia.

Frente al poder de la administración tributaria ecuatoriana Valencia (2015) sostiene que existe una íntima relación entre la tributación y los derechos fundamentales, sin embargo, la situación actual deviene a que se formulen nuevos valores que demanden ser regulados y estudiados, basados en los principios constitucionales del régimen tributaria, concediendo seguridad a los contribuyentes frente al poder impositivo del Estado.

Cuical y Herrera (2018) en su trabajo titulado directrices para los contribuyentes sobre sus derechos frente a las relaciones con las administraciones tributarias en el Ecuador, relaciona a los

tributos, atribuciones y obligaciones que posee la administración tributaria, delimita la potestad que tiene la administración tributaria, frente a información del contribuyente.

Los autores establecen que el Estado mediante su poder impositivo determina, recauda y sanciona, he ahí, en que nace la importancia del derecho entre la administración tributaria y el sujeto pasivo, posibilitando a que exista un equilibrio entre las dos partes. Por ende, no es cuestión solo de definir conceptos de tributos, sino también el derecho que tienen los contribuyentes frente a las imposiciones tributarias que ejerce el Estado ecuatoriano en potestad de sus atribuciones y facultades, que garantiza imparcialidad y objetividad de sus decisiones.

El Estado ecuatoriano a través del Servicio de Rentas Internas (SRI), hace algunos años debía solicitar mediante resolución judicial el acceso a la información bancaria de los contribuyentes, en la actualidad se lo realiza mediante un acto administrativo del SRI que solicita de forma directa a la institución financiera información confidencial de los usuarios.

Cabe precisar que, en Ecuador eliminó el sigilo bancario con la entrada en vigencia en el 2015 de la reforma a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LRTI), faculta a la administración tributaria que acceda a la información bancaria de los contribuyentes a través de la intermediación de instituciones del sistema financiero (bancos, cooperativas, mutualistas, etc.), sin que el contribuyente conozca del proceso de investigación tributaria, sin que exista un departamento especializado que motive dicha resolución ni de una autoridad judicial que remita un fallo sobre el mismo (Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2015).

Con lo citado, se deduce que se presenta una confrontación entre el interés individual por la información confidencial de una persona frente al estatal o público; específicamente sobre la base de principios de orden público y justicia social se estipulan a nivel normativo mecanismos de fiscalización que le permiten al ente recaudador investigar de manera oportuna casos de evasión fiscal con el fin de prevenir delitos en contra de la administración tributaria.

Por otro lado, existen derechos individuales como la protección de la información financiera que se encuentra en la esfera de la intimidad personal y familiar de los contribuyentes, y que constituye un derecho constitucional que el Estado debe resguardar.

De lo anterior la pregunta a responder es: ¿se requiere de un control abstracto de constitucionalidad conforme el Art. 106 de la LRTI en las acciones que ejecuta la administración tributaria en el acceso a la información bancaria de los contribuyentes frente al derecho constitucional a la intimidad personal y familiar?, por lo cual, el objetivo del presente trabajo es analizar la normativa que regula a la administración tributaria en el acceso a la información bancaria de los contribuyentes frente al derecho constitucional a la intimidad personal y familiar.

Metodología:

El paradigma de investigación fue el cualitativo, permitió analizar la normativa, doctrina y casos judiciales a nivel normativo en el sistema ecuatoriano sobre el derecho a la intimidad en la información financiera del contribuyente dentro la administración tributaria; el tipo de investigación es la documental descriptiva (Tantaleán, 2020).

El diseño de investigación fue bibliográfico. El método analítico a través de un análisis teórico permite comprender la necesidad de realizar un control de constitucionalidad del Art. 106 de la LRTI en relación al acceso a la información en virtud del derecho a la intimidad; junto al método comparativo derecho a través del cual se analiza el sistema tributario en el acceso a la información de los contribuyentes en el ordenamiento jurídico de España y Perú; todo ello, a través de la técnica aplicada de análisis documental (Palella y Martins, 2012).

Resultados:

Teoría general de la tributación

La teoría de la tributación es fundamentada en la relación entre la sociedad y el Estado, en cuanto al pago y recaudación de impuestos determinados en el país, dicha relación es denominada como un compromiso social de contribuir, dando lugar a la redistribución de los ingresos mediante

políticas públicas que aseguren la atención a todos los sectores sociales. Con fundamento en Adam Smith (1776) la contribución está basada en proporción de la capacidad económica del contribuyente, considerando principios como la seguridad jurídica.

Del mismo modo, tal como lo garantiza la Constitución ecuatoriana (2008), todos los contribuyentes de la administración tributaria tienen el derecho de trabajar en una actividad económica que constituya su fuente de realización personal.

El Servicio de Rentas Internas ecuatoriano se basa en la Teoría General de la Tributación, siendo su eje fundamental la política fiscal, que sostiene que la tributación está destinada a generar ingresos para el presupuesto público que financie el gasto estatal (Ministerio de Economía y Finanzas, s.f.). Todo lo mencionado anteriormente debe estar sujeto y orientada a principios e imposición, por ende, lo factible es que entre más apegada sea la política tributaria, los resultados son más favorables, para el Estado y los contribuyentes.

Tal como lo establece el Servicio de Rentas Internas (2017) existen procesos de control dentro de la administración tributaria que tienen como objetivo evitar delitos tributarios; entre ellos, desde el año 2007 se puso en vigencia la Ley para la Equidad Tributaria, se prohíben transacciones financieras realizadas en Estados considerados paraísos fiscales; para ello, se estableció la obligación de transparencia en el ámbito fiscal, financiero y societario, por lo cual, se implementó el desvelamiento del sigilo bancario con fines tributarios y el acceso a información del sistema financiero con el fin de prevenir delitos como: el enriquecimiento ilícito no justificado, la creación de empresas fantasmas.

El desvelamiento del secreto bancario o sigilo bancario consiste en aquella figura a través de la cual por orden de autoridad estatal se suprime el sigilo bancario de los clientes de instituciones bancarias, es decir, se permite el acceso a la información de las operaciones o transacciones bancarias que mantienen los clientes en instituciones bancarias.

Por su parte, el sigilo bancario resguarda en reserva la información bancaria de los usuarios del sistema financiero, es decir, se asegura el interés privado por el cual se prioriza la seguridad de la vida

patrimonial personal y familiar del cliente se mantengan bajo la confidencialidad de la institución bancaria, de forma excepcional, dicha protección se excluye cuando existan delitos, como evasión tributaria, enriquecimiento ilícito no justificado, empresas fantasmas, etc., que atentan contra la seguridad del Estado, por interés público. (Servicio de Rentas Internas, 2017).

Reyna, citado por Rivero y Camarata (2015), manifiesta que:

La presencia de la persona humana en el sistema jurídico, sus derechos y garantías, han modulado por ende, el paradigma del derecho administrativo clásico del principio de legalidad como vinculación positiva de la administración a la norma del legislador, donde ella es fundamento y límite de la potestad de actuación de la Administración. (p. 136).

En este sentido el derecho administrativo, tiene la obligación de adaptarse a los derechos fundamentales, bajo el principio de legalidad, siendo los principales en ejercer la potestad de limitar la actuación de la administración pública.

En consecuencia, Bacellar Filho, citado por Rivero y Camaratta, (2015) manifiesta que ninguna acción u omisión del poder público pueden violar derechos constitucionales, especialmente la dignidad humana. Por tanto, se establece como un mandato constitucional, al cual, las administraciones públicas no pueden omitir el derecho de protección del acceso a la información personal y familiar de un contribuyente en virtud de su derecho a la intimidad.

Derecho a la intimidad personal y familiar.

El derecho a la intimidad es un derecho humano garantizado en el derecho internacional de los derechos humanos a través de los tratados internacionales vigentes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece la garantía de inmunidad de este derecho en el artículo 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. (p. 3).

En concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) emitido por

la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, conforme el artículo 17 se estipula igual protección a toda injerencia en la vida privada y familiar de toda persona.

En el mismo contexto, en el año 1950 se había emitido el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el cual se protege de igual manera el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art. 8), de forma excepcional se prevé que la ley debe estipular que todo tipo de injerencia en la vida privada de una persona constituya una medida que asegure:

necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. (Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, 1950, Art. 8 num. 2. p. 11).

Sánchez, Silveira y Navarro (2003, p. 27) describen al derecho a la intimidad personal y familiar como el reconocimiento en el ámbito privado protegido frente a los demás, dando lugar a la inmaterialidad de la esfera privada en el núcleo familiar de un ser humano, siendo inamovible y genérico mantenido en completa reserva.

A su vez, Santos citado por Gualotuña (2014), asevera que es un: “derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (p.40).

Para el tratadista Fayos (2015) este derecho es aquel que se enfoca en la protección derivada de una esfera privada, enfocada en la parte interna de la persona, que no puede ser expuesta a terceras personas, a esto se añade que la sala sexta de revisión de la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia Nro. T-063A/1 (2017) determina que el derecho a la intimidad sirve para garantizar un enfoque privado en la vida personal y familiar, al margen de decisiones arbitrarias del Estado.

Con lo señalado por diversos autores, se define al derecho a la intimidad personal y familiar como la potestad adquirida por cada persona, para resguardar a través del Estado, información íntima

en el ámbito personal. A su vez cabe señalar que gozan de características propias del derecho fundamental, dando la calificación a este derecho como: indisponible, irrenunciable, inexpropiable e inembargable (Gualotuña, 2014).

Derecho al acceso a la información en virtud del derecho a la intimidad.

La Constitución de la República del Ecuador, refleja que es un Estado Constitucional de derechos y justicia social, de este modo el artículo 66 numeral 20 refiere a que todas las personas en su calidad de titulares de derechos poseen el derecho a la intimidad personal y familiar. El acceso a la información personalísima refiere a la esfera del derecho a la intimidad en una esfera privada de la vida familiar y personal que debe mantenerse en completa reserva (Sánchez *et. al.*, 2003).

La Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), protege al derecho a la intimidad, como derecho fundamental es inherente al ser humano, esto se asemeja lo estipulado en el artículo 66 numerales 18, 19, y 20 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que refiere al derecho al honor y el buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su protección.

El acceso a la información personalísima se protege especialmente porque se caracteriza por ser sensible o privada, datos personales crediticios, bancarios, direcciones electrónicas, domicilio, números de contacto, etc. La protección del acceso a la información personal y familiar en virtud del derecho a la intimidad personal y familiar incluye que dicha información solo podrá ser recolectada, archivada, procesada, distribuida bajo el consentimiento del titular o por mandato de la ley, es decir, que si existen acciones u omisiones en el ejercicio de la administración pública que atenten contra la seguridad jurídica de un contribuyente se estaría violentando el acceso a la información bancaria a través del desvelamiento bancario.

Conforme normativa constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 82) el fundamento del derecho a la seguridad jurídica es el respeto a la normativa pública existente en el ordenamiento jurídico vigente, tanto en los tratados internacionales ratificados, Constitución

ecuatoriana, leyes y reglamentos. En consecuencia, cuando se emiten leyes o reglamentos contrarios a la Constitución ecuatoriana y a los tratados internacionales de derechos humanos, genera incertidumbre por la falta de protección frente al poder público y se afecta a la seguridad jurídica que un Estado constitucional legítima.

Marco normativo ecuatoriano

Conforme la Constitución de la República del Ecuador de (2008), se establecen los principios por los cuales deben regirse todo el sistema tributario:

El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos. La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables. (Constitución República del Ecuador, 2008, Art. 300, p. 145).

El Código Tributario ecuatoriano (2005) en su última reforma del 2018, establece que el ente regulador y recaudador de los tributos es el Servicio de Rentas Internas o SRI (Art. 64). En relación a la normativa que regula el sistema monetario y financiero se ha creado el Código Orgánico Monetario y Financiero última reforma al 2019, dentro de este sistema se encuentran: las Superintendencias de Bancos, de Economía Popular y Solidaria y de Compañías, Valores y Seguros, el Banco Central, la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados.

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LRTI) vigente desde el 2004 y su última reforma del año 2017, regula actividades de carácter tributario como: impuesto a la renta, deducciones, exenciones, retenciones en la fuente, base imponible, impuesto al valor agregado, hecho imponible, tributación de empresas de hidrocarburos, etc.

Para la información requerida por la Administración Tributaria no habrá reserva ni sigilo que le sea oponible y será entregada directamente, sin que se requiera trámite previo o

intermediación, cualquiera que éste sea, ante autoridad alguna. Las instituciones financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros y las organizaciones del sector financiero popular y solidario, sujetas al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria que no cumplan cabal y oportunamente con la entrega de la información requerida por cualquier vía por el Servicio de Rentas Internas, serán sancionadas con una multa de 100 hasta 250 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general por cada requerimiento. La Administración Tributaria concederá al menos 10 días hábiles para la entrega de la información solicitada. El mal uso, uso indebido o no autorizado de la información entregada al Servicio de Rentas Internas por parte de sus funcionarios será sancionado de conformidad con la normativa vigente. La información bancaria sometida a sigilo o sujeta a reserva, obtenida por el Servicio de Rentas Internas bajo este procedimiento, tendrá el carácter de reservada (Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2017, Art. 106).

Dentro del artículo 106 de la LRTI se establece sobre las sanciones para los sujetos pasivos de la administración tributaria o contribuyentes, que no entreguen información requerida por el SRI se les aplicará una multa de 1 a 6 remuneraciones básicas, y para el acceso a dicha información no habrá sigilo ni reserva oponible, el SRI solicitará a las instituciones financieras la información sobre los contribuyentes de forma directa; cabe precisar que se recalca que la información obtenida mantiene el tratamiento de confidencial.

En el año 2019, se puso en vigencia la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, última reforma de mayo del 2021, tiene como objetivo proteger la información de carácter personal, resalta que cualquier operación realizada sobre datos personales debe mantener un tratamiento legítimo tal como consentimiento del titular, cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos. En el artículo 4 se establece que existe una autoridad de protección de datos personales, es pública e independiente para la protección de los derechos en la protección de datos personales.

Esta ley determina el principio de confidencialidad, basado en el sigilo o secreto bancario, sin que se acceda al uso distinto para el cual fue obtenida, facultando al titular conocer y consentir por el principio de transparencia el acceso a la información personal crediticia.

Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia: Recurso de Casación Nro. 172-2012

En el año 2012, el señor José Eduardo Egas, representante legal de ARGEAV CIA LTDA, presentó una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando la resolución administrativa Nro. 118012011RREC001146, en 2011, mediante acta determinadora Nro. 0520100100022 emitida en 2010.

El Servicio de Rentas Internas establecía que existió una diferencia de \$123.356,77 USD, en relación con la declaración del Impuesto a las Renta de la empresa ARGEAV CIA. LTDA., del año 2006, aseverando que los gastos no existieron y que no existían sustentos de los mismos.

Por su parte, el representante de la compañía Avícola Argentina ARGEAV CIA. LTDA., había justificado como prueba de los gastos deducibles de la empresa la confesión judicial de una de las facturas de compra de maíz que oscilaba aproximadamente en \$156.240. 00 USD como justificativo, y que, además mediante un estudio grafológico se probó la veracidad de la factura, pero que el SRI no tomó en consideración.

El Servicio de Rentas Internas, al ser un organismo estatal debe cumplir las garantías del debido proceso, sin embargo, en el caso no se tomó en cuenta la factura como prueba que sustentaba el gasto deducible, y fue acreditada mediante peritaje.

Además, se verificó que la administración tributaria para obtener acceso a la información tributaria realizó inspecciones contables a terceras personas que no tenían ninguna relación en cuanto al proceso investigado, sin autorización alguna, al ser obtenidas con violación de normas constitucionales, carecen de eficacia probatoria. Con esto se pone en riesgo el patrimonio de la persona investigada en relación a su derecho a la intimidad personal y familiar.

La demanda se basó en lo referente a la Ley de Casación (2007) artículo 3 causal tercera que

establece:

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto (p. 2).

Cabe señalar que, la administración tributaria tiene derecho de solicitar información e inspección de documentos que estén relacionado con el sujeto pasivo, pero no con terceros, en el caso analizado se verifica la vulneración de derechos constitucionales como la protección del acceso de información personal y familiar, además se vulneran los principios de debido proceso, acceso a la justicia, seguridad jurídica; ya que el SRI pidió autorización a la Superintendencia de Bancos para acceder a las cuentas bancarias del sujeto pasivo y de terceros, es decir, se inobserva el debido proceso en el transcurso del proceso.

Finalmente, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, decidió aceptar el recurso de casación propuesto al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación codificada, declara parcialmente la demanda de impugnación propuesta por la compañía Avícola Argentina ARGEAV CIA. LTDA., en contra del SRI.

Estudio comparativo sobre el acceso a la información bancaria para fines tributarios en relación al derecho a la intimidad de los contribuyentes en Perú y España

Perú constituye un Estado democrático e independiente, el derecho fundamental a la intimidad se encuentra regulado en su Constitución Política de 1993, en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscrito y ratificado, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), por lo cual, la protección del acceso a la información personal y familiar en virtud del derecho a la intimidad de toda persona es una obligación vinculante del Estado peruano, al igual que en el Estado ecuatoriano.

Por otra parte, tanto Perú como Ecuador son parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre las obligaciones adquiridas están adaptar normativas y políticas públicas en contra de la evasión fiscal y el lavado de activos, de forma excepcional con el fin de evitar delitos en contra de la administración de los Estados se permite el desvelamiento del secreto bancario (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014).

En el Estado peruano la protección del acceso a la información bancaria de un usuario se conoce como secreto bancario, en Ecuador, de forma análoga sigilo o reserva (LRTI, 2017, Art. 106), todas las instituciones que forman parte del sistema financiero están prohibidas de suministrar información de las operaciones o transacciones realizadas por los usuarios, la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros (2009) su objetivo es evitar delitos tributarios como la evasión fiscal a través del control de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria o SUNAT.

A través de esta ley la SUNAT en el Estado peruano con el objetivo de establecer lineamientos en el acceso a la información crediticia de los contribuyentes establece parámetros, como el monto imponible de los tributos administrativos para el acceso a la información.

Otro parámetro es acceder a la información bancaria, de forma confidencial y con consentimiento del titular, cuando el contribuyente excede de los montos establecidos legalmente; se conocerán: saldos acumulados (diferencias de ingresos y egresos), saldos promedios (saldo de dinero que se mantiene en una cuenta en un mes), y los intereses generados por una cantidad de dinero durante tiempo determinado. Esta información no se remitirá a un tercero, con excepción de solicitud realizada por un juez, fiscal o comisión investigadora (SUNAT, 2018).

A pesar de que se establece que no se requiere de intermediación de autoridad judicial, al igual que en Ecuador, en el ordenamiento jurídico peruano se prevé que el usuario por su derecho a la información debe conocer del proceso administrativo y financiero que el SUNAT ha solicitado, lo cual difiere de lo establecido en el Estado ecuatoriano.

España es un estado democrático que asegura la protección en la información financiera de las personas como titulares del secreto bancario (Pont, 1995). Al igual que Ecuador, ha suscrito y ratificado los tratados internacionales de derechos humanos que velan por la protección del derecho a la intimidad de las personas, con énfasis en que España forma parte de la Unión Europea, posee legislación comunitaria, uno de sus tratados más importantes es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), al igual que, ambos estados forman parte de la OCDE (Pont, 1995).

A nivel interno, se encuentra vigente la Ley General Tributaria desde 1995, cuya finalidad es regular las obligaciones tributarias y establecer sanciones en caso de infracciones; el organismo de control de la administración tributaria es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT, 2008).

España además cuenta con la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), constituye una unidad especializada que analiza las solicitudes de acceso a la información de contribuyentes con el fin de evitar el fraude fiscal (Agencia Tributaria, 2012).

Por su parte, en Ecuador de la revisión existe ausencia sobre políticas públicas estatales del Servicio de Rentas Internas, como protocolos en el acceso a la información del contribuyente. En cuanto al Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (2020) el artículo 258 establece que los procedimientos de determinación tributaria se realizarán por la unidad o departamento destinado para este fin.

No obstante, están ausentes los parámetros en el acceso a la información financiera de los contribuyentes, uno de ellos, el consentimiento previo e informado del titular; especialmente, ya que no se requiere de resolución judicial motivada que faculte a la administración tributaria acceder a toda la información del contribuyente en virtud de la política de lucha contra la evasión tributaria.

La administración tributaria en el acceso a la información financiera con relación al derecho a la intimidad en Ecuador.

La recaudación de impuestos es fundamental en Ecuador, ya que sirve para solventar los

diferentes gastos públicos que genera el país, para ello posee el organismo de control es el Servicio de Rentas Internas, mismo que, en años anteriores en un proceso de control tributario, tenía la obligación de solicitar bajo orden judicial el ingreso a cuentas bancarias de los contribuyentes, en la actualidad, se lo realiza de manera administrativa y de manera directa, a solicitud del SRI a las entidades financieras, sin que exista autorización del contribuyente como titular de dicha información financiera.

Por otra parte, Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, por tanto, la Carga Magna es la norma superior, a la cual todos los cuerpos normativos ecuatorianos deben estar adheridos a ella, es así que el artículo 66 numeral 20 establece el derecho a la intimidad personal y familiar.

Es por ello, que existe la clara necesidad de que exista una limitación del poder del Estado en cuanto al acceso la información bancaria, dando énfasis en la supremacía constitucional, y al debido proceso como garantía constitucional, en procedimientos tributarios, es decir, se requiere en la administración tributaria de proceso determinado y preestablecido que asegure el consentimiento previo del contribuyente y el tratamiento confidencial de la información personal sin que exista divulgación a terceros.

Cabe precisar que en relación al ejercicio del acceso directo de la información bancaria de los contribuyentes por parte de la administración tributaria se identifica un problema de relaciones intersistémicas de conflicto, esto es, cuando se origina una falta de armonía entre las normas internacionales contenidas en tratados y las normas internas contenidas en leyes orgánicas u ordinarias (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020); especialmente porque existe la noción de primacía del derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación del derecho interno.

Tal como menciona la jurisprudencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia existió una falta de investigación por parte de la administración tributaria ecuatoriana, vulnerándose el debido proceso y el derecho a la intimidad de los contribuyentes y de terceros.

Con lo anterior, existe contraposición con la Ley Orgánica de Régimen Tributario, en el artículo 106, acerca de las sanciones del sujeto pasivo, en la parte pertinente menciona que las personas que no proporcionen información requerida por el SRI, serán sancionadas con hasta \$2400,00 USD; mismos que pueden incrementar con el ingreso del contribuyente a ser investigado.

Del mismo modo, cuando el SRI requiera información de cualquier índole no existirá ni reserva ni sigilo que le sea oponible y será entrega de manera directa, por tanto, es evidente la necesidad de dictamen de control constitucional que vele por el debido proceso, principalmente porque normativamente el Servicio de Rentas Internas no posee un departamento que se especialice en el tratamiento e investigación de información confidencial.

El derecho a la intimidad personal y familiar debe ser un derecho estrictamente protegido, a través del control abstracto de constitucionalidad previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2018) se estipula que:

Art. 74. El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. (p. 25).

Por lo cual, la Corte Constitucional es competente, como el máximo órgano de control, para la interpretación constitucional del artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario, frente al acceso a información bancaria de contribuyentes de la administración tributaria en virtud de su derecho a la intimidad personal y familiar, especialmente porque la Corte tiene la obligación de velar por el cumplimiento absoluto de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, conforme el análisis de derecho comparado se determina que el debido proceso en el acceso a la información bancaria a través de la administración tributaria debe asegurar las garantías del debido proceso (Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno).

Finalmente, para asegurar el respeto a los principios de imparcialidad, consentimiento previo, confidencialidad, transparencia, debido proceso, así como, la intervención judicial que asegure a través de una resolución motivada el acceso a la información bancaria con el fin de evitar la comisión de delitos en contra de la administración tributaria del Estado, se requiere de un departamento especializado de investigación tributaria interna dentro del Servicio de Rentas Internas, cuya función sea garantizar la protección del derecho a la intimidad en relación a información sensible del contribuyente.

Conclusiones

Dentro del análisis normativo se establece que Ecuador ha implementado dentro de su ordenamiento jurídico derechos y garantías constitucionales que aseguran a los titulares de los mismos su pleno goce.

Los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, regula la protección de la información personal y confidencial de toda persona en contra de todo tipo de arbitrariedad, así lo confirman: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dentro de la normativa nacional, la Constitución ecuatoriana (2008) asegura la protección de la información en virtud del derecho a la intimidad, no obstante, cuando existen delitos en contra de la administración tributaria se aplica la figura del desvelamiento del sigilo bancario que mantienen las instituciones del sistema financiero respecto de sus clientes.

Del análisis a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del año 2012, recurso de casación 172-2012, se identifica que el Servicio de Rentas Internas, en su determinación de obligaciones tributarias no cumplió con el debido proceso administrativo, especialmente en el acceso a información financiera del contribuyente y de terceras personas.

Del estudio comparativo se identifica que tanto en Ecuador, Perú y España el acceso a la información bancaria de los contribuyentes no se lo hace por intermedio de un juez, sin embargo, se establecen parámetros como montos, e inclusive el consentimiento previo e informado del titular de la información; en España como política pública ha sido crear una unidad especializada en el análisis de información confidencial con fines tributarios, a diferencia de Ecuador que no cuenta con una unidad externa sino es el SRI quien realiza la determinación de obligaciones tributarias.

Por lo cual, se requiere aplicar un control abstracto de constitucionalidad cuya labor de interpretación la realiza la Corte Constitucional, así como, es pertinente implementar políticas públicas como protocolos y unidades especializadas que velen por la protección de la información bancaria con fines tributarios.

Referencias bibliográficas

Acción de tutela interpuesta por John William Fierro, contra Google Inc y otros., T-063A/17 (Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional 3 de Febrero de 2017).

Agencia Estatal de la Administración Tributaria. (2008). Sede Electrónica.
https://www.agenciatributaria.es/AEAT.educacion/Profesores_VT5_es_ES.html

Agencia Tributaria (2012). Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.
<http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1389351592-LA%20OFICINA%20NACIONAL%20DE%20INVESTIGACION%20DEL%20FRAUDE%20ONIF.pdf>

Código Tributario (2005). Registro Oficial Suplemento 38 de 14-jun.-2005. Última modificación: 21-ago.-2018.
<https://www.ces.gob.ec/lotaip/2018/Agosto/Anexos-literal-a2/CODIGO%20TRIBUTARIO.pdf>

Código Orgánico Monetario y Financiero (2014). Segundo Suplemento Registro Oficial N° 332-
Viernes 12 de septiembre de 2014.

<http://www.pge.gob.ec/documents/Transparencia/antilavado/REGISTROOFICIAL332.pdf>

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
Corporación de Estudios y Publicaciones.

Corte Nacional de Justicia: Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Recurso de Casación Nro.
172-2012.

https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_tributario/2014/043-2014.pdf

Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Organización de Estados Americanos.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Cuical, M. y Herrera, F. (2018). “Directrices para los contribuyentes sobre sus derechos frente a las relaciones con las administraciones tributarias en el Ecuador”. Director: Yolanda de las Mercedes Yupangui Carrillo. Universidad Central del Ecuador.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948 en su (Resolución 217 A (III)).

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020). Relaciones Intersistémicas.
<https://dpej.rae.es/lema/relaciones-intersist%C3%A9micas>

Fayos, A. (2015). Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI. Madrid: Editorial
DYKINSON SI. Obtenido de
<https://books.google.com.ec/books?id=hTQkBwAAQBAJ&pg=PA200&dq=derecho+a+la+i+ntimidad+personal+y+familiar&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjKtOWBz4HoAhXkSt8KHXX>

YASIQ6AEIPDAC#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20intimidad%20personal%20y%20familiar&f=false

Gualotuña, A. (2014). Vulneración del derecho a la intimidad por uso irregular de datos. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4102/1/T-UCE-0013-Ab-267.pdf>

Ley de Casación (2007). Registro Oficial Suplemento 299 de 24-mar.-2004. Última modificación: 28-nov.-2007. https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/ley_de_casacion.pdf

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (2019). Registro Oficial Suplemento 459 de 26 de mayo del 2021. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2021/06/Ley-Organica-de-Datos-Personales.pdf>

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2018). Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009. Última modificación: 10-ene.-2018. <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Org%C3%A1nica-de-Garant%C3%ADas-Jurisdiccionales-y-Control-Constitucional.pdf>

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (2004). Registro Oficial Suplemento 463 de 17-nov.-2004. Última modificación: 29-dic.-2020.

Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno (2020). Decreto Ejecutivo 374 Registro Oficial Suplemento 209 de 08-jun.-2010 Última modificación: 04-ago.-2020. <http://www.eeq.com.ec:8080/documents/10180/29366634/REGLAMENTO+PARA+APLICACI%C3%93N+LEY+DE+R%C3%89GIMEN+TRIBUTARIO+INTERNO/21e3e914-99ff-407c-8211-f007e1fd70d1>

Pont, F. (1995). Análisis de la ley 25-1995 de Modificación de la Ley General Tributaria. Madrid: Editorial Civitas SA. Consultado el 1 de abril de 2020

<https://books.google.com.ec/books?id=Lyh2pijeGEQC&pg=PA17&lpg=PA17&dq=Ley+25+de+1995,+de+fecha+20+de+julio,+de+modificaci%C3%B3n+parcial+de+la+Ley+General+Tributaria&source=bl&ots=arHSCfapTi&sig=ACfU3U1piIapXcyvwz9qK9mx-Tq06PjRSg&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKE>

Rivero, A. y Camaratta, M. (2015). Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015. DOI: www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5167

Sánchez, A. Silveira, H. & Navarro, M. (2003). Tecnología, intimidad y sociedad democrática. Usos del derecho y regulación de la vida. Barcelona: Icaria Editorial SA. Consultado el 27 de marzo de 2020

<https://books.google.com.ec/books?id=hlW4dQ6XL0AC&pg=PA27&dq=derecho+a+la+intimidad+personal+y+familiar&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwirm9iny4HoAhWyiOAKHRn7Cx8Q6AEIKDAA#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20intimidad%20personal%20y%20familiar&f=true>

Servicio de Rentas Internas. (2017). Controles del SRI ayudaron a detectar casos de corrupción. Obtenido de <https://www.sri.gob.ec/web/guest/detalle-noticias?idnoticia=439&marquesina=1>

Servicio de Rentas Internas (2018). Resolución No. NAC-DGERCGC18-00000412 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 347 de 25 de septiembre de 2018.

Servicio de Rentas Internas. (2019). Derechos de los sujetos pasivos. Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000062. [Consulta: 4-02-2020]. <https://www.sri.gob.ec/que-derechos-tengo-como-contribuyente>

Smith, A (1776). Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. Fondo de Cultura Económica. México.

Valencia, M. (2015). “El régimen tributario y el garantismo constitucional en el Ecuador”. Director: Marlon Tiberio Torres Rodas. Universidad de Cuenca.

**Las relaciones universitarias con alcance internacional desde las alianzas jurídicas
de conocimiento**

University relations with an international scope from legal knowledge alliances

Ana Julia Romero González¹

Universidad de Otavalo. ajromero@uotavalo.edu.ec

Alexander Ramón Lárez Lárez²

Universidad de Otavalo. alarez@uotavalo.edu.ec

Sonia Zerpa Bonillo³

Universidad de Otavalo. szarpa@uotavalo.edu.ec

Recibido: 31/08/2021

Aceptado: 3/1/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Romero, A.; Lárez, A.; Zerpa, S. (2022). Las relaciones universitarias con alcance internacional desde las alianzas jurídicas de conocimiento. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 45-68.

¹ PhD. En Ciencias Humanas. Magister Scientiarum en Derecho Laboral y Administración del Trabajo. (Universidad del Zulia. Venezuela) Docente e Investigadora a Tiempo Completo de la Carrera de Derecho. Universidad de Otavalo, Ecuador.. <https://orcid.org/0000-0003-0979-0558>.

² PhD. En Ciencias de la Educación. Magister en Gerencia de Recursos Humanos. (Universidad Rafael Bellosillo Chacín, Venezuela). Docente e Investigador a Tiempo Completo de la Carrera de Educación. Universidad de Otavalo, Ecuador.. <https://orcid.org/0000-0003-2763-5113>.

³ Magister Scientiarum en Derecho Procesal Penal, Magister Scientiarum en desarrollo agrario. (Universidad de los Andes. Venezuela), Docente e Investigadora a Tiempo Completo de la Carrera de Derecho. Universidad de Otavalo. Ecuador. <https://orcid.org/0000-0003-3287-707X>.

Resumen

Constituir relaciones universitarias con alcance internacional conlleva a identificar los elementos teóricos y formales que jurídicamente la caracterizan. Un análisis descriptivo-comparativo-explicativo y el uso de métodos inferenciales fueron utilizados para analizar y evaluar los constructos teóricos. El resultado permitió definir jurídicamente las alianzas jurídicas de conocimiento. También se estableció que para crear relaciones universitarias con dimensión internacional es requerido que las distintas organizaciones fundamentadas en la confianza declaren disposición de asociación, con la finalidad de compartir recursos y obtener beneficios comunes, que siendo resguardados con la firma de acuerdos recíprocos legales (alianza de conocimiento), conllevará a incrementar el proceso de internacionalización universitaria.

Palabras clave: alianza de conocimiento, internacionalización, relaciones universitarias, organizaciones universitarias.

Abstract

Establishing university relations with an international scope leads to identifying the theoretical and formal elements that legally characterize it. A descriptive-comparative-explanatory analysis and the use of inferential methods were used to analyze and evaluate the theoretical constructs. The result made it possible to legally define the legal alliances of knowledge. It was also established that in order to create university relationships with an international dimension, it is required that the different organizations based on trust declare a willingness to associate, in order to share resources and obtain common benefits, which being protected with the signing of legal reciprocal agreements (alliance of knowledge), will lead to an increase in the university internationalization process.

Keywords: knowledge alliance, internationalization, university relations, university organizations.

Introducción

Los cambios suscitados en el mundo, en los últimos años, se convierten en las respuestas de los individuos que conforman las organizaciones, al lograr incorporarse a nuevos retos que la sociedad, en su dinámica cotidiana, les requiere. Los avances tecnológicos y científicos; la generación de redes sociales como estrategias de comunicación e interrelación con los otros; el uso de la nanotecnología, la bioética, la genética, la física cuántica en la resolución de problemas comunes y la aplicación de nuevas tecnologías de la información y la comunicación constituyen solo algunos de los elementos que soportan esta dinámica.

Las organizaciones no han escapado a la incorporación de nuevas estrategias, instrumentos, herramientas y procesos que soporten, de acuerdo con sus intereses propios, el logro de sus objetivos intrínsecos; lo que las ha llevado a conocer e implementar nuevas formas de interrelación con socios externos para apoyarse mutuamente, con miras a lograr la construcción de comunidades de organizaciones que evidencien el carácter social de sus propósitos.

La historia de la educación superior y, en particular la de la universidad, de acuerdo con Parra (2009) da cuenta de cómo desde su surgimiento hasta nuestros días, la identidad de la educación superior ha estado marcada por las dinámicas de poder y las tensiones que ello ha producido al interior de los países.

Es así como la institucionalización de las relaciones de las universidades con el entorno socioeconómico es más fructífera cuando las universidades se han ganado un prestigio en su ámbito geográfico de influencia, ya sea por la cualificación de los

profesionales que forma o por la capacidad demostrada por los miembros de la comunidad académica para resolver las demandas planteadas por los elementos de dicho entorno en los ámbitos científico-técnicos. Es, a partir de ese momento, cuando deben plantearse la generación de una corriente de opinión entre los miembros de sus comunidades universitarias que sirva para dinamizarlas hacia actividades de investigación y desarrollo, y de transferencia de conocimiento al entorno socioeconómico.

Por ello, la dimensión internacional de la educación universitaria es cada vez más importante en la agenda de las universidades, gobiernos nacionales y organizaciones regionales e internacionales. La globalización de la economía afecta al sector de la educación superior, de igual manera, que la educación superior, a través de la investigación, enseñanza y servicios influye sobre el proceso de globalización. En función a esto, la investigación responde a la necesidad de identificar y describir los componentes que estructuran y conforman las relaciones universitarias internacionales y las alianzas jurídicas de conocimiento en el proceso de internacionalización de las organizaciones de educación superior.

Metodología

Se realiza un análisis descriptivo-comparativo-explicativo para responder al objetivo de la investigación, a partir del empleo de la inferencia abductiva como proceso de razonamiento, cuyos resultados son las explicaciones con estructura inferencial. Su procedimiento, inicia con la identificación de construcciones teóricas que incluyen nociones, principios, conceptos y otros elementos teóricos, que orientan el deber ser y luego, la relación entre analogía y transferencia, en la cual se establece un proceso comparativo entre semejanzas y diferencias de la situación objeto del estudio con la finalidad de extraer las características teóricas. Asimismo, se emplean los métodos inductivo y deductivo; el primero para la precisión de los constructos teóricos que

permiten interrelacionar las categorías de análisis y, el segundo, en la diferenciación del concepto derivado de cada constructo. Se hace un enlace del análisis y la síntesis.

La técnica de análisis de contenido se utiliza para reconocer los componentes que estructuran las relaciones universitarias y las alianzas de conocimiento y, a partir de allí, explicar a través de la revisión histórica del origen de los términos y los aportes de los autores fundacionales, permitiendo la inferencia. Se procede a identificar, recopilar y clasificar documentos relevantes de libros, artículos, separatas, monografías, estudios empíricos, entre otros y se efectuó la revisión documental de los contenidos referenciados.

Resultados

Las alianzas de conocimiento con alcance internacional. Concepción técnico-jurídica.

La jurisprudencia y doctrina del derecho de las obligaciones, a lo largo del tiempo, han analizado y sentenciado acerca de los principios generales del derecho y de aquellos elementos jurídicos requeridos para otorgar legitimidad a los contratos. Así, de acuerdo con Chuliá y Beltrán (1998) aproximadamente para los años 60, comienzan a aparecer en la historia jurídica, principalmente europea, otras formas de contratación diferentes a las tradicionalmente conocidas en el derecho, que surgen por influencia del derecho anglosajón, los avances y usos tecnológicos, el fomento del comercio exterior y, por ende, el posicionamiento vertiginoso de la empresa y las sociedades mercantiles.

El principio de libertad contractual tratado por el derecho de las obligaciones constituye el fundamento que soporta la aparición de los llamados contratos atípicos o contratos innominados, considerados por la doctrina del derecho como aquellos que carecen de una regulación específica y que aparecen, a partir de los cambios suscitados en la economía que amerita la configuración de otras formas contractuales que permitan

validar legalmente su operatividad. Es decir, no están definidos por el derecho positivo, pero sí están reconocidos por una realidad social o, en algunos casos por leyes especiales.

Dentro de la clasificación de los contratos atípicos se encuentran las alianzas jurídicas de conocimiento con alcance internacional. Para esta forma contractual no existe proposición teórica del derecho que la identifique, defina, caracterice o regule expresamente. Sin embargo, realizando una analogía a lo planteado por Chuliá y Beltrán (1998), las mismas enmarcadas en las figuras atípicas de los contratos y fundamentadas en el principio de la libertad contractual son de naturaleza consensual pues el consentimiento es el elemento que las perfecciona, manifestado por las dos o más partes intervinientes; también son sinalagmáticas o bilaterales, porque a partir de ellas nacen obligaciones y derechos para las dos partes. Se encuentran ubicadas dentro de la rama del derecho civil pues sus propias características, asociadas a la transferencia de conocimiento (know how) las excluye de la aplicación de las normas contenidas en el derecho mercantil.

Sin embargo, para otros teóricos del derecho, si por analogía se asemejan las alianzas de conocimiento a los contratos de licencia de know how, tal como lo afirma Massauger, citado por Chuliá y Beltrán (1998) “deben formar parte de los contratos mercantiles, pues el conocimiento es un bien material que puede ser usado o consumido industrialmente y a la vez puede ser explotado” (p.255). La doctrina está de acuerdo en que se trata de un contrato atípico, mixto y complejo, cuyo régimen de aplicación sobreviene de las condiciones, obligaciones y prerrogativas negociadas por las partes.

Con base en estas consideraciones, se asume la naturaleza jurídica de las alianzas jurídicas de conocimiento dentro del derecho civil y, específicamente, de acuerdo con la doctrina jurídica venezolana, se identifican los elementos requeridos para la existencia de

un contrato, de conformidad con el contenido de lo establecido por el Código Civil Venezolano, artículo 1.141, que identifica las condiciones requeridas para su existencia:

1º Consentimiento de las partes;

2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y

3º Causa lícita.

De acuerdo con los tres elementos definitorios de los contratos contenidos en el derecho civil, fundamentados en la teoría de las obligaciones, por analogía puede afirmarse que las alianzas jurídicas de conocimiento para su conformación o formalización legal deben tener, en un primer momento, la pre-existencia de estos elementos, aunados a aquellas condiciones legítimas negociadas entre los actores involucrados que, en este caso, el conocimiento tal como lo apuntan Cortinas y Parker (2004):

constituye la característica de la alianza y se transforma en un eje que facilita el aprendizaje continuo, vital para el funcionamiento sostenible de las organizaciones universitarias que les permite agregar valor tanto a sus procesos, desarrollos, innovaciones y servicios, como a sus productos (p.21).

En este sentido, la sociedad del conocimiento incorpora todos los actores sociales y promueve nuevas formas de solidaridad entre ellos pues, el proceso de aprendizaje, que conlleva a la generación y adquisición de nuevo conocimiento, es propio de cada individuo. De lo anterior se infiere que las organizaciones universitarias se convierten en generadoras de conocimiento que, incorporado entre sus miembros y estructuras organizacionales es transmitido o socializado con las comunidades de su entorno.

De esta forma, según Barringer y Harrison (2000) desde el enfoque de la teoría de aprendizaje, aunque en gran medida es una disciplina conductual, explica que las organizaciones requieren obtener habilidades y conocimiento que las haga más

competitivas; por lo que la complejidad del mundo actual conlleva a que el individuo se concentre en un continuo aprendizaje, es decir en un proceso integrador, holístico, que complete elementos que le permitan adaptarse a las diferentes situaciones que afecten su vida, para dar respuesta a un colectivo social.

En este proceso de comunicación del conocimiento, las alianzas constituyen el instrumento fundamental para soportar formal y jurídicamente los compromisos, obligaciones y beneficios obtenidos de la interacción de las organizaciones universitarias con otros pares organizacionales. Para ello, éstas realizan procesos de negociación a nivel internacional que les permiten establecer conexiones para transferir ese conocimiento, a través de diferentes estructuras jurídicas de relacionamiento.

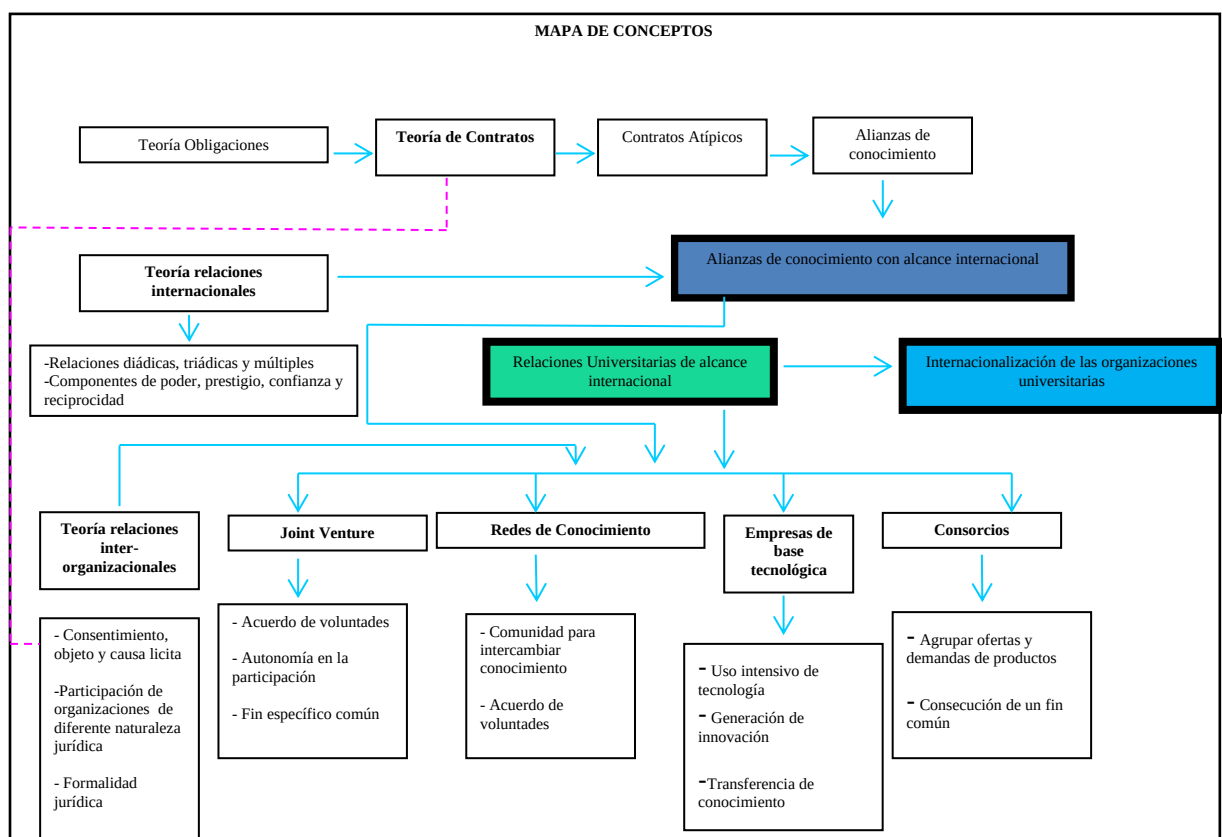
Transferir este conocimiento bajo esta concepción depende, en gran medida, de proponer e implementar políticas públicas que, con base en los recursos ya existentes propendan al desarrollo de la localidad; favorezcan la innovación y generen incentivos para los actores en el proceso. Para esto, es necesario la creación o configuración de espacios ideales para las relaciones universitarias internacionales, en las cuales se incorporen procesos de transferencia de conocimiento e innovación que permitan la puesta en funcionamiento de estructuras de relacionamiento, a través de las cuales se interconecten las organizaciones, entre ellas, las universidades y el uso de instrumentos que soporten legalmente estos procesos.

Por lo anteriormente expuesto y a partir del proceso de abordaje teórico de esta investigación se definen jurídicamente las alianzas de conocimiento, como un instrumento de negocio, donde dos o más partes, con características simétricas o asimétricas establecen, en un documento jurídico, condiciones para cumplir, entre sí, con el objetivo de generar, transmitir o modificar conocimiento. Se constituyen en el eslabón formal y final de una acción de cooperación universitaria, bien sea para el uso de licencias

o patentes, el intercambio de recursos humanos de los centros o instituciones de investigación que realizan innovación o bien para la configuración de redes de conocimiento, formalización de joint venture, conformación de empresas de base tecnológica y consorcios, principalmente.

La explicación de la definición se fundamenta en el mapa de conceptos teóricos abordados que se presenta en la Figura 1:

Figura 1.
Mapas de conceptos



Relaciones universitarias con alcance internacional

El establecimiento de una relación organizacional permanente, duradera y recíproca lo fundamentan las acciones de cooperación, asumida como una modalidad de relación a través de la cual el trabajo conjunto de las organizaciones les permite conjugar esfuerzos y obtener beneficios que pueden ser compartidos entre ellas. Estas acciones de cooperación requieren la participación de dos o más organizaciones, donde las

individualidades de cada organización se encuentran representadas en sus propios requerimientos y recursos que, en el trabajo conjunto, en el establecimiento de las relaciones inter-organizacionales, serán satisfechas y utilizadas para un beneficio común.

El estudio de las concepciones teóricas de las organizaciones permite concebirlas como un colectivo social que, a través de normas, principios, intereses y objetivos establecen procesos de relaciones inter-organizacionales, signadas por el ambiente que les rodea; se identifica aquí a la universidad como una organización de individuos que, fundamentada en valores éticos, sociales y humanistas, promueven la libertad de pensamiento y propugnan por la generación de conocimiento dirigido a lograr el bienestar de la sociedad.

Estas organizaciones de individuos, identificadas como un colectivo, para el cumplimiento eficiente y eficaz de sus funciones, requieren del establecimiento de relaciones con pares organizacionales, pues su labor asociada a lograr el bienestar de la sociedad, destaca un componente sociológico que según Provan (2005) fundamenta su participación en un sistema de relaciones complejas con el propósito de lograr respuestas a sus requerimientos organizacionales entre ellas, eficiencia, eficacia, legitimidad, poder y la negociación para la obtención de recursos escasos. El sustrato de estas relaciones entre organizaciones universitarias es la complementariedad en las soluciones, el trabajo conjunto y el compartir recursos. La intención de asociación y de interrelación entre las organizaciones se convierte en el punto de partida para la conformación de una relación.

Para las organizaciones universitarias el establecimiento de relaciones basadas en cooperación, como modalidad de relación a largo plazo, facilita el cumplimiento de su misión, afirmación que puede ser, analógicamente, fundamentada a partir del análisis realizado por diversos autores sobre la satisfacción de las necesidades prioritarias de las organizaciones. Según Isett y Provan (2003), estudios de Larson (1992), Gulati (1995),

Lazerson (1995) y Uzzi (1997), han demostrado que las empresas que desarrollan a largo plazo, relaciones de confianza con otras organizaciones, construyen éstas en el conocimiento obtenido a través de interacciones que habían sostenido anteriormente con estas mismas organizaciones. De estas afirmaciones se evidencia que la confianza es un elemento base en la configuración de relaciones entre las organizaciones, específicamente entre las organizaciones universitarias.

En este sentido, se tiene que las interacciones reiteradas con pares organizacionales, en la consecución de satisfacción de intereses propios, a través del establecimiento de relaciones estratégicas basadas en la cooperación, con el propósito de obtener mayores y mejores beneficios, están fundamentadas en la confianza, como elemento subjetivo necesario para la formalización de alianzas inter-organizacionales a largo plazo.

Puede afirmarse entonces, a partir del análisis teórico que, la confianza depende de las relaciones entre los actores sociales; es decir, es una expectativa que se construye a partir de intercambios realizados, donde la reciprocidad se asume como la correspondencia mutua de las obligaciones y beneficios derivados de la relación entre una organización universitaria y otra.

Las relaciones formales entre las organizaciones universitarias, fundamento para el establecimiento de alianzas verticales y horizontales con el objetivo de producir valor añadido en forma conjunta, supone la identificación de otro elemento: el poder, considerado por Bachmann y Witteloostuijn (2006) como aquel que es ejercido por una organización con el propósito de que se realicen acciones contra la voluntad del otro actor y que, al igual que la confianza permiten visualizar escenarios positivos y por ende fortalecer las relaciones entre los sujetos u organismos intervinientes.

Para las relaciones entre organizaciones de alcance internacional la estructura integrada de relaciones incluye la conformación de una red que incorpora la forma de

interacción de la estructura económica, de los actores, la forma cómo se realizan diversas actividades. Para el autor el sistema a través del cual se interconectan e interactúan las diferentes entidades que participan, incluye también aspectos subjetivos como la emoción, conocimiento, cultura, lenguaje y la estructura social de los participantes. La relación entre organizaciones es un proceso continuo. El tiempo es un factor relacional. La naturaleza del proceso significa que el tiempo es necesario para la formación de una relación efectiva y también lo es para la perdurabilidad de esa relación.

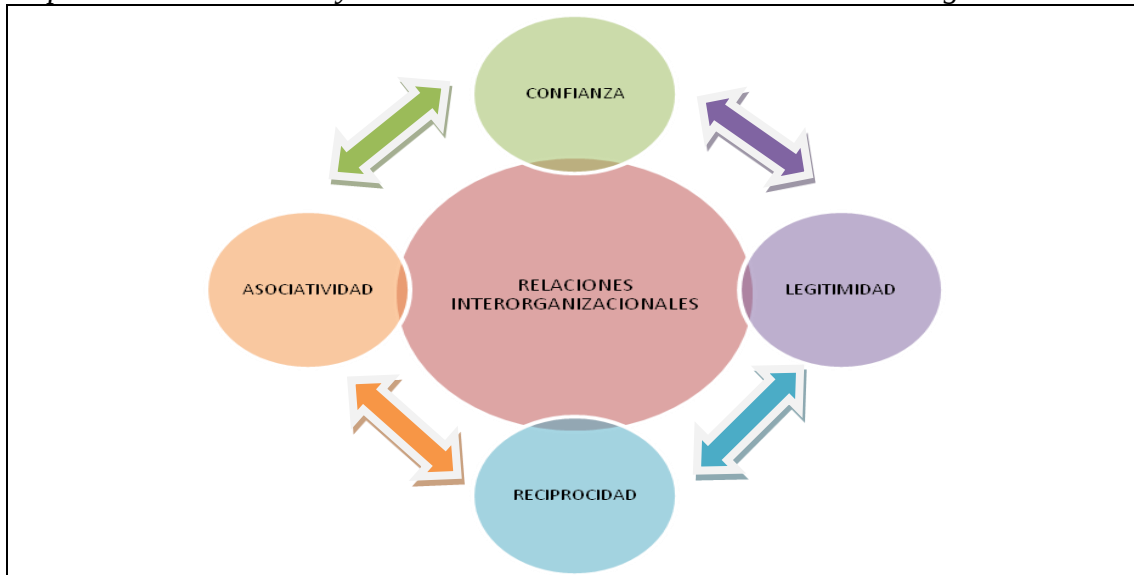
Esos aspectos subjetivos incorporados a las relaciones universitarias de alcance internacional están asociados, también, a la complejidad de la conducta de los actores que la conforman, lo que conlleva a reafirmar que el proceso es continuo, permanente, pero a la vez cambiante, modificable, evolutivo en su ejecución (Rodríguez, 2003).

Las relaciones de cooperación entonces están fundamentadas en la asociatividad, la confianza, la reciprocidad y en el poder, cuyos objetivos, intereses, obligaciones y compromisos están plasmados en un documento jurídico que les otorga esa legitimidad, la alianza de conocimiento y están influenciadas por el entorno en el cual se desarrollan.

Ahora bien, la inferencia realizada a partir de las diferentes concepciones teóricas expuestas sobre los elementos necesarios para el establecimiento de relaciones inter-organizacionales, puede ser explicada a partir de la siguiente trayectoria teórica en la Figura 2 que recoge los elementos ya descritos: **asociatividad - confianza – reciprocidad – legitimidad – relación (vinculación - asociación - cooperación)**

Figura 2.

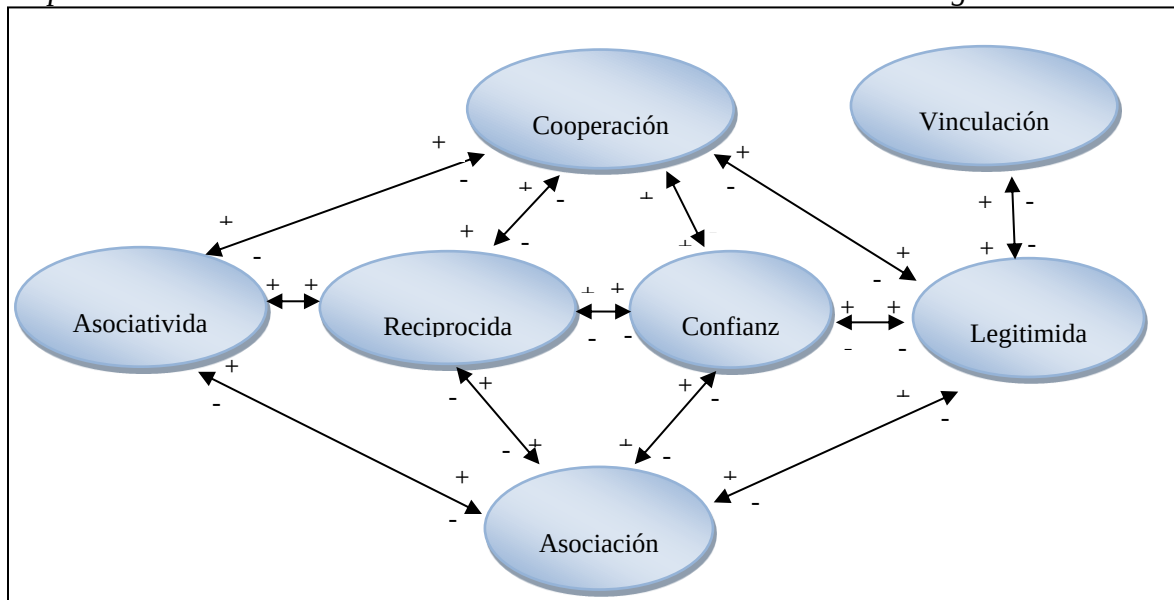
Mapa articulación del trayecto teórico. Elementos de la relación inter organizacional



Estas articulaciones teóricas pueden producirse de forma alterna y, dependiendo del nivel de relacionamiento entre las organizaciones (bajo, moderadamente bajo, moderadamente alto y alto), permitirán diferenciar el proceso de establecimiento de las relaciones inter-organizacionales que puede ser representado mediante la figura 3:

Figura 3.

Mapa niveles de relacionamiento de los elementos de la relación inter organizacional



De la *universidad* se ha hecho una representación como organización constituida por un reservorio de talentos, en la que se produce la educación de mayor nivel y una de

las fuentes principales del nuevo conocimiento de acuerdo con lo afirmado por Brett, Gibson y Smilor (1991). Esta organización compleja, dinámica, en permanente transformación se encuentra en constante movimiento hacia el establecimiento de relaciones con organizaciones, en momentos, circunstancias y condiciones que aún de gran diversidad, se complementan y articulan. En el ámbito internacional, las relaciones entre organizaciones universitarias y otras organizaciones externas, principalmente el sector económico, la empresa es la estructura organizacional par.

Según Rodríguez (2003), en el funcionamiento de la empresa, como organización, se desarrollan procesos múltiples de relación interorganizacional e interinstitucional, que se complementan para crear soluciones conducentes a cooperar en la generación de conocimientos innovadores. El contexto universidad-empresa, es el ambiente activador de condiciones de avance y progreso tanto a escala local, como global, en los planos de cercanía física y en el del espacio virtual.

Las organizaciones universitarias y el sector empresarial configuran una trama social en la que desarrollan acuerdos para la transferencia de conocimiento e innovación, a través de relaciones con características heterogéneas y en permanente cambio que en el ámbito internacional están asociadas a agendas propuestas por grandes organismos bilaterales o multilaterales; así como de naturaleza filantrópica.

Para el logro de sus objetivos, las organizaciones universitarias o de educación superior en su propia naturaleza ejecutan actividades de docencia, investigación y extensión que les permiten generar y transferir conocimientos e innovaciones; por lo que en el ejercicio de su rol de compromiso social a nivel internacional, requieren flexibilizar su sistema organizacional interno para ponerlo en sintonía con un desarrollo social sostenible, privilegiando la función de extensión, como una responsabilidad compartida

de la universidad en su conjunto, de acuerdo con lo afirmado por García (2008) y articulada con otras universidades y organizaciones.

Esta responsabilidad es compartida entre las organizaciones universitarias y las empresariales pertenecientes al sector económico, donde la creación de oportunidades comerciales (alianzas estratégicas, nuevas estructuras empresariales asociadas) y el establecimiento de redes favorecen el establecimiento de relaciones de vinculación y asociación, principalmente y en menor escala de cooperación (Espinoza, 1999). Ambas se encuentran formando parte de un espacio interrelacionado que interconecta a un sistema amplio e independiente que, a su vez, incorpora otras organizaciones homogéneas o heterogéneas generando ventajas competitivas y beneficios para los integrantes relacionales.

Por un lado, las empresas requieren los conocimientos producidos en las organizaciones universitarias y estas últimas necesitan financiamiento para soportar sus infraestructuras de docencia e investigación que cada día debe estar a la par de las innovaciones tecnológicas ocurridas en el mundo.

El fortalecimiento de las infraestructuras físicas para realizar actividades de docencia y ejecución de proyectos de investigación forma parte de los requerimientos de las negociaciones entre las organizaciones universitarias y el sector económico. Las relaciones entre ambas, por el carácter específico y temporal del objeto que persiguen, son eminentemente vinculativas, diferentes al establecimiento de alianzas duraderas o permanentes en el tiempo, características que identifican a la cooperación.

Esta trama de relaciones, entre organizaciones universitarias y empresariales, reúnen características propias derivadas de los intereses que persiguen, requerimientos, obligaciones, duración y que pueden asociarse a la actividad que realizan, la dimensión, la formación de sus capital humano y estrategias de innovación.

Asumiendo los elementos identificados como delimitadores de las relaciones entre las organizaciones universitarias y el sector económico, en el marco de estas relaciones no es posible afirmar que hay una definida transferencia de productos académicos, científicos y tecnológicos desde la organización universitaria hacia el sector productivo (Espinoza, 1999). Lo que es soportado, una vez más, por la teoría de la dependencia de recursos, según la cual las organizaciones deben interactuar con su ambiente externo, a fin de obtener mejorar sus propios recursos o bien obtener recursos de la contraparte, disminuyendo o aumentando el poder sobre la otra.

Con referencia a este, la deficiente productividad de la relación entre la universidad y la empresa estaría signada por un escaso nivel de confianza entre las organizaciones participantes, lo que afecta la posibilidad de construir relaciones fundamentadas en la cooperación como estrategia idónea de relación.

Para el sector económico, sostiene Martínez (1998), las relaciones basadas en la confianza, fomentan la construcción de alianzas estratégicas que les permitan aumentar la productividad y reducir los costos; ofrecer a sus trabajadores y sindicatos oportunidades de capacitación que les sean útiles para aumentar sus ingresos y movilidad ocupacional y, finalmente, la necesidad de facilitar la carrera del personal en las empresas que tienen un mercado de trabajo interno o poseen una cultura de empleo de por vida.

En esta trama de relaciones entre los diferentes actores y sectores que se interconectan en el funcionamiento de las organizaciones universitarias en el ámbito internacional, resaltan las relaciones establecidas entre ellas mismas.

Según Sebastián (2003), la colaboración inter-organizacional es parte constitutiva de la idea de universalidad, de la propia historia de la universidad, pues su fundamento está en el diálogo crítico y compartido, donde la cooperación entre los pares es el

identificador de las capacidades organizacionales de las universidades. Esta acción de cooperación interuniversitaria, en muchas ocasiones, está dirigida a fortalecer su misión.

En este orden de ideas, se tiene que la institucionalización de las relaciones entre las organizaciones universitarias con alcance internacional resulta más positiva en el momento que las universidades reconocen el territorio geográfico donde tienen influencia y que a su vez los posiciona en el exterior, bien sea por el nivel calificado de sus profesionales o por su participación en diferentes estructuras de relacionamiento. Es, a partir del momento en el que las universidades obtienen el respeto de la sociedad que las financia, cuando deben plantearse, entre sus miembros, acciones que conlleven a fortalecer sus actividades de investigación y desarrollo, y de transferencia de conocimiento al entorno socioeconómico, a través del establecimiento de alianzas estratégicas.

El sustrato teórico conlleva a afirmar que las relaciones entre las organizaciones universitarias con alcance internacional pueden ser caracterizadas de acuerdo con el número de sujetos involucrados: diádicas, triádicas, múltiples; así tendríamos relaciones fundamentadas en la bilateralidad o en la multilateralidad, es decir, asociadas a la direccionalidad de las acciones ejecutadas y los participantes como contraparte en la realización de las actividades. También por la vigencia de la relación, pueden ser finitas o infinitas, definidas por el lapso de la relación; está referida a la temporalidad de las acciones o a la definición explícita del tiempo de duración, o si bien el mismo es indeterminado.

En este mismo orden de ideas, otro elemento característico de las relaciones universitarias lo constituye la formalidad o la informalidad en su conformación. El tiempo de la negociación en la construcción de la relación es fundamental. Los procesos de funcionamiento de las organizaciones universitarias, caracterizados por la rapidez de los

cambios suscitados en el entorno en el que se desenvuelven y por la inmediatez de las acciones fundamentales de investigación e innovación que realizan, confluyen en el establecimiento de relaciones que, en ocasiones, pueden estar no formalizadas jurídicamente en algún documento que le dé soporte institucional y legal; lo que no impide el mantenimiento de esfuerzos compartidos entre ellas.

La formalidad en la negociación de sus relaciones está signada por el fundamento jurídico de las mismas, que viene dado por un documento que soporte las condiciones de su ejecución: los objetivos perseguidos por alguna de las partes, distingue significativamente las obligaciones asumidas por cada una, individualmente o en su conjunto (obligaciones genéricas o específicas), así como el ámbito de aplicación de sus acciones (local, regional, nacional e internacional).

Con base a lo anterior, los elementos característicos de las relaciones universitarias van desde los componentes que soportan su intención, como lo son la confianza, la reciprocidad y la asociatividad; componentes para su conformación: número de organizaciones involucradas (diádicas, triádicas, múltiples); objetivos (generales y específicos); obligaciones y beneficios; temporalidad y ámbito de aplicación hasta la validez jurídica derivada de la formalidad de la negociación, que le otorga legitimidad a la configuración de la relación internacional.

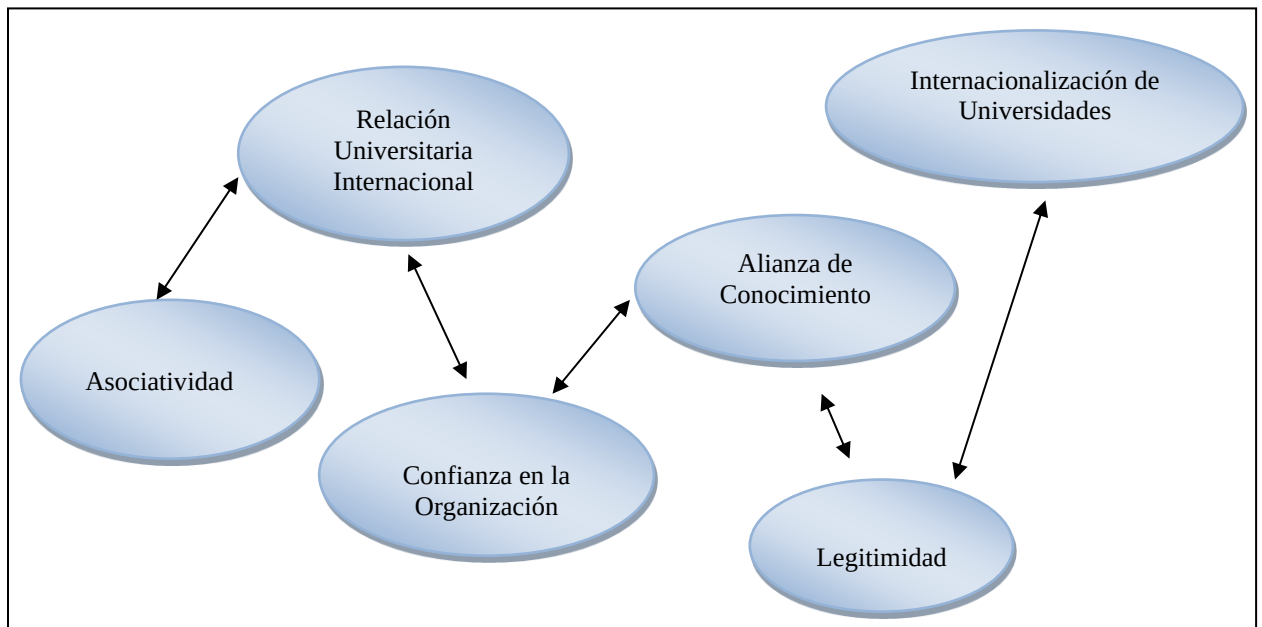
Estos componentes teóricos que soportan la conformación de una relación universitaria con alcance internacional y que, producto de la inferencia realizada, están incluidos en el trayecto teórico que fundamenta las relaciones inter-organizacionales que se describen así:

1.- Asociatividad/relación universitaria internacional – confianza/organización – alianzas de conocimiento/legitimidad – internacionalización de universidades

La intención de asociación de las organizaciones universitarias para establecer relaciones con otras organizaciones, requiere de un conocimiento previo de la contraparte, desde la dimensión organizacional e institucional, que sirva para construir un adecuado nivel de confianza entre ellas; lo que conlleva a propiciar la conformación de alianzas de conocimiento legítimas, como instrumento para la transferencia de innovación y desarrollo que fortalezcan el proceso de internacionalización de las universidades como se muestra en la Figura 4.

Figura 4.

Mapa trayectoria teórica asociatividad/relación universitaria internacional - confianza/organización - alianzas de conocimiento/legitimidad - internacionalización de universidades.



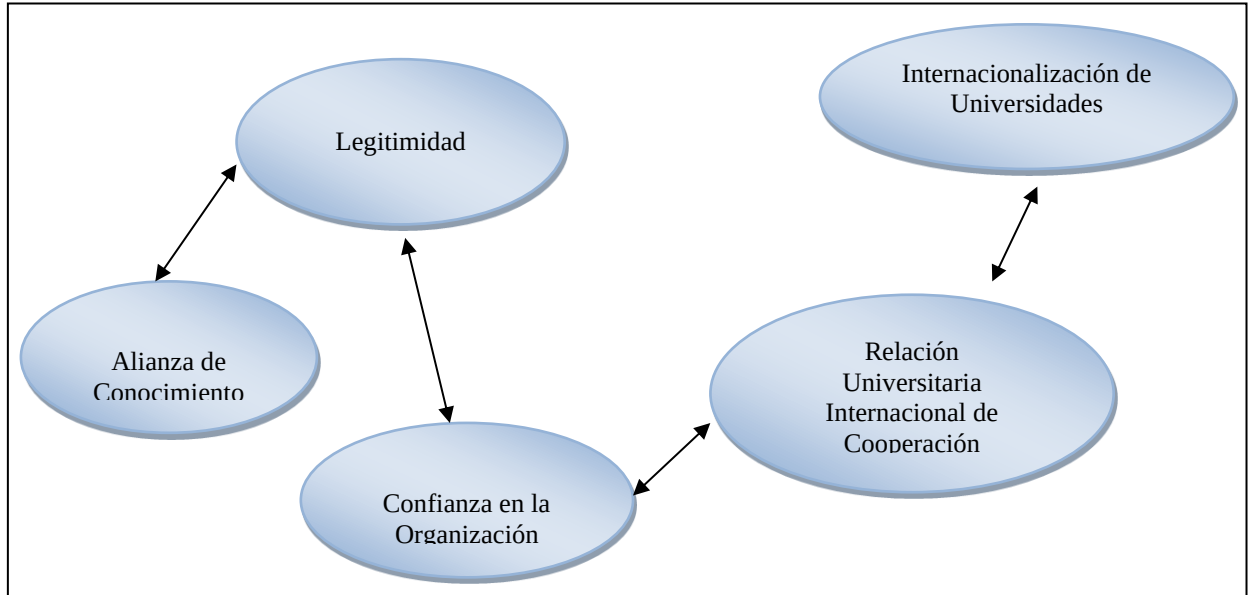
2.- Alianzas de conocimiento/legitimidad – confianza/organización – relación universitaria internacional/cooperación – internacionalización de universidades

La legitimidad de las alianzas de conocimiento deriva de la conjunción de elementos propios de la juridicidad contractual, fundamentados en leyes, normas y reglamentos. El componente legítimo de las alianzas asociado al cumplimiento efectivo de los compromisos declarados en ella permite construir y fortalecer la confianza entre

las organizaciones universitarias, lo que posibilita la conformación de relaciones de cooperación con una perspectiva internacional como se presenta en la Figura 5.

Figura 5.

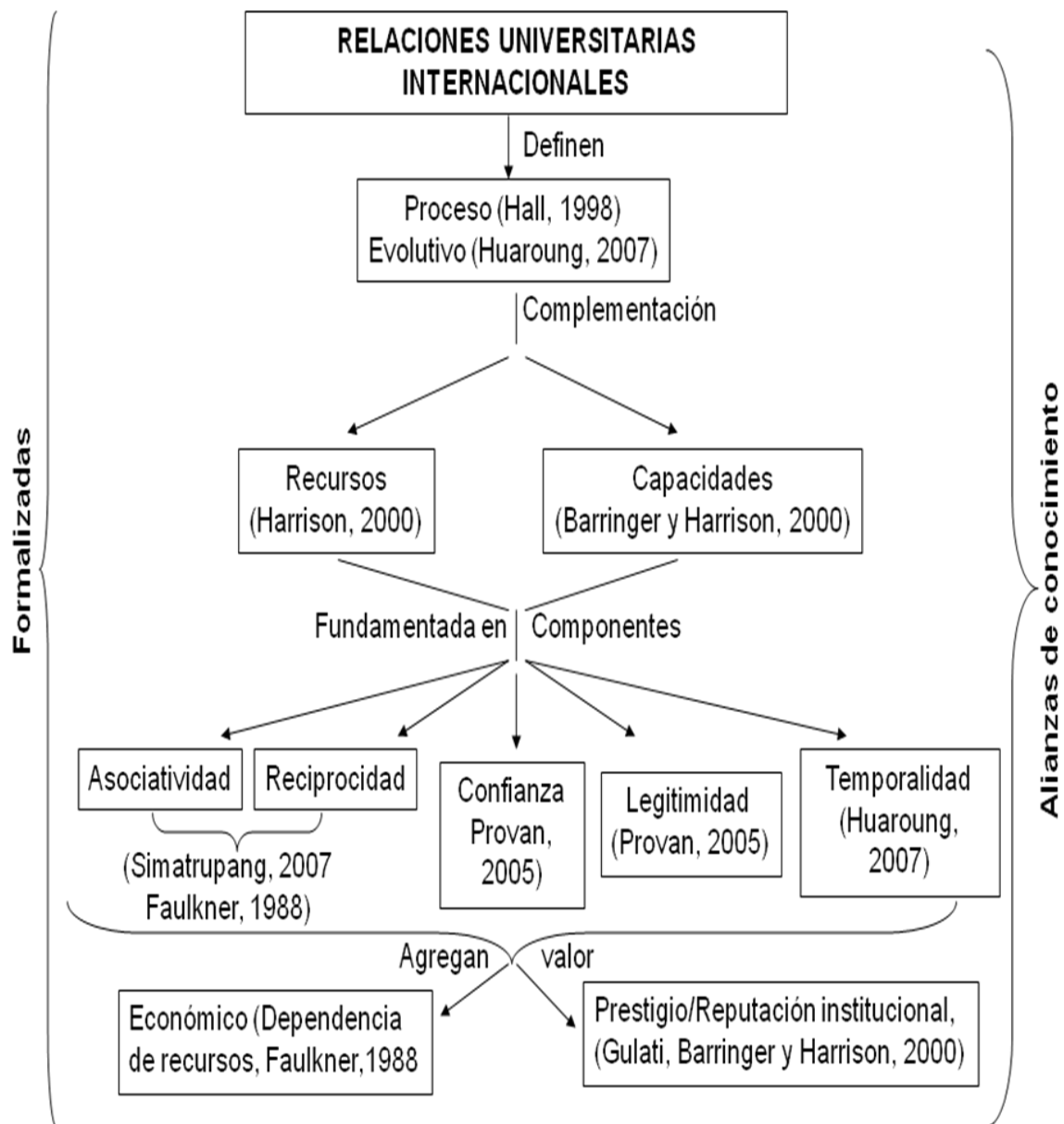
Mapa trayectoria teórica alianza de conocimiento/legitimidad - confianza/organizacional – relación universitaria internacional/cooperación – internacionalización de las universidades



Desde las consideraciones teóricas presentadas, se asume entonces que las relaciones universitarias con alcance internacional constituyen un proceso continuo de relacionamiento, caracterizado por componentes de: asociatividad, reciprocidad, confianza, legitimidad y temporalidad, que agregan valor económico-social y le otorgan un reconocimiento institucional e internacional prestigioso a la organización. Estas relaciones deben estar formalizadas a través de alianzas de conocimiento, instrumento que, desde el punto de vista jurídico formal, declara en un documento legal las obligaciones y deberes de las partes. La Figura 6 presenta el recorrido teórico que sustenta esta afirmación en la investigación.

Figura 6.

Recorrido teórico de las relaciones universitarias con alcance internacional



Conclusiones

Los supuestos derivados del análisis de las teorías de las relaciones inter-organizacionales y de las relaciones internacionales permiten concluir que para la conformación de relaciones universitarias con alcance internacional se requiere que:

1. La organización tenga la disposición de asociarse con otra, en la búsqueda de beneficios comunes y con el propósito de compartir recursos (cooperación).

2. Estas relaciones deben estar basadas en la confianza entre ellas; lo que permitirá lograr acuerdos recíprocos.
3. Los acuerdos deben contener un componente netamente legal otorgado por la suscripción de un documento público, en este caso diseñado jurídicamente como una alianza de conocimiento.
4. La firma de este documento propicie la construcción de espacios para fomentar un proceso de internacionalización de la universidad.
5. El proceso de internacionalización lleve intrínseco una transformación institucional y organizativa de la organización universitaria que incorpore la adecuación de las acciones derivadas de las funciones de docencia, investigación, extensión y gestión, a los estándares internacionales.

La construcción de este tipo de relaciones fundamentadas en la cooperación propenderá a lograr el sustrato jurídico que documente las acciones de internacionalización universitaria.

Referencias bibliográficas

- Bachmann, R., Witteloostuijn, A. (2006). Analysing Inter-Organizational Relationship in the Context of Their Business Systems. A Conceptual Framework for Comparative Research. Sociological Series 78. Beate Littig Editor. 1-22p.
Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/Analysing-Inter-Organizational-Relationships-in-the-Bachmann-Witteloostuijn/ad7f1305b09171ec8c2a3514929bb1694fbf2b7c>
- Brett, A.M., Gibson, D.G., Smilor, R.W. (1991) University Spin-Off Companies. Rowman Littlefield Publishers. Disponible en: <https://books.google.com.ec/books?id=E0m1LY6ZopYC&pg=PA148&lpg=PA14>

[8&dq=Brett,+A.M.,+Gibson,+D.G.,+Smilor,+R.W.+\(1991\)+University+Spin-Off+Companies.+Rowman+Littlefield+Publishers&source=bl&ots=lij03KTqvN&sig=ACfU3U2Z093KgIJ8IC7KtSovq21hwx4IYA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj4aX9pKHkAhWLv1kKHdWABXYQ6AEwAHoECAkQAQ#v=onepage&q=Brett%2C%20A.M.%2C%20Gibson%2C%20D.G.%2C%20Smilor%2C%20R.W.%20\(1991\)%20University%20Spin-Off%20Companies.%20Rowman%20Littlefield%20Publishers&f=false](https://www.google.com/search?q=Brett,+A.M.,+Gibson,+D.G.,+Smilor,+R.W.+(1991)+University+Spin-Off+Companies.+Rowman+Littlefield+Publishers&source=bl&ots=lij03KTqvN&sig=ACfU3U2Z093KgIJ8IC7KtSovq21hwx4IYA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj4aX9pKHkAhWLv1kKHdWABXYQ6AEwAHoECAkQAQ#v=onepage&q=Brett%2C%20A.M.%2C%20Gibson%2C%20D.G.%2C%20Smilor%2C%20R.W.%20(1991)%20University%20Spin-Off%20Companies.%20Rowman%20Littlefield%20Publishers&f=false)

Congreso de la República de Venezuela. Código Civil. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982. 181p.Venezuela.

Cortinas de N, C.; Parker R. H. (2004). Manual para crear y operar alianzas y redes de conocimiento para la gestión ambiental de residuos.

Barringer, B., Harrison J. (2000). Walking a Tightrope: Creating Value through Interorganizational Relationships. University of Central Florida. Journal of Management. Vol. 26, No. 3, 367– 403

Chuliá, E.; Beltrán, T. (1998). Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 4ta. Edición. 451p.

Espinoza, R. (1999). Naturaleza y alcance de la Relación Universidad – Sector Productivo. Editorial de la Universidad del Zulia. Maracaibo. Venezuela.

Gacel, J. (2003) Internacionalización de las Universidades Mexicanas. Políticas y Estrategias Institucionales. México. 25-48p.

García, C. (2008). Pensadores y Forjadores de la Universidad Latinoamericana. Bid&Co. Editores. CENDES/IESALC/UNESCO. 815p.

Isett, K; Provan, K. (2002). The Evolution of Interorganizational Network Relationships over Time: Does Sector Matter? Academy of Management Proceedings. 2002. C1-C6. 10.5465/APBPP.2002.7519436.

- Martínez, E. (1998). Experiencias de alianzas estratégicas estado-empresas. Boletín CINTERFOR. No. 142. 50p.
- Parra, M. (2009). Las transformaciones de la educación superior en Venezuela: en búsqueda de su identidad. Revista Educación Superior y Sociedad. <http://www.ess.iesalc.unesco.org.ve>. Fecha consulta: 10-8-11. p.111
- Rodríguez, C. (2003). La configuración de las Organizaciones Inteligentes desde una perspectiva evolucionista. Serie Cuadernos Universidad – Sector Productivo. Doctorado de Ciencias Humanas. Universidad del Zulia. 150p.
- Salinas, J. (2007). Experiencias de Cooperación Interuniversitaria mediante Tic: Consorcios, Redes y Campus Virtuales Compartidos. España. 179-205p.
- Sebastián, J. (2003). Cooperación e Internacionalización de las Universidades. 1era. Edición Biblos. Buenos Aires, Argentina. 167p.
- Van der Wende, M. (1996). Internationalising the curriculum in Dutch higher education: An international comparative perspective. The Hague: NUFFIC.

La reducción emergente de la jornada laboral: un análisis a la luz del Estado

Constitucional

**The emerging reduction in working hours: an analysis in the light of the Constitutional
State**

María Claudia Sánchez Vera¹

Universidad de Otavalo

msanchez@uotavalo.edu.ec

Recibido: 1/09/2021

Aceptado: 5/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Sánchez, M. (2022). La reducción emergente de la jornada laboral: un análisis a la luz del Estado Constitucional. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 69-86.

¹ Abogada por la Universidad del Azuay, Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Candidata a Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social (Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador), Ganadora del Primer Premio Nacional de Jóvenes Investigadores 2019, autora del libro El Derecho a la Seguridad Social y el Principio de Solidaridad en Ecuador: El trabajo no remunerado dentro del hogar, autora de varios capítulos de libros y artículos científicos, ponente nacional e internacional y docente tiempo completo de las asignaturas Derecho Laboral Individual y Colectivo dentro de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo.

Resumen

La presente investigación abarcó la reducción emergente de la jornada laboral y del salario, prevista en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. En esta tónica, éste trabajo tuvo como objetivo demostrar que la medida para sostener el empleo, vulnera el principio de progresividad y prohibición de regresividad; y, atenta contra la esencia protectora del Derecho Laboral. Ahora bien, acerca de la metodología, el enfoque fue: cualitativo, analítico – crítico, documental, descriptivo. Es más, posterior a la revisión de normativa y literatura, se logró demostrar que la reducción emergente de la jornada laboral: vulnera el principio de progresividad, el principio protectorio del Derecho Laboral, no aplica el principio de igualdad y no discriminación en la versión de la igualdad material; y, por último, sobre el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario sería factible una acción pública de inconstitucionalidad, misma que conocerá la Corte Constitucional.

Palabras clave: Jornada laboral, salario digno, COVID-19, principio de progresividad, acción de inconstitucionalidad.

Abstract

The present investigation covered the emergent reduction of the working day and salary, foreseen in the Organic Law of Humanitarian Support. In this sense, this work aimed to demonstrate that the measure to sustain employment violates the principle of progressivity and the prohibition of regressivity; and it also violates the protective essence of Labor Law. Regarding the methodology used, the focus was: qualitative, analytical - critical, documentary, descriptive. Moreover, after the review of regulations and literature, it was possible to demonstrate that the emergent reduction of the working day: violates the principle of progressivity, the protective principle of Labor Law, does not apply the principle of equality

and non-discrimination in the version of material equality; and, finally, on article 20 of the Organic Law of Humanitarian Support, a public action of unconstitutionality would be feasible, which will be heard by the Constitutional Court.

Keywords: Working hours, living wage, COVID-19, principle of progressivity, action of unconstitutionality.

Introducción

A manera de inicio es menester indicar que el presente trabajo académico parte de la identificación de una problemática, esta es la reducción de la jornada laboral, figura incorporada por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para enfrentar la crisis derivada del COVID-19, como una de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con la finalidad de coadyuvar a la sostenibilidad del empleo; efectuando una reflexión crítica, teniendo como norte los derechos y la premisa de un Estado Constitucional, a fin de que con el desarrollo de un marco teórico compuesto por doctrina especializada tanto en la materia laboral, como en el Derecho Constitucional, acompañado de normativa; y, con las respectivas conclusiones, se logre el objetivo, que es el de aportar a la sociedad desde la academia. En esta tónica, este ensayo tiene además una estructura clara. A continuación, se hará un esbozo de los tópicos que se abordarán en cada acápite.

En primer lugar, se definirá el término *trabajo*, el contrato individual de trabajo, su naturaleza jurídica; haciendo hincapié en la dependencia o subordinación jurídica, como uno de los elementos del contrato individual de trabajo. En el segundo punto, se plantearán algunas reflexiones acerca del Derecho Laboral, concepto y principios que lo guían; desarrollando a profundidad el *principio de progresividad y prohibición de regresividad*. En un tercer acápite, se estudiará la jornada laboral, aportando con un concepto, su duración y distintos tipos que

reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como sus respectivos recargos previstos por el Código del Trabajo.

Con todo este bagaje, se pasará al problema en concreto, la reducción de la jornada laboral y del salario prevista por la referida ley, para luego avanzar con el principio de igualdad y no discriminación; analizando el alcance tanto de la igualdad formal como el material, para aterrizar en dos terminologías relevantes para este tema, mismas que son: trabajo decente y trabajo precario. Para finalizar, se desarrollarán las garantías previstas tanto en la Constitución Política de la República de 1998, como en la Constitución emitida en Montecristi en octubre de 2008, concretamente en la acción de inconstitucionalidad.

Metodología

El trabajo académico presentado, tiene como finalidad evidenciar que la reducción emergente de la jornada laboral prevista por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, vulnera el principio de progresividad y prohibición de regresividad; y, además, trastoca el principio protectorio del Derecho Laboral. Ahora bien, para responder el problema que guía la misma, se utilizaron métodos y técnicas de investigación, los cuales son: enfoque cualitativo, analítico – crítico, documental, descriptivo; teniendo como base doctrina nacional, internacional y, normativa.

Desarrollo

El trabajo: Generalidades

Con respecto al término trabajo, para Cabanellas (1997, citado por Monesterolo, 2015) es “... toda actividad o esfuerzo humano susceptible de valoración económica” (p. 27). Posterior a la lectura y, teniendo presente el aspecto cronológico del pensamiento de Cabanellas, es evidente que la definición es válida. No obstante, en la actualidad la realidad del mercado de

trabajo es heterogénea; volviéndola en consecuencia anacrónica. En ésta misma línea, son indispensables dos precisiones.

En primer lugar, el autor considera como trabajo aquella conducta ejecutada por el hombre (persona natural), argumento que es correcto, en razón de que una persona jurídica es un ente que carece de capacidad ante la ley. Ahora bien, hay algo que para el momento en que se vive no es cierto y, es que trabajo es únicamente aquella prestación de servicios que lleva consigo una contraprestación (remuneración), en razón de que varias legislaciones del mundo manejan un concepto amplio del trabajo y, en concordancia reconocen al trabajo autónomo, independiente. Además, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, considera como una más de las modalidades de trabajo a las labores de auto sustento y cuidado humano que se realizan en los hogares. En segundo lugar, para que el trabajo sea catalogado como tal, no es relevante que en las actividades predomine el aspecto material (fuerza física) o el intelectual.

Ahora bien, es necesario indicar que conforme lo dispone el artículo 8 del Código del Trabajo, el contrato individual de trabajo, es aquel “... convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre” (Código del Trabajo, 2005, art. 8).

En otros términos, con esta palabra la normativa laboral se refiere a aquel documento que se materializa previo a un acuerdo de voluntades entre el oferente de trabajo (empleador) y el demandante (trabajador), por medio del cual el trabajador, llamado también empleado (aspecto intelectual) u obrero (fuerza física), se compromete con el empleador a prestar sus servicios lícitos (conforme a la ley) y, personales (el contrato de trabajo es *intuitu personae*, que significa en razón de la persona, fallece el trabajador y, el contrato se termina), a sus órdenes y a cambio de una remuneración (contraprestación económica).

A continuación, se precisará acerca de su *naturaleza jurídica*. En ésta misma línea, “... (al) surgir el contrato individual de trabajo como una nueva figura contractual, se lo pretendió encuadrar en alguna de las preexistentes, tales como: arrendamiento; compra venta; sociedad; y mandato. Sin embargo, el contrato de trabajo tiene fisonomía jurídica propia” (Monesterolo, 2015, p. 87). De lo manifestado por la autora, es preciso dar un dato adicional que permitirá comprender esta lógica, poniendo en contexto; y, es que no todo un siempre existió el Código del Trabajo, hasta antes de su vigencia, esto es 1938 en el Ecuador, las relaciones laborales estaban regidas por el Derecho Civil y, por lo tanto, por el Código Civil. No obstante, por una parte, las relaciones laborales no significaban igualdad ante la ley, por lo cual no podían ser guiadas por la premisa del Derecho Civil. Por otra parte, la fuerza de trabajo no podría ser objeto de arrendamiento o compraventa, es por estas razones que el contrato de trabajo tiene naturaleza propia.

Toda vez que se ha agotado este punto, es necesario precisar que el contrato individual de trabajo tiene sus elementos característicos. En este sentido, se dice que estos son: “... acuerdo de voluntades, prestación, por parte del trabajador, de servicios lícitos y personales, relación de dependencia ..., pago de una remuneración ...” (Monesterolo, 2015, 93). De lo expresado, es factible deducir que el acuerdo de voluntades es un elemento típico de los contratos en general, mientras que la subordinación jurídica es característica de un contrato individual de trabajo, es una manifestación clara de la relación de poder entre empleadores y trabajadores, quienes están sujetos a una determinada jornada de trabajo.

Para terminar con el desarrollo de este tema, es indispensable dar a conocer que el contrato individual de trabajo puede terminar, por: a) causas ajenas a la voluntad de las partes contratantes (muerte del trabajador), b) voluntad unilateral de las partes (visto bueno por parte del empleador o trabajador), desahucio, despido intempestivo, abandono intempestivo y, c) mutuo acuerdo (las cosas en Derecho se deshacen de la misma forma en que se hacen).

Derecho Laboral: Concepto y principios

Con respecto al Derecho Laboral, es preciso indicar que parte de la doctrina, conoce a esta esfera del Derecho como *Derecho del Trabajo*. En esta tónica, De Buen (2002, citado en Robalino, 2006) lo conceptualiza como el “... conjunto de normas que directa o indirectamente derivan de la prestación, libre, subordinada y remunerada de servicios personales y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social ...” (p. 32). En otras palabras, el autor considera parte de esta rama del Derecho, solamente a las normas regla o normas jurídicas, no a los principios. En este contexto, la definición se remonta al Estado de Derecho o Estado Legal, en el cual la única fuente era la ley. En este sentido, el Derecho Laboral o del Trabajo no tendría principios que guíen e iluminen su actuar.

Además, de lo expresado se desprende que el Derecho del Trabajo únicamente abarca a la clásica prestación libre, subordinada y remunerada del trabajador hacia el empleador, excluyendo por lo tanto a los trabajadores autónomos, independientes y labores de auto sustento y cuidado humano que se realizan en los hogares. Sin embargo, una afirmación que, si es de rescatar, es lo relativo a su finalidad, que es lograr equilibrar la balanza entre los diversos actores y, además factores, para de esta manera alcanzar la justicia social y el respeto a los derechos.

Ahora bien, previo a desarrollar brevemente los principios del Derecho Laboral, es preciso hacer un pequeño paréntesis para aclarar que al término principio, se lo conoce de varias maneras; como *mandato de optimización* y, la más conocida *norma tética*. En este contexto, una idea de que sirve de complemento, es la que señala que “... no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones” (Ávila, 2008, p. 40). En suma, el principio carece del famoso silogismo jurídico, una hipótesis y una consecuencia, característico de la

norma regla; es por ello inclusive que se considera al principio como menos fuerte que a la norma jurídica como tal.

Dicho esto, y continuando con el hilo conductor planteado para este análisis, existen ciertos principios que le son característicos al Derecho Laboral o Derecho del Trabajo. No obstante, por cuestiones de concreción, es indispensable precisar que dos son los fundamentales, estos son: el principio protectorio y, el principio de progresividad; que si bien es cierto éste último es común a todos los derechos constitucionales, es vital para el desarrollo de la temática planteada.

En concordancia para Díez Selva (2019), el principio protectorio, es:

... aquello de lo que antecede el trabajo como derecho, con el objetivo de equilibrar jurídicamente las relaciones laborales entre empleado y empleador, donde siempre ha estado presente el poder y la desigualdad, propio de la subordinación, para de esa manera conseguir que predomine la justicia en este vínculo (p.340)

En definitiva, el citado principio responde a la esencia tutelar tan única del Derecho Laboral, aquel que vela sobre todo por el trabajador, quien es considerado la parte vulnerable y débil de la relación laboral, lo protege frente a los posibles abusos de poder que pueda cometer el empleador en su contra, viendo por sus derechos.

En lo relativo al principio de progresividad, cabe recalcar que este va acompañado por lo menos en la legislación ecuatoriana de la prohibición de regresividad. En ésta misma línea, la doctrina expresa que “... los Estados han asumido una obligación de ‘avanzar’ supone, al menos, dos obligaciones implícitas: 1) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y 2) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas ...” (Sepúlveda, 2006, p. 124). En este punto, es necesaria una precisión y, es que cuando la autora trae a colación a los estados, se refiere a aquellos que han suscrito el *Pacto Internacional de*

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales tienen un deber prescrito no solo en la normativa nacional, sino también internacional, como es el caso del Estado ecuatoriano.

Ahora bien, esta obligación significa que es inconstitucional retroceder en materia de derechos, afectando los derechos adquiridos de los trabajadores, tales como: jornada máxima establecida, vacaciones, salario mínimo, estabilidad laboral, etc. Al contrario, los derechos laborales deben ser desarrollados a través de: normativa, reglamentos, contrato, acuerdos ministeriales, políticas públicas, jurisprudencia, etc.

Jornada Laboral: Concepto, duración y tipología

No es posible comenzar este punto sin traer a colación una definición del término *jornada laboral*. En este sentido, para Henao (2008, citado en Rodríguez y Contreras), la jornada de trabajo es “... el tiempo de labor que transcurre mientras el trabajador no disfrute de él, por haberse puesto a disposición del empleador ...” (p. 370). En suma, se entiende por jornada laboral, el período de tiempo durante el cual el trabajador, llamado también empleado u obrero, se pone a disposición del empleador o patrono; el mismo que inicia cuando llega a su lugar de trabajo (empresa, fábrica, oficina, universidad, etc.) y registra su asistencia mediante el reloj biométrico o su firma y, termina al momento de su salida de las instalaciones. Cabe recalcar que durante la jornada de trabajo el trabajador tiene que obligatoriamente acatar las órdenes de su empleador, lo cual demuestra que la jornada laboral es una evidencia clara de la *dependencia o subordinación jurídica* existente.

Ahora bien, una vez entendido lo que significa este elemento tan único de una relación laboral, es lógico pasar a conocer su duración en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este contexto, se dice que “...la jornada máxima de trabajo será de 8 horas diarias, de manera que no exceda de 40 horas semanales ...” (Fernández, 2013, p. 372). Al respecto, vale la pena aclarar que el jurista recoge en su texto lo dispuesto por el cuerpo legal vigente en el Ecuador y, que regula lo relativo a la materia laboral, este es el Código del Trabajo.

Para terminar con este tema, se deja sentado que existen diversas tipologías en lo que concierne a la jornada laboral, estas son: Diurna, nocturna, mixta, legal, ordinaria, extraordinaria obligatoria y no obligatoria, suplementaria, cada una con sus respectivos recargos. En el caso de la jornada nocturna (25 %), extraordinaria (100 %) y, suplementaria (50 %).

Reducción de la Jornada Laboral

A manera de inicio es indispensable tener en cuenta un antecedente muy importante y, es que debido a la llegada de la pandemia del COVID-19 (coronavirus) al territorio ecuatoriano y al mundo entero, el presidente de la República del Ecuador declaró el Estado de Excepción y, la *emergencia sanitaria* en todo el territorio nacional, con la finalidad de evitar la masiva propagación del virus, protegiendo la salud de los ciudadanos.

Conjuntamente con esta declaratoria, *se tomaron varias medidas sobre todo laborales para coadyuvar a la sostenibilidad del empleo*; fenómeno que fue seriamente afectado durante esta época de crisis económica, política y sanitaria. En este contexto, el 22 de junio de 2020 entró en vigencia una nueva ley, se trata de la *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19*, contempla varias disposiciones no sólo en materia laboral, una de ellas justamente es la figura de la *reducción emergente de la jornada laboral*.

En concordancia con lo señalado, el artículo 20 de la citada ley, dispone que:

... por eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificados, el empleador podrá reducir la jornada laboral, hasta un máximo del 50%. El sueldo o salario del trabajador corresponderá, en proporción, a las horas efectivamente trabajadas, y no será menor al 55% de la fijada previo a la reducción (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 20).

De lo dispuesto, se desprende un contenido regresivo en materia de derechos laborales que vulnera el principio de progresividad, en razón de que autoriza a los empleadores a que, durante la pandemia, que es una situación de fuerza mayor, donde la producción bajó notablemente, a reducir la jornada de ocho horas diarias hasta la mitad. No obstante, el problema radica en que como consecuencia se reduce también el salario.

Ahora bien, para finalizar lo más gravoso de esta medida es que la misma se aplica de manera indistinta a todos los trabajadores, sin importar si estos de por sí perciben un salario mínimo vital de cuatrocientos dólares, avalando que se le rebaje a la mitad, dejando de ser entonces un salario digno, acentuando aún más la extrema pobreza, la desigualdad y situación de necesidad; situación tan característica de la región de América Latina.

El principio de igualdad y no discriminación

Para empezar, se definirán dos términos vitales para la comprensión de este acápite. En primer lugar, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la *igualdad* como aquel “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones” (Real Academia Española, 2021, s.p). De lo manifestado, se desprende un avance, en virtud de que la igualdad ya no es un simple valor que inspira la buena convivencia social, sino que es elevada a la categoría de principio, cuya aplicación y respeto ya no es discrecional por parte de los gobernantes de turno, sino que debe ser estrictamente respetado para lograr una sociedad más igualitaria, más equitativa; lo cual debe ser propio de un Estado Constitucional donde lo más importante es garantizar a toda la población sin discriminación alguna el pleno y efectivo de goce de sus derechos.

En este contexto, cabe recalcar además que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha otorgado a la igualdad un doble tratamiento, esto quiere decir que le considera no solo como un principio, sino a la vez también un *derecho humano*, reconocido tanto en la Constitución de la

República del Ecuador, como en los tratados internacionales; a todos los ciudadanos sin importar sus condiciones que les hacen diferentes, tales como su: *edad, condición socio económica, sexo*, etc.; criterios que el jurista argentino Roberto Saba, les conoce como *categorías sospechosas*, ya que estas en ningún momento justifican la discriminación, ni el menoscabo de sus derechos.

En segundo lugar, se aportará con un concepto de *discriminación*. Al respecto de ésta, se indica que es una “... conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo ... relacionado con una desventaja innecesaria, y que tiene por efecto intencional o no dañar sus derechos ...” (Rodríguez, 2007, p. 67). En otras palabras, la discriminación es una conducta humana infundada por la sociedad que se manifiesta de generación en generación como un círculo vicioso, el cual se podrá cerrar cuando la cultura de las personas cambie, cuando se quiten los estereotipos y prejuicios y, vean la diversidad. Además, algo que lo dice de alguna manera el texto analizado es que la discriminación en lugar de lograr la inclusión social y promover una convivencia pacífica, todo lo contrario: separa, divide, genera exclusión, conflicto y, se aleja cada vez más de la esencia del Estado Constitucional de Derechos.

Ahora bien, es indispensable completar este acápite con la distinción evidente que existe entre las diferentes formas de igualdad, estas son: igualdad formal e igualdad material. En esta línea, la *igualdad formal* defiende que “... ante el sistema jurídico —y no exclusivamente ante la ley—, todas las personas deben ser tratadas de igual manera ...” (Ávila, 2012, p. 72). Esto significa que la igualdad en su sentido formal encaja a todos los ciudadanos dentro de un mismo grupo sin ver las diferencias, indicando que todo el ordenamiento jurídico, conformado no solo por la ley como tal, sino varias expresiones de ella; entre ellas las siguientes: leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos, acuerdos ministeriales, resoluciones, etc. debe otorgarles un tratamiento igual.

No obstante, y, para finalizar, como un lado contrario y, que amplía los horizontes, está la *igualdad material*, aquella que “... introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona ...” (Ávila, 2012, p. 72). En definitiva, la igualdad material permite aplicar medidas de acción afirmativa a favor de grupos desfavorecidos; diferenciación que no está prohibida ni atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, sino todo lo contrario ve las diferencias y, con base a ello trata de equiparar las condiciones de vida en sociedad, para así lograr que se respeten los derechos de los ciudadanos y, aquellos sean plenos y, en condiciones de igualdad; equilibrando de alguna manera la balanza, atenuando las desigualdades estructurales impuestas por la sociedad a ciertos sectores de la población.

Trabajo decente vs Trabajo precario

Los términos *trabajo decente* y *trabajo precario*, son dos caras opuestas de la moneda. En esta línea, tener un trabajo decente es la aspiración de todo ser humano que se inserta en el mercado laboral; que busca ser productivo, generar recursos para su subsistencia y la de la familia. En concordancia la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo define como:

... la oportunidad de acceder a un empleo ... que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. (Organización Internacional del Trabajo, 2021, párr. 1).

En otras palabras, el trabajo decente es aquel que respeta la dignidad del ciudadano trabajador, que sabe combinar varios aspectos, tales como: un salario acorde a las tareas que realiza, condiciones de seguridad e higiene en el lugar de trabajo para prevenir en la medida de lo posible accidentes y riesgos derivados del trabajo, el acceso a la protección social para el

trabajador y sus familias, libertad sindical para reclamar derechos laborales, paridad de género y, por último no discriminación en el trato para todos y todas.

Como se indicó con anterioridad, un concepto opuesto al trabajo decente, es la *precariedad laboral*. En esta línea, Aguiar (2008, citado en Barattini, 2009), indica que aquella era definida como:

... la inestabilidad en el puesto de trabajo, ya sea por la inexistencia de contrato, o por contratos por tiempo determinado; pero siempre la precariedad era pensada como un efecto no deseado de la incorporación de las tecnologías al proceso productivo y la implementación de nuevas formas de organización del trabajo ... (p. 1)

Para terminar, la precariedad laboral es un fenómeno que genera incertidumbre en la clase trabajadora al no generar estabilidad laboral y, saber que su empleo pende de un hilo; e inseguridad jurídica ante la ausencia de un contrato individual de trabajo, documento que recoja los acuerdos entre las partes sobre las condiciones de prestación de los servicios y, demás aspectos relacionados; sin la posibilidad además de exigir el cumplimiento de las obligaciones que naturalmente se derivan del contrato, debiendo además incluir dentro de éste concepto a un salario inferior al mínimo o digno.

Derechos y Garantías en el constitucionalismo ecuatoriano

Al respecto, se debe distinguir en primer lugar que los derechos son las facultades o beneficios que reconoce la ley a los ciudadanos, mientras que las *garantías* (jurisdiccionales, normativas y de políticas públicas), son los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para hacerlos efectivos. En este sentido, en el caso de la reducción emergente de la jornada laboral prevista en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, afecta al pleno derecho al trabajo y, vulnera uno de los principios de aplicación de los derechos

constitucionales, es claramente contraria a la Constitución, por lo cual se presume *inconstitucional*; debiéndose demostrar lo contrario.

Para finalizar y, en concordancia con lo manifestado, si estuviese vigente la Constitución Política de 1998, ante el artículo 20 de la referida Ley de Apoyo Humanitario, cabría la posibilidad de un Tribunal Constitucional “... con capacidad de suspender total o parcialmente todo acto normativo por considerárselo inconstitucional” (Ávila, 2014, p. 283). No obstante, con la Constitución del 2008, los derechos son el centro en un Estado Constitucional. En este sentido, actualmente sobre el artículo 20 de la citada ley puede haber una demanda de inconstitucionalidad, concretamente una *acción pública de inconstitucionalidad sobre actos normativos* que, como un ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, recae su conocimiento sobre el máximo órgano de administración de justicia constitucional y, guardián de la Constitución, como es la *Corte Constitucional*.

Conclusiones

Posterior a las distintas reflexiones que se han puesto sobre la mesa acerca de una temática coyuntural de suma importancia para la sociedad trabajadora; todas ellas desde un enfoque crítico de los derechos humanos, los principios que guían su aplicación y, la premisa que guía al Estado Constitucional, aquello lógicamente sin perder de vista el Derecho Laboral, con una amalgama con el Derecho Constitucional.

Dicho esto, es factible concluir que el contrato individual de trabajo, es un acuerdo que generalmente se plasma por escrito y, brinda *seguridad jurídica* a las partes. No obstante, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario faculta al empleador a pactar futuros contratos con reducción de jornada, o inclusive de incorporarlos a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la citada ley, lo cual rompe con la seguridad jurídica otorgada por el contrato individual de trabajo; convenio que tiene su naturaleza jurídica propia.

Es posible deducir también que, si bien es cierto el Derecho Laboral, es esa esfera del Derecho, llamada a proteger a la parte más débil de la relación laboral como es el trabajador, tratando a través de su normativa y principios de equilibrar esa balanza de una desigualdad tan fuerte y evidente entre el empleador y el trabajador, impregnada de una relación de poder. No obstante, la figura de la *reducción emergente de la jornada laboral* prevista por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario ha llegado a trastocar esta misión tutelar del Derecho Laboral, transgrediendo el *principio protectorio*; dando la posibilidad al dador de trabajo de incluir indiscriminadamente, es decir sin importar el monto de la remuneración, en el contrato una jornada ya no de ocho, sino de cuatro horas diarias; reduciendo también la remuneración.

En este sentido, claramente queda demostrado que el artículo 20 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, es inconstitucional por vulnerar el principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos constitucionales, además esta norma inferior está siendo contraria a la norma suprema, a la Constitución. En consecuencia, se podría demandar una acción pública de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento recae sobre la Corte Constitucional.

Además, para terminar, ésta fortalece la idea del trabajo *precario*, debido a que no aplica la igualdad en su sentido material, no ve las diferencias y, puede disminuir inclusive el salario mínimo vital de la mayor parte de la población, acentuando aún más la pobreza, la desigualdad y, alejándose del trabajo decente o digno que manda la OIT a sus países miembros. Sin embargo, a pesar de esta realidad contraria a los derechos, los trabajadores se ven obligados a aceptarla por temor a perder su única fuente de ingresos y supervivencia, ya que ven lejos la opción de conseguir otro trabajo.

Referencias

- Ávila, R. (2008). Los principios de aplicación de los derechos. En A. Ramiro (Ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (pp. 39 – 72). Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos*. Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ávila, R. (2014). Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. En A. M. Enrique (Ed.), *Historia Constitucional: Estudios Comparativos* (pp. 245 – 301). Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Barattini, M. (2009). El trabajo precario en la era de la globalización ¿Es posible la organización?. *Polis Revista Latinoamericana*, (24), 1-18.
- Díez, M. Los principios del Derecho Laboral. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69 (273), 323 – 352.
- Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167, de 16 de diciembre de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.
- Fernández, E. (2013). *Los costos laborales y del IESS*. Centro de Estudios y Publicaciones.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19. Registro Oficial Suplemento 229, de 22 de junio de 2020.
- Monesterolo, G. (2015). *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*. Biblos Lex.
- Monesterolo, G. (2020). Impacto del Covid-19 en las relaciones laborales en Ecuador. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia* 1, (8), 79 - 118.
- Montaña, J. y Pazmiño, P. (2013). Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. En B. O. Jorge y E. S. Jhoel. (Coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 23 – 48). Corte Constitucional Ecuatoriana / CEDEC.

- Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Trabajo decente*.
<http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>.
- Real Academia Española (2021). *Diccionario de la lengua española*.
<http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.
- Robalino, I. (2006). *Manual de Derecho del Trabajo*. Fundación Antonio Quevedo.
- Rodríguez, M. y Contreras, J. (2012). El trabajo y la jornada laboral. Caso de estudio: Operadores de Subestaciones Eléctricas del Estado Carabobo. *Visión Gerencial*, (2), 369 – 391.
- Rodríguez, J. (2007). ¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?. En Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y CONAPRED (Ed.), *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política* (pp. 59-95). Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / CONAPRED.
- Rodríguez, J. y Carbonell, M. (2009). Derechos Humanos. En C. Miguel. (Coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional* (pp. 481-484). Editorial Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sepúlveda, M. (2006). La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente. En C. Christian. (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp.117-150). CEDAL / CELS.

**Juridicidad e interlegalidad en la coordinación de la justicia indígena y ordinaria
en el Ecuador**

**Legality and inter-legality in the coordination of indigenous and ordinary justice in
Ecuador**

Carlos Julio Chagcha Solis¹
Universidad de Otavalo
cchagcha@uotavalo.edu.ec

Jesús Antonio Gómez Escorcha²
Universidad de Otavalo
jgomez@utavalo.edu.ec

Kevin Stalin Gualacata Inlago³
Universidad de Otavalo
e_ksgualacata@utoavalo.edu.ec

Recibido: 01/09/2021

Aceptado: 06/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Chagcha, C.; Gómez, J.; Gualacata, K. (2022). Juridicidad e interlegalidad en la coordinación de la justicia indígena y ordinaria en el Ecuador. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 87-101.

¹ Abogado por la Universidad Técnica de Ambato. Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Valencia. Maestrante en el programa de Maestría en Derecho mención Gestión Pública de la PUCESA. Mediador acreditado por el Consejo de la Judicatura. Docente a tiempo completo de la Universidad de Otavalo y abogado en libre ejercicio. <https://orcid.org/0000-0002-5204-4932>

² Licenciado en Educación Integral, Magister en Investigación Educativa. PhD en Ciencias de la Educación. Profesor Universitario por más de 15 años en materias relacionadas con la Proyectos de Investigación, Metodología de la Investigación Científica, Redacción Científica, Expresión Oral y Escrita. Autor de múltiples artículos científicos de alcance regional y de alto impacto. Tutor de tesis de pregrado y maestría. <https://orcid.org/0000-0002-9463-368X>

³ Estudiante de Derecho, Universidad de Otavalo. <https://orcid.org/0000-0001-6457-0377>

Resumen

La investigación tuvo como objetivo analizar la juridicidad e interlegalidad en la coordinación de la justicia indígena y ordinaria desde el pluralismo jurídico en el Ecuador. La metodología utilizada fue la investigación descriptiva de tipo cualitativo que permitió analizar características del comportamiento jurídico de la juridicidad e interlegalidad en la cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria desde el pluralismo jurídico. Se analizó fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales concerniente a las variables. Como resultado se obtuvo que el pluralismo jurídico en el Ecuador presenta una marcada decadencia, por lo cual, el Estado tiene la necesidad de establecer y fortalecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y ordinaria. En conclusión, el pluralismo jurídico y la juridicidad coadyuva a fortalecer la interlegalidad y establecer mecanismos normativos e institucionales eficaces de cooperación y coordinación bajo el amparo constitucional.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, justicia indígena, interlegalidad, juridicidad, Ecuador.

Abstract

The objective of the investigation was to analyze the legality and inter-legality in the coordination of indigenous and ordinary justice from the legal pluralism in Ecuador. The methodology used was qualitative descriptive research that allowed us to analyze characteristics of the legal behavior of legality and inter-legality in cooperation between indigenous and ordinary jurisdiction from legal pluralism. Bibliographic, normative and jurisprudential sources concerning the variables were analyzed. As a result, it was obtained that legal pluralism in Ecuador shows a marked decline, therefore, the State has the need to establish and strengthen coordination and cooperation mechanisms between indigenous and ordinary justice. In conclusion, legal pluralism and legality help to strengthen inter-legality and establish effective

normative and institutional mechanisms for cooperation and coordination under constitutional protection.

Keywords: Legal pluralism, indigenous justice, inter-legality, legality, Ecuador.

Introducción

Junto con el reconocimiento de los pueblos indígenas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2007) se han realizado esfuerzos para proteger y garantizar sus derechos colectivos, pues como se conoce, antiguamente se encontraban marginados, condenando de este modo, a carencias educativas, sociales, sanitarias, laborales y de acceso a la justicia; por todo ello, se lleva décadas luchando por la igualdad de los pueblos, el respeto a su cultura y la conservación de una identidad propia. Estas aspiraciones junto a muchas otras, como el Convenio 169 y la Convención 107 de la Organización Internacional del Trabajo, se han instaurado como los instrumentos génesis del reconocimiento de los pueblos originarios, el respeto a su cultura, integralidad con la sociedad y el llamado a los Estados a ratificarlos.

Se trata entonces, de declaraciones trascendentales en el plano mundial, debido a que, por primera vez en la historia, le son reconocidos a los pueblos y nacionalidades indígenas el derecho al buen vivir, a las manifestaciones, costumbres y tradiciones, a la jurisdiccionalidad, oralidad y sobre todo contribuye a aclarar e incluso reforzar el *corpus juris* internacional sobre materia de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas (Zalaquett, 2008).

En este sentido, el reconocimiento constitucional del pluralismo en el Ecuador trae consigo una serie de procesos evolutivos propios, entre los cuales, se destaca el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, que acarrea en sí, el reconocimiento de sus saberes, costumbres y tradiciones que les permitan conservar su identidad cultural. Con lo cual, el Estado admite la justicia indígena, como el medio jurisdiccional para aplicar el derecho propio de cada

pueblo y nacionalidad reconocida en el Ecuador, es decir, reconoce la coexistencia de diferentes sistemas de administración de justicia.

El pluralismo jurídico nace como resultado de la búsqueda de un derecho que responda, de manera coherente, a la realidad social; misma que debe ser considerada y respetada, de este modo:

Busca que tanto el sistema de justicia ordinaria como el indígena, sean reconocidos dentro de un mismo territorio a fin de obtener un Estado intercultural en el que el Derecho se presente como un mecanismo integrador y vinculado a la sociedad que pueda responder de manera adecuada a todos los ciudadanos; tomando siempre en consideración sus diversas culturas, prácticas y creencias (Carpio, 2015, p. 213).

Se dirá entonces, que es la vinculación entre la definición del Ecuador como Estado plurinacional y el reconocimiento de varios grupos humanos culturalmente diferentes coexistentes en el territorio nacional, sujetos a distintos ordenamientos (sistemas) jurídicos, todos subordinados a la misma organización política denominada Estado y sujetos a la misma normativa constitucional.

Actualmente, el Ecuador reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas frente al pluralismo jurídico como una nación intercultural y plurinacional, en donde participa junto con el gobierno en el desarrollo de políticas públicas con miras a proteger sus derechos, la Asamblea Constituyente manifiesta en el artículo 57 que “se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 26).

Por consiguiente, el pluralismo jurídico se interesa en la interlegalidad y apunta a comprender las múltiples relaciones entre los sistemas jurídicos en su síntesis práctica, es decir:

“la interlegalidad se interesa en el proceso social de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico” (HoeKema, 2013, p.174).

Ahora bien, ante la inminente coexistencia de sistemas de justicia distintos al ordinario en el Ecuador, existe una latente problemática que se evidencia en las diferentes autoridades, legislaciones, sanciones y procedimientos aplicados para la administración de justicia; provocando en varios casos la vulneración de principios y derechos constitucionales, como el *non bis ibídem*, que se ha visto vulnerado en el emblemático caso “La Cocha”; reflejando de este modo serias brechas de interlegalidad entre la jurisdicción indígena y ordinaria desde el contexto del pluralismo jurídico reconocido en el Ecuador; así como, el endeble tratamiento que se ha dado a los mecanismos de cooperación y coordinación entre los diferentes sistemas de justicia, limitando así, la potestad de administrar justicia (Tapia, 2016).

Así mismo, ha sido menester de la Corte Constitucional resolver la demanda de acción de protección presentada por la Comunidad kichwa Unión Venecia en el caso “Cokiuvé”, respecto de la injerencia de la justicia ordinaria en las decisiones adoptadas en el seno de la comunidad, que en su parte pertinente, por el cometimiento de determinadas afectaciones a la comunidad como la malversaciones de fondos, apropiación de bienes comunitarios, entre otros; se resolvió en asamblea, en base al derecho propio, la expulsión de uno de sus miembros. En consecuencia, el sancionado plantea un juicio de amparo posesorio de un lote de terreno ubicado en dicha comunidad, el cual es admitido y resuelto en todas las instancias judiciales ordinarias omitiendo la declinación de competencia propuesta por la comunidad kichwa “Unión Venecia” en cada una de ellas (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado de forma categórica que se ha violentado el art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), además de la inobservancia a la declinación de competencia propuesta en el art. 345 del Código Orgánico de

la Función Judicial, evidenciando de este modo limitaciones en la aplicación de mecanismos de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y ordinaria.

Para ello el estudio plantea como problema científico siguiente: ¿Cuál es el aporte de la juridicidad e interlegalidad en la coordinación en la jurisdicción indígena y ordinaria en el Ecuador? En tal sentido, el objetivo principal de la investigación es analizar la juridicidad e interlegalidad en la coordinación entre la jurisdicción indígena y ordinaria desde la realidad del Pluralismo jurídico en el Ecuador, para así, generar el conocimiento que permita analizar aquellos aspectos fundamentales que coadyuvan a la interrelación de cada uno de estos sistemas, en respeto a los ordenamientos jurídicos vigentes, derecho consuetudinario, jurisdicción, y competencia; así como también, determinar la necesidad de establecer mecanismos eficaces de coordinación y cooperación para el ejercicio de la justicia; con lo cual concuerda, que la interlegalidad: “se produce, efectivamente, cuando el conjunto de jurisdicciones interactúan, coordinan y cooperan para encontrar un solución bajo las formalidades y procedimiento de la jurisdicción ordinaria” (Pérez , 2014, p. 108).

Metodología

El procedimiento metodológico utilizado para el estudio fue la investigación descriptiva (Hernández, Fernández y Baptista, 2017) fundamentada en el enfoque cualitativo la cual facilitó el abordaje analítico-descriptivo sobre el pluralismo jurídico, sus características y relación con la juridicidad e interlegalidad en la justicia indígena y ordinaria en el Ecuador, apoyado a través de un análisis de fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales. En este sentido, este tipo de investigación conduce a la cimentación de conocimientos a través del análisis documental de relevancia científica, que permite inferir problemas, caracterizar hechos, establecer hipótesis, etc. Este tipo de metodología emplea la técnica de análisis de contenido,

la misma que permite discernir criterios doctrinarios, normativos y jurisprudenciales objeto de la presente investigación.

Resultados

Juridicidad e Interlegalidad desde el Pluralismo Jurídico

En el sentido más amplio del reconocimiento de la Constitución de la República del Ecuador de un Estado de derechos y justicia; y, de la propia evolución de los principios fundamentales de legalidad y juridicidad, que a criterio de Pantoja: “el principio de la juridicidad es una forma evolucionada de aquella escueta legalidad característica del Estado constitucional de comienzos del siglo XIX” (2016, p.156), entendiendo la legalidad como aquella estricta sujeción a la ley; se debe comprender que “el reconocimiento del Derecho Indígena implica, de manera inherente, todo el aparato institucional y jurisdiccional necesario para su aplicación y concreción” (Martínez, 2014, p.64).

De esta forma, es realmente importante precisar que: “Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas también producen juridicidad” (De la Torre, 2014, p.148) y que “esa franja donde tiene lugar los intercambios de diversa índole entre dos o más sistemas jurídicos, y en la cual resulta indeterminada, imprecisa o móvil frontera donde termina uno e inicia el otro, ha sido conocida como interlegalidad” (López, 2014, p.46).

El pluralismo jurídico, como se ha señalado: “es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad” (Fajardo, 2006, p. 1). Conflictos que tienen su origen, desde la percepción misma de justicia, arraigada a una tradición

de justicia ordinaria hegemónica, organizada y estructurada por el Estado; contrastada con los diferentes modos de resolver los conflictos en las jurisdicciones indígenas.

Sin embargo, el conflicto va más allá de la falta de convergencia entre la aplicación únicamente de normativa de la justicia ordinaria y la justicia indígena, pues se debe señalar que según el Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida (2017-2021) indica que en el territorio ecuatoriano cohabitan 14 pueblos y 18 nacionalidades, cada uno con costumbres y tradiciones propias; y por supuesto, con diferentes autoridades encargadas de impartir justicia, bajo su propia percepción normativa y su modo de aplicarla, conforme la competencia constitucional otorgada.

“Los pueblos indígenas y las nacionalidades han sostenido con frecuencia que sus leyes y prácticas consuetudinarias son en esencia regímenes *sui géneris* concebidos específicamente para la protección de sus conocimientos tradicionales” (Tobin, 2016, p. 3), el derecho indígena es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica filosófica presentes en la memoria colectiva que han sido generacionalmente transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos de hoy, reconocidos y aceptados por adhesión, como garantía de un equilibrio social.

De este modo, se concuerda que existe una diversidad interna en la aplicación de justicia indígena, que radica en las autoridades, normativas, procedimientos, sentencias y sanciones; que conllevan a entender la justicia indígena en un sentido ampliamente plural, es decir, *justicias indígenas*, tal como lo concibe la Constitución en su artículo 171, aplicando normas y procedimientos propios bajo el estricto respeto al principio de autonomía y respeto a la Constitución y los derechos humanos (Santos y Grijalva, 2012).

En particular, el pluralismo jurídico se ha convertido en un referente central para discutir el sentido en que los pueblos indígenas plantean el reconocimiento del derecho indígena,

justicia indígena y las decisiones que en su seno se adopten en conflictos internos; sin embargo, al mismo tiempo se exige la transformación del Estado, de su carácter monista hacia una condición verdaderamente plural en el que se acepta, tolera y reconoce la variedad de doctrinas, posiciones, pensamientos, tendencias o creencias dentro de una sociedad y que se reconozca además que las *justicias indígenas* representan principios constituyentes del Estado, tales como: el pluralismo y la interculturalidad (Hervas, 2021).

En este sentido, se entiende que el Estado al reconocer el pluralismo jurídico admite la coexistencia de varios sistemas de administración de justicia, siendo importante la coordinación y cooperación entre ellos, así como, la aplicación normativa que deberían subsistir de manera armoniosa con un intercambio de conocimientos que permita fortalecer cada uno de los sistemas; y sobre todo, establecer relaciones sociales y culturales que permitan entender las dimensiones que tiene la justicia indígena y ordinaria, estableciendo de este modo, soluciones jurídicas que conducen a la denominada interlegalidad en un escenario plurinacional (Santos y Grijalva, 2012).

Justicia indígena desde el Estado ecuatoriano

El pluralismo jurídico en el Ecuador: “Se constituye en uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere como ya se ha dicho, a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social” (Quiroz, 2017, p. 50), por la cual, aparece el derecho indígena, que es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario.

Por otra parte, “el Estado reconoce y promueve la interculturalidad, en la declaración de los principios fundamentales de la república se declaró que el Ecuador es un Estado multiétnico y pluricultural” (Fiallo, 2014, p. 31) lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven

diferentes sistemas de derechos, que cambian históricamente y que pueden volver con el pasar del tiempo.

El Estado ecuatoriano, por un lado, se autodefine como pluricultural y multiétnico, esto significa que, la sociedad ecuatoriana acepta la diversidad de pueblos, culturas y nacionalidades indígenas que habitan en su territorio; y, por otro, se reconoce la jurisdicción indígena como mecanismo de solución de sus conflictos internos, conforme a sus costumbres y derecho consuetudinario.

Las nacionalidades indígenas: pueden coexistir diversos pueblos o comunidades indígenas, que mantienen características culturales comunes, como la lengua y el territorio, a la vez, manifiestan ciertas diferencias entre sí, en virtud a su religiosidad, vestimenta y dialecto (Chisaguano, 2006).

Dentro del marco constitucional y normativo, a más de reconocer la justicia indígena, se han establecido límites para su aplicación, siendo estos límites personales, territoriales, límites formales internos y límites formales externos. En este sentido, será aplicable la justicia indígena para los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, reconocida como tal, que se desarrolle dentro de su ámbito territorial bajo sus costumbres y tradiciones ancestrales, derecho, normas y procedimientos propios, en respeto de los Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales (Carrillo y García, 2016).

Sin embargo, estos límites no han podido ser definidos de forma clara, generando ambivalencia respecto de la aplicación normativa, esto reflejado en casos emblemáticos como por ejemplo el “Caso la Cocha”, donde se violaron una serie de principios fundamentales del derecho, como la *non bis in ídem*, es decir, hubo un conflicto por juzgar en dos ocasiones por la misma causa, hecho suscitado en la comunidad de la Cocha, en la parroquia de Zumbahua (Cotopaxi), el 9 de mayo del 2010, presuntamente cinco jóvenes indígenas de la comunidad

asesinaron a una persona, por el delito cometido la justicia indígena sancionó, entre otras, con la expulsión de la comunidad a los implicados por cinco años y después fueron procesados por la justicia penal ordinaria, desencadenando así un problema jurídico, en cuanto a legitimación.

La Corte Constitucional determinó que no hubo doble juzgamiento y por consiguiente en su pronunciamiento señaló que la justicia indígena solo se aplicará a casos internos, mientras que los delitos contra la vida, incluso aquellos que se cometan en comunidades, serán tramitados por la justicia penal ordinaria y aquellos preceptos son de aplicación obligatoria para autoridades indígenas, administrativas y jurisdiccionales (Corte Constitucional del Ecuador, 2014).

De este modo, se puede colegir que existe un deficiente criterio en la delimitación de competencia, en razón de personas, territorio y materia para la aplicación de la justicia indígena por sus autoridades, así como, para la excusa de los juzgadores de la justicia ordinaria para conocer y resolver aquellos conflictos que han sido resueltos en base a su derecho propio.

Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y ordinaria

Pese a no existir una ley especial que garantice la pluralidad jurídica y que regule los mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y ordinaria, como lo señala el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se ha determinado, a más de la Constitución, en las leyes orgánicas ciertos lineamientos o mecanismos por los cuales se puede ejercitar la cooperación y coordinación entre los diferentes sistemas de justicia.

De este modo, la Constitución establece que las decisiones que se tomaren en la justicia indígena podrán ser sometidas únicamente al control constitucional, control que se constituye como el principal mecanismo normativo de cooperación y coordinación, instaurando en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción extraordinaria de

protección, a través de la cual se realiza un análisis de constitucionalidad y legalidad de dichas decisiones; en estricto apego, a los principios de justicia intercultural determinados en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Además, se ha encargado según el artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, la promoción de la justicia intercultural al Consejo de la Judicatura con el fin de establecer mecanismos institucionales de cooperación y coordinación, destinando los recursos necesarios para el desarrollo eficaz de una verdadera pluralidad jurídica en el país.

Sin embargo, en concordancia con lo señalado por Vintimilla (2013), se requiere un mayor desarrollo de políticas públicas estatales y un marco regulatorio adecuado acorde al carácter plurinacional e intercultural del Estado, que soporte la coexistencia de los diferentes sistemas de justicia, que sea el nexo entre la resquebrajada relación del sistema de justicia ordinaria e indígena; y sobre todo, que se establezca una verdadera interlegalidad entre los diversos sistemas de justicia operantes en el país.

Conclusiones

En el orden constitucional al amparo de los Instrumentos internacionales, el pluralismo jurídico en el Ecuador se encuentra normativamente garantizado. Sin embargo, tanto con el reconocimiento del Estado intercultural y plurinacional, así como, con la presencia de 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, cada uno con su derecho propio, genera un enmarcado conflicto competencial y jurisdiccional con la justicia ordinaria; pues no se está refiriendo únicamente a un derecho, autoridad o procedimiento de aplicación de justicia indígena; sino a varios sistemas de administración de justicia en jurisdicción indígena, sin que estos se encuentren normados y existan delimitaciones propias a la aplicación de sus costumbres.

De este modo, la interlegalidad entendida como aquella relación armoniosa entre diferentes sistemas jurídicos diversos, requiere de mecanismos de cooperación y coordinación eficaces, que permitan en gran medida el fortalecimiento de la justicia indígena con el apoyo de la justicia ordinaria; y de la misma forma, que la justicia ordinaria se nutra de los saberes de la justicia indígena en un Estado plurinacional. En este sentido, se ha reconocido a la Corte Constitucional como el principal órgano de cooperación de la justicia ordinaria para con la justicia indígena, a través, de los criterios emitidos en los procesos sometidos a esta sede de justicia, sin embargo, es imprescindible el fortalecimiento de la interculturalidad y el conocimiento de las diferentes dimensiones culturales y jurídicas admitidas por la justicia indígena.

En consecuencia, el Ecuador a más de reconocerse como un Estado intercultural y plurinacional, reconoce la juridicidad como un principio fundamental del Estado de derechos y justicia y la coexistencia de distintos sistemas de justicia, que, en cierta medida, garantiza y aporta al respeto a cada uno de ellos. Empero, no es suficiente con el reconocimiento constitucional y garantista, sino se han establecido lineamientos específicos respecto de la aplicación de la justicia indígena, entendiendo la diversidad cultural y las distintas formas de concebir y solucionar los conflictos; así como, los insuficientes mecanismos normativos e institucionales de cooperación y coordinación con la justicia ordinaria; que permita de este modo reducir los conflictos de jurisdicción y competencia; y generen así, una verdadera juridicidad e interlegalidad entre la jurisdicción indígena y ordinaria.

En tal sentido, corresponde instar el desarrollo y promulgación de política pública y normativa especializada, bajo el fundamento del artículo 171 de la Constitución, que se encargue de fortalecer el respeto a la juridicidad e interlegalidad entre la justicia indígena y ordinaria, a través, de la tipificación de mecanismos específicos de coordinación y cooperación, bajo los principios de la interculturalidad, autonomía, igualdad y el respeto a la norma

Constitución y los Derechos Humanos. Así mismo, corresponde al Consejo de la Judicatura asumir el rol de promotor de la justicia intercultural que se le ha encomendado, fortalecer el sistema de justicia ordinario a través del conocimiento del pluralismo jurídico de los administradores de justicia y crear un ambiente adecuado en el que la interlegalidad de los diversos sistemas de justicias conlleven a un verdadero *sumak kawsay* jurídico en el Ecuador.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Carrillo García, Y., & Cruz Carrillo, J. (2016). Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. *Ratio Juris UNAULA*, 11(23), 155-188.
<https://doi.org/10.24142/raju.v11n23a6>
- Carpio Frixione, M. B. (2015). Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal? *USFQ Law Review*, 2(1), 207-230.
<https://doi.org/10.18272/lr.v2i1.882>
- Chisaguano, S. (2006). *La población indígena del Ecuador*. Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador (2014, 30 de julio). Sentencia 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha) <https://bit.ly/3yvNf4w>
- Corte Constitucional del Ecuador (2020, 22 de julio). Sentencia 134-13-EP/20 (Caso Cokiuve) <https://bit.ly/38x30h5>
- De la Torre, Jesús. (2014). El aporte del EAPI al proceso de reivindicación indígena y al pluralismo jurídico en México. *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, (4), 148.
- Fajardo, R. Y. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 537-567.
- Fiallo Monedero, L. (2014). *¿Monedas de oro para los chanchos? Pluralismo jurídico en Ecuador: El caso de la nacionalidad Tsáchila* (Master's thesis, Quito: FLACSO Sede Ecuador).
- Hernández-Sampieri, R., Fernández-Collado, C., & Baptista-Lucio, P. (2017). *Alcance de la Investigación*. México.

- Hoekema, A. J. (2013). Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal. *Foro Jurídico*, (12), 174-179. Recuperado a partir de <https://bit.ly/3DNhqrZ>
- López López, L. (2014). El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho. *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, (4), 31.
- Martínez, A. (2014). Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los Sistemas Normativos Indígenas. Pluralismo Jurídico. *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, (4), 58.
- Organización de las Naciones Unidas (2007, 2 de octubre). Resolución A/61/ 295, adoptada en la 107ª sesión plenaria (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) <https://bit.ly/3kKAZrZ>
- Pantoja Bauzá, R. (2016). El principio de juridicidad. *Revista de Derecho Público*, (62), Págs. 156-168. doi:10.5354/0719-5249.2016.43212
- Pérez Larios, J. M. (2014). Pluralismo jurídico e interlegalidad: una aproximación a la antropología jurídica (Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de la Ciudad de México: Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales: Licenciatura en Ciencias Sociales).
- Plan Nacional de Desarrollo. (2017). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. Quito, Ecuador.
- Quiroz Castro, C. E. (2017). Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador. *INNOVA Research Journal*, 2(12), 49-58. <https://doi.org/10.33890/innova.v2.n12.2017.526>
- Santos, B. D. S., y Grijalva Jiménez, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (1ª ed.). Abya Yala.
- Subía, C. A. (2021). Memorias III Congreso justicia constitucional y pluralismo jurídico. *Pluralismo jurídico en el Ecuador, Problemáticas del siglo XX*.
- Tapia León, M. A. (2016). *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena* (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Tobin, B., y De La Cruz, R. (2016). El Derecho Consuetudinario y los Conocimientos Tradicionales (Archivo PDF). <https://bit.ly/3gVLPu7>
- Vintimilla, J. (2013). ¿retórica o realidad? Aproximación a la Línea Base preparada por el Consejo de la Judicatura del Ecuador. *Justicias Interculturales en los países Andinos*, 205.
- Zalaquett Daher, J. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. *Anuario de Derechos Humanos*, (4). doi:10.5354/0718-2279.2011.13508

**Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en
Ecuador**

**Analysis of single parent ownership and the constitutional right to a family in
Ecuador**

Abg. Ana Camila Paz Flores¹
Universidad de Otavalo, e_acpaz@uotavalo.edu.ec

Mgs. Ximena Elizabeth Maldonado Erazo²
Universidad de Otavalo, xmaldonado@uotavalo.edu.ec

Mgs. Santiago Danilo Guevara Ruiz³
Universidad de Otavalo, sdguevara@uotavalo.edu.ec

Recibido: 30/08/2021

Aceptado: 6/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Paz, A.; Maldonado, X.; Guevara, S. (2022). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en Ecuador. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 101-120.

¹ Abogada graduada de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Diplomada en Derecho Constitucional. Abogada en el libre ejercicio profesional. Asesora académica Centro de Asesoramiento y Apoyo profesional (CAAP). Certificada en marketing digital. Certificada en redacción y contestación de la demanda por la UTE.

² Abogada. Diplomada en Derecho Constitucional. Magister en Derecho Constitucional. Candidata a PHD en Derecho. Docente investigadora por la Universidad de Otavalo por más de 6 años en materias relacionadas con el Derecho Constitucional. Autora de varios artículos científicos, regionales y capítulos de libro. Subdirectora de la carrera de Derecho.

³ Abogado. Diplomado en Derecho Constitucional Magister en Derecho Civil y Procesal Civil Docente investigadora por la Universidad de Otavalo por más de 5 años en materias relacionadas con el Derecho Civil. Autor de varios artículos científicos, regionales y capítulos de libro. Coordinador Académico de carrera de Derecho.

Resumen

La tenencia monoparental como una institución jurídica del derecho de familia de los niños y adolescentes que se ha devenido del divorcio. Este análisis se sustentó en dos objetivos, el alcance que tiene en el derecho a la familia de niños y adolescentes y la incidencia de la tenencia monoparental y compartida frente al derecho de familia y al principio del interés superior del niño, lo que permitió identificar que la familia se ha constituido como el núcleo de la sociedad, reconocida y protegida por el Estado. Se efectuó una revisión de la normativa nacional e internacional y doctrinaria, desde una metodología cualitativa, documental y descriptiva, que permitió analizar los documentos, con abordaje conceptual. Por lo cual, se concluye que la tenencia monoparental no ha garantizado el goce de los derechos de familia que esta establecido en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Palabras clave: Tenencia monoparental y compartida, derecho de familia, interés superior del niño.

Abstract

Single parenting as a legal institution of family law for children and adolescents that has resulted from divorce. This analysis was based on two objectives, the scope of the right to the family of children and adolescents and the incidence of single-parent and shared tenure against family law and the principle of the best interests of the child, which allowed identifying that the family has become the nucleus of society, recognized and protected by the State. A review of the national and international regulations and doctrine was carried out, from a qualitative, documentary and descriptive methodology, which allowed the documents to be analyzed, with a conceptual approach. Therefore, it is

concluded that single-parent tenure has not guaranteed the enjoyment of family rights that is established in our Constitution and in the international instruments ratified by Ecuador.

Keywords: One-parent and shared tenure, family law, best interests of the child.

Introducción

El derecho de familia dentro de nuestra legislación ecuatoriana a través del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), considera la tenencia monoparental como una consecuencia del divorcio, por lo cual, se analizan las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, instituciones públicas, organismos no gubernamentales, asociaciones y fundaciones para medir las consecuencias psicológicas que pueden traer consigo a los niños y adolescentes, del efecto del divorcio y la ruptura de la familia. Para ello, en este análisis se revisará la normativa nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos desde el contexto constitucional.

En tal sentido, es importante identificar la actuación de los Estados frente al derecho de familia, el interés superior del niño, la tenencia monoparental y compartida, así también como las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art.5).

Es así que, el Estado ecuatoriano ha ratificado varios instrumentos internacionales, y siendo uno de ellos la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en el cual, se compromete a velar por el cumplimiento de todos los derechos y

garantizar su debida aplicación para que los niños y adolescentes cuenten con un desarrollo apto, tanto físico como psicológico dentro del núcleo familiar.

Conforme lo que determina la Carta Magna sobre la responsabilidad de los padres ha establecido que: “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará por el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.69), que fija a la familia como una institución fundamental, por tal virtud la Constitución de la República del Ecuador exige tanto al padre como a la madre la protección, alimentación y estabilidad a sus hijos, sin importar la relación afectiva que mantenga el padre o la madre.

Por lo cual, los niños y adolescentes tiene el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, en el cual señala que los niños y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores. En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquel, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos (Código de la Niñez y Adolescencia, art.21).

Los niños y adolescentes tienen el derecho a saber quiénes son y conocer a sus padres para compartir y mantener contacto afectivo aun cuando los mismos no se encuentren unidos por un vínculo matrimonial, unión de hecho, o estén atravesando una situación económica desfavorable, no será impedimento ni razón para que los niños y

niñas no tengan los afectivos con sus progenitores, dada la situación de no conocer el paradero de los padres, el Estado será quién debe tomar acciones para ubicar a los mismos.

Es relevante señalar lo que establece la Convención de los Derechos del Niño:

Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Art. 9).

Los países que integran la Convención sobre los Derechos del Niño, no permitan que el niño sea desplazado de sus progenitores, sin ningún motivo coherente como puede ser el caso de sufrir cierto tipo de maltratos que ocasionen daño al niño, vulnerando de esta manera sus derechos y atentando contra su seguridad y dignidad, ocasionando que los mismos se encuentren en inspección por personal competente judicial. En este contexto la Convención de los Derechos del Niño (1989), al igual que la Constitución de la República del Ecuador (2008), están enfocados en el bienestar de los niños y adolescentes para el goce de los derechos que poseen; al respecto de sus progenitores son quienes deben garantizar su afectividad y proteger a la familia de acuerdo a la situación en las que estén atravesando los niños y de los progenitores. Por ello, la convención es muy clara al manifestar que:

Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus

padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Art.3 numeral 2).

Partiendo de lo señalado en este instrumento internacional en el cual se establece que los padres poseen deberes y obligaciones frente a la responsabilidad de sus hijos, los cuales comprende en brindar protección, afecto, salud, alimentación, educación para que los niños se desarrollen con plenitud, en base a la amplitud de deberes, derechos y obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos, por lo que la corresponsabilidad paterna es imprescindible para el cumplimiento de los mismos.

Por ello, la Constitución (2008), siguiendo la línea democrática y constitucional de derechos enlista que los niños y adolescentes tienen derecho a llevar una vida digna, por lo que el Estado debe garantizar el ejercicio efectivo y directo de los derechos a:

Su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 45).

Así también, la Constitución (2008), proclama la convivencia familiar como un derecho constitucional de niños y adolescentes, pero es importante mencionar que el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), solamente reconoce la tenencia de acuerdo con lo siguiente:

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 118).

Frente a ello, se busca establecer que los derechos de los niños con relación a sus padres y la tenencia compartida, garanticen el goce efectivo de sus derechos, mediante la participación en la crianza y educación de sus hijos y se ha visto importante distinguir que el afecto y la obligación de pensión de alimentos son dos temas fundamentales, pero distintos, debido a que el cuidado y protección es transcendental para lograr un desarrollo integral de los niños.

De acuerdo con Noblecillas (2014) la tenencia monoparental es una modalidad en la cual la madre o el padre poseen la tenencia del niño, originando la tenencia monoparental es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor de edad.

Por lo expuesto, se pretende inducir a la aceptación y legitimación de la tenencia compartida por parte de los ordenamientos jurídicos en Ecuador y de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, para la aplicación de la norma por parte de los jueces, para que los niños y adolescentes tengan derecho a tener y

disfrutar de la familia y no se continúe invisibilizando a los padres frente a sus hijos y discriminándolos por roles ambiguos impuestos por la sociedad.

La legislación va modificándose y evolucionando comtamente en base a las necesidades de las personas, por ello, la errónea costumbre de jueces a otorgar la tenencia a la madre por la condición de ser mujer, aparta al hombre de sus derechos, descuidando así el interés superior del niño y el derecho a la familia siguiendo esta línea, como lo manifiesta Sánchez (2008): “la supervivencia de la especie ha requerido primero la protección de la maternidad y después la paternidad” (p.1).

En este sentido, se entiende que la madre por dar a luz a sus hijos tiene una indudable preferencia en casos de tenencia en virtud de ello la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José (1948) expresa: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Art.24).

Así, quedando claro que los administradores de justicia no solo deben aplicar la norma, sino que, hacerla efectiva y de forma igualitaria con los progenitores, principalmente en casos de niñez, ya que, el interés superior del niño puede verse afectado, por lo que, la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular” (1989, Art. 9).

De esta manera, los Estados que se encuentran participando en la Convención de los Derechos del Niño (1989), deben aplicar lo suscrito; sin embargo, el Código de Niñez y Adolescencia (2003), manifiesta en su artículo 118 que el juez asignará la tenencia a quien estime más conveniente, es decir, ya existe una distinción que aleja la anhelada igualdad entre padre y madre.

Dentro de la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere Steffen (2003):

el comportamiento de los progenitores que inducen a la alineación en los casos de divorcios altamente conflictivos, se basa en una multifactorialidad de maniobras, que inducen a la campaña de alineación para frustrar el régimen de visitas y las relaciones con el hijo (p.89).

En tanto que, la tenencia monoparental ocasiona desventajas en la crianza de los hijos puesto que, no gozan de disfrutar a su familia y compartir un tiempo justo que le permita participar con sus padres, además el otorgarle la tenencia a un solo progenitor como ya se mencionó, ocasiona que surjan una serie de vulneraciones a los niños y a los padres que no conviven con ellos, puesto que, se empieza a obstruir vínculos de comunicación afectiva , mediante la creación de perfiles negativos para los niños, es decir, que el padre o la madre manipulen a su hijo para que no quiera a su padre o madre por motivos falsos.

Esta investigación tiene como objetivo analizar los resultados del trabajo de titulación denominado “Análisis de la tenencia monoparental y el derecho a la familia en Ecuador” de la autora Camila Paz (2020) para la obtención del título de Abogada y como docente tutora Ximena Elizabeth Maldonado Erazo, se analizó si la tenencia monoparental afecta el derecho de familia y al efectivo goce y ejercicio de los derechos de los padres frente a sus hijos, asegurando el interés superior del niño con la tenencia compartida, que evita la favorabilidad extrema a la madre con el fin de lograr una equidad entre ambos progenitores lo cual incide en el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

Metodología

Se utilizó un enfoque de investigación cualitativo descriptivo, bibliográfico, y hermenéutico, partiendo con el método de investigación participativo, inductivo y analítico que han permitido analizar la legislación y la doctrina sobre la tenencia monoparental y el derecho a la familia en niños y niñas del Ecuador.

Resultados

En este acápite, se señala la incidencia de la tenencia monoparental en el derecho de familia, de acuerdo con los aspectos indicados con anterioridad.

Tenencia monoparental Vs derecho de familia

Por lo cual, la incidencia de la tenencia monoparental en el derecho a la familia tiene trascendencia en la modalidad unilateral o monoparental en los niños y adolescentes, frente al derecho a la familia, siendo notorio que el matrimonio o la unión de sus padres se ha fragmentado, y la incertidumbre de saber cómo será su vida en adelante ocasionando malestar en todos los miembros de la familia, en especial en los hijos, por lo mismo, varios estudios e investigaciones tal como lo manifiesta Noblecillas (2014) las desventajas de la tenencia unilateral o monoparental, pueden ser:

(...) el aislamiento y pérdida del apoyo social de los progenitores, permanente estado de discordia (conflicto) en la relación de los padres, presencia de un padre emocionalmente angustiado (el custodio), pérdida de la relación con uno de los padres (el no custodio) y nuevas relaciones que establecen los padres (sobre todo el custodio) (p.31).

Una vez identificadas las desventajas de la tenencia unilateral o también conocida como tenencia monoparental, han causado que los niños y adolescentes no se encuentren

en comunicación constante, ni en contacto, por lo cual la madre o el padre que se encuentre con un régimen de visitas y no ejerza la tenencia, puede darse una situación de angustia por la pérdida de relación familiar, aún más el hijo que puede sentirse desprotegido afectando también a la madre o padre.

Al respecto de lo señalado, en la tenencia unilateral o monoparental también existen dificultades para poder fijar límites a los hijos, esto se debe a la falta de convivencia con uno de los padres y como consecuencia de ello la pérdida de afecto. Por su parte Noblecillas (2014), en relación a estos límites señala que puede existir: excesiva indulgencia para lograr la lealtad de los hijos y compensar la culpa de la separación, irregularidad en las visitas que produce confusión en los hijos como un clima irreal y cortoplacista de la visita provocando tensión e induciendo a la falta de equilibrio entre las actividades recreativas, frustración por la calidad del tiempo, culpabilidad de los hijos contra el progenitor no custodio que impiden una comunicación fluida, irregularidad o irresponsabilidad en el cumplimiento económico, visitas angustiantes por dificultad paterna y abandono de los hijos en la creencia que su presencia puede ser más dañina que beneficiosa.

En este aspecto, los padres o madres que no poseen la tenencia pueden sufrir conflictos internos que conlleven a un mayor grado de consentimiento a sus hijos, enfrascándoles en realidades que no son gratas para el desenvolvimiento de los niños en la vida y en su educación; otro elemento a considerarse es el incumplimiento económico por parte del padre o la madre, haciéndose difícil y en ocasiones imposibles ejercer una adecuada comunicación y principalmente visitar a su hijo por disposición del custodio; las visitas cortas no son provechosas para el niño ni para el padre, pues un tiempo limitado no permite mayor vinculación en la vida del niño y adolescente.

En este contexto, es relevante destacar el principio del interés superior del niño en el análisis de la tenencia monoparental, ya que de manera progresiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes han evolucionado, siendo presentes ante toda circunstancia como lo primordial y lo principal para que los magistrados tomen decisiones siempre pensando en el bien de los niños y adolescentes dando mayor relevancia a la protección de derechos desde el ámbito jurídico y social. Resaltando además que la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ha permitido sentar bases para respaldar los principios de los más indefensos como lo son la niñez, por lo mismo varios tratados internacionales elevan el principio del interés superior del niño para magnificar su importancia y dimensión frente a la vida de los niños.

Dentro del análisis comparado Bruñol (1998) menciona que la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela:

una característica uniforme en el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos (p.8).

Otro aspecto esencial, es el proceso de reconocimiento de los derechos de los niños que ha sido significativo e importante pues como se puede apreciar desde la época romana los niños se vieron afectados y vulnerados frente a la cualidad de menor que se les atribuyó encontrándose a la voluntad de su padre quien poseía todo el poder de crianza y podía decidir qué hacer con la vida de sus hijos y con sus bienes, convirtiéndose en un tema privado las decisiones que tomaban sus padres con sus hijos

aun cuando la vida de ellos corriera peligro sin tener conocimiento la parte pública, al surgir los tratados internacionales de derechos humanos se ha visto ahora que buscan proteger los derechos y la igualdad de todas las personas sin importar características, edad, afinidades entre otras se promueve y se concientiza los derechos de los niños, sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), es la que otorga una dimensión aún más significativa y detallada de la misma por enfocarse única y exclusivamente a los niños.

Bruñol (1998) señala que antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad.

La Convención de los Derechos de los Niños (1989), ha sido fundamental para establecer y resaltar los derechos y principios de los mismos haciéndolos públicos e imprescindibles para la toma de decisiones frente a litigios y debates debido a la importancia que tienen dentro de la sociedad que antes no la tenían por ser considerados personas menores e irrelevantes, hoy en día gracias a los tratados internacionales y a la constitución de la república del año 2008 los niños niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho.

En este sentido, la tenencia compartida frente al interés superior del niño se ha enfocado en la búsqueda por respetar y velar por el cumplimiento de principios y derechos de los niños surge la necesidad de implementar modalidades de vida y

convivencia para lograr que los niños y niñas tengan una crianza plena y disfruten de compartir tiempo con su familia mediante el principio del interés superior del niño, el cual por excelencia, tendrá que ser primordial en cualquier decisión sobre la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, alimentos, entre otras instituciones jurídicas en donde los derechos de los niños y adolescente se encuentren en juego. “La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas” (Acosta, 2017, p.29).

El objetivo del interés superior del niño es garantizarle su bienestar sobre una infinidad de discusiones y debates mediante la decisión certera de un juez competente a través de la interpretación y su sana crítica del principio del interés superior del niño y de la valoración de los derechos de los mismos.

Por su parte Acosta (2017) manifiesta que es evidente que las diversas modalidades que se incluyen dentro del más amplio concepto de tenencia compartida asientan a satisfacer el interés superior del niño, asegurándose una relación estrecha y fluida con sus dos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal, pues si ambos progenitores han convenido un régimen de tenencia específico podrán satisfacer las necesidades de sus hijos.

Indudablemente la tenencia compartida permite que ambos progenitores se vinculen con la crianza de sus hijos, estén al tanto de sus actividades y se inmiscuyan más en su día a día, fortaleciendo las uniones familiares que hacen que los niños a pesar de la separación de sus padres sientan que tienen una familia y se sientan protegidos

A criterio de Acosta (2017) la tenencia compartida surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales dentro de una cultura que desplaza al niño como el centro de su interés, por lo que, busca reorganizar las relaciones entre padres e

hijos dentro de la familia separada, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres.

De acuerdo a lo analizado, se ha concluido que la tenencia monoparental no ha sido efectiva para los integrantes de la familia, por la potestad que tiene uno de los padres con respecto de sus hijos en la crianza, educación, alimentación, entre otras obligaciones de los padres con sus hijos, en el cual solo tiene la influencia de un solo padre que ejerza la tenencia, mientras que el otro padre tiene la responsabilidad económica y se limitan ciertas obligaciones y derechos que tiene con sus hijos, dando lugar a un sin número de demandas principalmente por el lado paternal en vista que la sociedad misma ha colocado al hombre como sustento de la familia y las madres como principales cuidadoras de los hijos.

Es así que, la tenencia compartida es un tema sensible y de análisis actual, por lo que la Corte Constitucional del Ecuador, al respecto, ha señalado dentro de su Sentencia 28-15-IN/21 lo siguiente: “(...) para la tenencia de los hijos no habrá preferencia materna (...)”. En tal sentido la Corte Constitucional del Ecuador declaró que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia son inconstitucionales por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” de las normas impugnadas, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

De lo expuesto, se ha dado un cambio trascendental en la sociedad ecuatoriana al aceptar que los niños, niñas y adolescentes puedan compartir con sus padres en igualdad de condiciones; logrando así, el desarrollo integral de los hijos enmarcado en el principio del interés superior del niño y fortaleciendo la corresponsabilidad parental.

Conclusiones

La tenencia es muy antigua y se figura como institución jurídica que es precisamente gozar de la compañía y convivencia de los padres con sus hijos dentro del proceso de crecimiento y educación, haciendo valer sus derechos y cumpliendo las obligaciones de padres, el derecho está en constante evolución, por lo cual, ha creado mediante las necesidades de los niños, niñas y adolescentes modalidades o tipos de tenencia las cuales son la tenencia mono parental o unilateral y la tenencia compartida.

La tenencia monoparental o unilateral otorga poder e influencia al padre o madre que goce la tenencia sobre sus hijos limitado al que no lo tiene de responsabilidades en torno a la crianza, educación, recreación de sus hijos, la tenencia monoparental no facilita el goce de los niños en cuanto a su derecho a la familia que se encuentra establecido en nuestra carta magna y en el cual el Estado ecuatoriano al estar suscrito en varios tratados como son la Convención de los Derechos del Niño (1989) tiene la obligación de cumplir y hacer valer los mismos y la tenencia monoparental ataca el interés superior del niño y sus desventajas son amplias y meramente negativas frente a la relación posterior que los niños enfrentan con sus padres cuando se encuentran separados.

El síndrome de alienación parental se hace presente en la tenencia monoparental con el fin de conseguir una sola afinidad ya sea para la madre o para el padre creando disputas en la relación familiar del niño frente a sus progenitores, aquellos padres o madres que sientan que el derecho a estar y compartir con sus hijos se está negando por medio de una retención indebida están en todo su derecho de iniciar su recuperación.

La tenencia compartida en Ecuador solo surgirá si existe un acuerdo entre las partes caso contrario no podrá efectuarse, esta tenencia surge como necesidad por parte de los niños y progenitores para establecer lazos afectivos, en especial con los padres

que se han visto desplazados por creencias ambiguas que los coloca en situaciones de discriminación que no deben ser toleradas por la ley por ser género masculino, en especial cuando Ecuador es un país constitucional y garantista de derechos que promueve la igualdad sobre todas las cosas.

La tenencia compartida contempla y respeta varios derechos y principios constitucionales para los niños y para los progenitores, garantizando el derecho a la igualdad que tiene tanto el padre como la madre de familia sobre la toma de decisiones de sus hijos, a la familia a los alimentos y el cumplimiento esencial y exitoso de principios nombrados de igual forma en nuestra carta magna como son el principio del interés superior del niño mediante la corresponsabilidad y poca rentabilidad por parte de sus progenitores.

La tenencia compartida no significa el mismo tiempo por igual sino el mismo compromiso por parte de los progenitores de educar, criar, enseñar, cuidar a sus hijos de manera responsable y participativa con sus hijos con el fin de que ambos padres se encuentren vinculados en la vida cotidiana de los niños y o se desplace a ninguno de los progenitores por su género.

El Estado ecuatoriano debe satisfacer los derechos de los niños y adolescentes en su máximo esplendor puesto que el interés superior del niño así lo exige , razón por lo cual se concluye que la necesidad de legislar la figura de la tenencia compartida en el código de la niñez y adolescencia es importante porque así se podrá establecer reglas para lograr la viabilidad de la tenencia compartida en Ecuador mas no dejar a voluntad de las partes porque no siempre una de las partes separadas estarán de acuerdo en establecer una tenencia compartida .

El estado ecuatoriano protege a los tipos de familia existentes en el país y vela por el cumplimiento de sus derechos en especial por el de los niños, niñas y

adolescentes. La familia es una institución jurídica importante que compone el núcleo de la sociedad en la cual se desenlaza varios actos jurídicos y derechos.

La familia ha ido cambiando con el pasar de los años y existen varios tipos como son familia tradicional compuesta por padre, madre e hijos, familia ensamblada compuesta por padres divorciados y sus hijos, familia mono parental aquella que está dirigida por una sola persona padre o madre e hijos y familia homosexual compuesta por dos personas del mismo sexo y sus hijos.

La patria potestad es un derecho que tienen los padres aun cuando no tengan la tenencia de sus hijos, se puede suspender y de la misma forma perder.

El interés superior del niño es un principio que protege a los niños y los coloca en situación de prioridad sobre cualquier decisión, enfatiza en todos los derechos de los niños y niñas en todo momento sin hacer distinción alguna debido a la necesidad de protección que se necesita por ser personas vulnerables.

Cabe señalar también que la tenencia compartida no pretende alejar ni desplazar a ningún progenitor por su género o condición económica sino todo lo contrario involucrar en el crecimiento y educación de sus hijos de manera igualitaria, por lo mismo la necesidad de que el Ecuador instaure la tenencia compartida en el código de la niñez y adolescencia para establecer los parámetros y medidas que se deben tener en cuenta para que la tenencia compartida sea viable.

Referencias bibliográficas

Acosta, C. (2017). La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Oficina del Alto Comisionado de Derechos humanos de Naciones Unidas.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador.

Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y Derechos del Niño número, 125.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Ley 100, Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003.

Noblecilla, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño.

Paz, C. (2020). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho a la familia en Ecuador. Universidad de Otavalo.

Sánchez, Á. (1990). El poder familiar: la patria potestad en el Antiguo Régimen. *Chronica Nova*, 18, 365-380.

Sánchez, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *Revista la Revue du REDIF*, 2(1), 15-22.

Sentencia No. 28-15-IN/21

Unicef. (1994). Conozca el UNICEF.

Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.

**El control difuso de convencionalidad en el Ecuador: aproximaciones, desafíos e
incertidumbre**

**The diffuse control of conventionality in Ecuador: approaches, challenges and
uncertainty**

Erlin Ricardo Estrada Murillo¹

Universidad de Otavalo. eestrada@uotavalo.edu.ec

Recibido: 1/09/2021

Aceptado: 12/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?

**Estrada, E. (2022). El control difuso de convencionalidad en el Ecuador: aproximaciones,
desafíos e incertidumbre. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial
“El derecho en Ecuador”), 121-146.**

¹ Docente a tiempo completo de la Universidad de Otavalo. Máster Universitario en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valencia. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. ID: <https://orcid.org/0000-0002-2731-0805>

Resumen:

Este artículo tuvo como objeto analizar desde una perspectiva cualitativa y descriptiva el control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de sus innovadoras y controversiales sentencias emitidas por este órgano de control internacional. Luego se pasa a observar cada uno de sus aspectos más importantes en la aplicación del control difuso de convencionalidad en sede nacional, desde una visión más orgánica y estructural observando cada una de sus facetas: desde el control convencional represivo o negativo hasta su nueva modalidad de control convencional constructivo o positivo. En este sentido, el Ecuador al ser Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos como también de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene la obligación internacional de adecuar o armonizar su ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dotado de un mecanismo eficaz a sus receptores locales con la finalidad de asegurar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden jurídico interno a través del denominado control difuso de convencionalidad.

Palabras claves: Control de Convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Control Difuso, Corte Constitucional del Ecuador.

Abstract:

This article aimed to analyze from a qualitative and descriptive perspective the control of conventionality developed by the Inter-American Court of Human Rights, throughout its innovative and controversial judgments issued by this international control body. Then we go on to observe each of its most important aspects in the application of diffuse control of conventionality at national headquarters, from a more organic and structural view, observing each of its facets: from conventional repressive or negative control to its new modality of

control. Constructive or positive conventional control. In this sense, Ecuador, being a State party to the American Convention on Human Rights as well as to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, has the international obligation to adapt or harmonize its domestic legal system to international standards on human rights. To this end, the Inter-American Court of Human Rights has provided its local recipients with an effective mechanism in order to ensure the “useful effect” of the American Convention on Human Rights in the domestic legal order through the so-called diffuse control of conventionality.

Keywords: Conventionality Control, Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights, Diffuse Control, Constitutional Court of Ecuador.

Introducción

El control de convencionalidad es un fenómeno jurídico nuevo o moderno que ha generado varios debates tanto a escala nacional como internacional sobre su origen, evolución y aplicación. Desde, su origen las críticas no han cesado y han abordado las viejas temáticas sobre: legitimidad democrática del órgano jurisdiccional, las interpretaciones mutativas, soberanía estatal, supremacía constitucional o internacional, el control de constitucionalidad y ahora un evolucionado control de convencionalidad de normas jurídicas.

Para la doctrina, el control de convencionalidad es un mecanismo o instrumento eficaz creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para alcanzar el respeto, la garantía y efectivización de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Sagüés, 2010). Mecanismo de control creado y diseñado mediante la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso emblemático *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006. Configurando así, un esquema que se venía fraguando con antelación en los votos concurrentes razonados del ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (2003), párrafo 27, de 25 de noviembre de 2003 y el caso Tibi Vs. Ecuador (2004), párrafo 3, de 07 de septiembre de 2004.

En este sentido, el Ecuador al ser Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Su ordenamiento jurídico interno se debe adecuar o armonizar con el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos. Institución, que impone nuevos retos internos para ponerse en la vanguardia jurídica que implica el control de convencional. Para lo cual, la academia jurídica debe estudiar los problemas que impone este tipo de fenómenos y crear instrumentos que faciliten su fácil comprensión y aplicación.

Para ello, el presente artículo analizará el origen, desarrollo y resultados del control de convencionalidad a través de las diferentes etapas generadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, se estructurará de manera orgánica todos los componentes que se desprenden del control de convencionalidad para su aplicación en el ordenamiento jurídico del Ecuador, estableciendo interrogantes, respuestas y conclusiones a los problemas generados por la incorporación de una nueva institución en el orden interno.

Metodología

En el desarrollo del artículo se empleará una investigación de tipo cualitativa a través del método descriptivo, que facilitarán entender desde lo abstracto la institución del control de convencionalidad desarrolla por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para luego, confrontar, la implementación de esta institución jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de manera concreta. Evidenciando así, el problema que se genera en el Estado ecuatoriano al incorporar instituciones jurídicas como es el control difuso de convencionalidad en un modelo de control concentrado de constitucionalidad.

Resultados

Origen y Desarrollo del Control de Convencionalidad

Antes, de entrar a analizar el contenido de los estándares internacionales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad. Es menester, dejar constancia al lector, que la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido del todo uniforme. Ha tenido avances y retrocesos importantes que con el pasar del tiempo se ha rediseñado nuevos matices para su órbita de aplicación en sede nacional.

En su primera etapa, denominada invasiva o represiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), se estableció *prima facie*, lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 53)

De lo citado, se puede verificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó formalmente inaugurada el control de convencionalidad para la región. La cual, permite

controlar y anular aquellas normas internas contrarias al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la Corte dispuso, que los jueces domésticos no solo se sujetan al imperio de la ley interna o estatal, sino que, además, se someten a los Pactos Internacionales que el mismo Estado ha ratificado voluntariamente, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero la cuestión no solo queda en la letra del Pacto, sino, que exige a los órganos del Poder Judicial deban sujetarse a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con carácter *erga omnes*.

Cuestión que, es ampliamente discutida por la academia, al evidenciarse frontalmente una interpretación mutativa-aditiva del artículo 62 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En donde, “ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo –reiteramos–, para el caso concreto” (Hitters, 2015).

Posteriormente, en otro fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006), considera que:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (p. 47)

En esta nueva sentencia, como señala Sagüés (2010), el control de convencionalidad se comienza a perfeccionar y pasa a transformarse de una “especie de control de convencionalidad” al “control” liso o llano, en un acto de revisión judicial o fiscalización de la sumisión de las normas jurídicas nacionales a las normas jurídicas internacionales (p. 120). Imponiendo así, un mandato de cumplimiento obligatorio *ex officio* de control de convencionalidad en los casos sometidos a la jurisdicción nacional.

El desarrollo de la doctrina represiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad se fue modulando con el pasar del tiempo en otras sentencias. Adoptando una postura menos invasiva e incorporando la doctrina de la “interpretación conforme” dentro del paraguas del control de convencionalidad. En este sentido, se denotó en la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), disponiendo, lo siguiente:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. **340.** De tal manera, es necesario que las

interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso. (pp 92-93)

Este cambio de criterio más moderado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, flexibiliza su postura inicial. Y, a la vez impone nuevos retos para los órganos jurisdiccionales estatales en el dominio y aplicación preventivo de la doctrina de la “interpretación conforme” en materia de control de convencionalidad.

Es decir, este nuevo estándar le otorga un tipo de salva vida a la norma interna incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de ser expulsada del ordenamiento jurídico. Sobre ello, Guastini (2014) es un referente y considera: que “se hace interpretación conforme cada vez que se adapta -se adecua- el significado de una disposición al significado (previo o contextualmente establecido) de otras disposiciones de rango superior” (p. 295). Una nueva tarea impuesta al órgano jurisdiccional local por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emite una nueva sentencia-desarrolladora, incorporando un nuevo componente para la aplicación del control de convencionalidad, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013). En donde, expande el ámbito de competencia para el ejercicio de este control, en los siguientes términos:

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la

administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. (p. 20)

En este fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula a otros órganos del Estado para la realización del control de convencional. Control que ya no recae en la actividad del órgano judicial doméstico, sino que, se expande dicho control a los órganos políticos emisores de normas jurídicas. En suma, el control de convencionalidad, ahora les compete a todos los órganos que representan al Estado, sin distinción alguna. Configurando así, un tipo de control *a priori* o positivo de emisión normativa compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y conservando también el viejo control *a posteriori* o negativo de anulación de normas jurídicas incompatibles con el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Tipología del Control de Convencionalidad

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad ha sido multifacético como se dejó explicado en el apartado precedente. Pero ahora, se centra exclusivamente en el ejercicio de los jueces domésticos o nacionales al momento de realizar el control de convencionalidad. Con la finalidad de esclarecer ciertos tópicos que generan confusiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006) deja planteado el primigenio del control de convencionalidad. En esta faceta,

el control se encuentra en su estado más radical o represivo, lleno de matices imprecisos que amerita un análisis de interpretación exhaustiva.

Mientras que, en su segunda faceta el control se afianza en el terrero jurídico, moderando la Corte Interamericana de Derechos Humanos su propia doctrina. Especialmente en el caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), en donde, se decanta en doctrinas como el “margen de apreciación nacional” y “la interpretación conforme” a favor del Convenio Americano de Derechos Humanos. Empero, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013) su doctrina empieza a tambalear nuevamente en un terreno inexplorable. Al otorgar competencias en materia de control de convencionalidad a otros órganos que conforman el Estado.

Dejando evidenciado las facetas que cruza la doctrina sobre el control de convencionalidad emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es necesario dividirlo en una tipología orgánica y estructural, para entender el alcance de cada estándar jurisprudencial enunciado. Para lo cual, se ha tomado la clasificación elaborada por Sagüés (2014) como: 1) control de convencionalidad represivo y 2) control de convencionalidad constructivo (pp 23-25). Mismos que se abordarán a continuación:

Control de Convencionalidad Represivo o Negativo

En este tipo de control de convencionalidad denominado represivo o negativo, se encuentra desarrollado en las primeras sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especialmente, en los casos contenciosos: Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006).

Pero ¿por qué el control de convencionalidad se denomina represivo o negativo? Para ello, se debe acudir al contenido de estos estándares. En el caso, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone directamente a los jueces y tribunales internos la tarea de realizar el control de convencionalidad. Es decir, los

jueces nacionales como parte del aparato del Estado tienen la obligación de velar que las leyes o normas jurídicas internas sean compatibles con el Convenio Americano de Derechos Humanos. Y, en el caso de que se verifique su incompatibilidad o inconvencionalidad, deban ser inaplicadas las leyes, por carecer de efectos jurídicos desde su inicio. En esta tarea, los jueces nacionales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana (p. 53).

Mientras que en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue manteniendo la misma doctrina represiva, pero con nuevos componentes. Ahora, el ejercicio del control de convencionalidad se lo debe realizar *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial con el fin de garantizar el “*efecto útil*” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero este nuevo estándar parece indicar que el juez que está facultado para ejercer el control de constitucionalidad, debe también realizar el control de convencionalidad. El fallo le reclama, al juez nacional, tal doble control (Sagüés, 2010).

Estos fallos estudiados configuran el “*leading case*” o casos destacados en lo que respecta al control de convencionalidad represivo o negativo. Porque, obliga imperativamente a los jueces nacionales *ex officio* a realizar el control, sin necesidad que las partes lo invoquen. Dejando, esta tarea de manera exclusiva a los jueces del Poder Judicial, como guardianes o defensores de la Convención Americana de Derechos Humanos en sede nacional. Con capacidad, de reprimir o inaplicar aquellas normas jurídicas internas que son incompatibles con la Convención, convirtiéndose (en términos *kelsenianos*) los jueces o Tribunales nacionales en una especie de legislador negativo que enjuicia a la ley y, la sentencia en la que declara su inconvencionalidad o la de una interpretación tiene la eficacia de la ley misma, que es su objeto (De Otto, 2012).

Control de Convencionalidad Constructivo o Positivo

En cambio, a este tipo de control de convencionalidad se lo define como constructivo o positivo, desarrollado progresivamente en otras sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, años más tarde. Especialmente, en el caso contencioso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009) y el de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013).

De igual manera, se realiza la siguiente pregunta: ¿Por qué el control de convencionalidad se denomina ahora constructivo o positivo? Para ello, se debe acudir al contenido de estos estándares enunciados. En el caso, Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla una postura diferente respecto al control de convencionalidad. Ahora, se decanta por la doctrina alemana sobre la “interpretación conforme” desarrollada con plenitud por los Tribunales o Corte Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de leyes. En este sentido, se les otorga una nueva prerrogativa a los jueces nacionales al momento de realizar el control de convencionalidad. Es el de buscar y seleccionar la interpretación del sentido normativo interno que mejor se “adecue” o este “conforme” al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (pp 92-93).

Lo relevante, de esta nueva postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es trasladar como *ultima ratio* al control de convencionalidad represivo o negativo. Para preservar el “principio de conservación del derecho interno”. Es una de las características que persigue la doctrina de la “interpretación conforme”, en conservar la creación normativa emitida por el legislador y tratar de rescatar lo mejor de ella.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, brinda una forma de salva vida de la norma jurídica interna. Para que el juez doméstico a través de la técnica hermenéutica de

la “interpretación conforme” logre la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional. A través de la cual “los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección” (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

En esta misma línea constructiva o positiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expande el ámbito de competencia del control de convencionalidad. Esta nueva implementación se plasma en el caso de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman Vs. Uruguay* (2013). Lo particular, de este caso es que acoge nuevamente la doctrina de la “interpretación conforme”, pero lo agrega algo más al componente construido a lo largo de las sentencias antes estudiadas. Ahora, el control de convencionalidad no solo les pertenece a los jueces del Poder Judicial, sino a todos los órganos que representan al Estado.

En este sentido, en el caso *Gelman Vs. Uruguay* (2013), la Corte Interamericana de Derechos Humanos les otorga competencia suficiente a todos los agentes del Estado, para ejercer el control de convencionalidad. Con la finalidad de asegurar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos en la esfera nacional. En donde, los demás órganos estatales tienen la obligación constructiva o positiva de desarrollar prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. Por tal, el control de convencionalidad se torna en una herramienta necesaria para eliminar cualquier tipo de actividad estatal que contravenga la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la misma. Tarea que impone nuevos retos en la esfera estatal tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención (p. 20).

Órgano (s) que Controla (n) la Convención Americana de Derechos Humanos

En este apartado se desarrollará las modalidades de control de convencionalidad según los órganos que lo ejerce. Tanto en la esfera internacional como en la nacional tienen sus propios órganos habilitados para realizar este tipo de control. Facultad, otorgado mediante disposición normativa o a través de jurisprudencial vinculante, semejante al *stare decisis*. Temática que se abordará de forma orgánica y secuencial, a continuación.

Control Concentrado en Sede Internacional

De conformidad a lo establecido en los artículos 33. b), 62, 63 y 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce tres funciones específicas: 1) contenciosa; 2) la facultad de dictar medidas provisionales; y, 3) la consultiva. Desde esta óptica jurídica la Corte Interamericana de Derechos Humanos es creada mediante normativa internacional, facultándole una serie de atribuciones en el marco de sus competencias.

Entre una de esas competencias es la de conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, como lo establece el Art. 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Además, en el Art. 62 de la misma Convención Americana establece que los Estados Partes que han ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están sometidos de manera obligatoria y de pleno derecho sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Continuando, luego en su Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Corte Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de un Estado parte, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos mencionados. Y, finalmente en su Art. 67 establece que los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, será definitivo e inapelable.

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano facultado de pleno derecho para realizar el Control de Convencionalidad Concentrado en sede internacional del Convenio Americano de Derechos Humanos. Porque, invocando el Art. 67 de la Convención Americana (1969), determina y se deduce claramente que: es el órgano de cierre y por encima de él, no existe ninguna otra instancia apelable. Estas normas jurídicas internacionales, se han fortalecido con toda la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde, se autodefine como: intérprete última de la Convención Americana.

Control Difuso en Sede Nacional

En lo que respecta, a esta otra modalidad del control de convencionalidad en sede nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), establece que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (p. 53). Postura inicial, que luego se ratifica en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006), disponiendo que los “órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (p. 47).

En estos estándares, desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se decanta por un modelo de control difuso de convencionalidad, en sede nacional. Mismo, que lo ejercerá de manera exclusiva los jueces de Poder Judicial. “Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento “a fortiori”, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extrapoder” (Sagüés, 2010). Pero, la problemática no radica en ello, sino en como el control difuso de

convencionalidad convive en la esfera estatal cuando el modelo de control de constitucionalidad es concentrado.

Es decir, en los modelos estatales que han adoptado un control difuso de constitucionalidad de leyes, el asunto es mucho más ligero de digerir. Porque, el mismo órgano que ejerce el control de constitucionalidad puede ejercer también el control de convencionalidad, ya que tienen competencia plena para reprimir o inaplicar una ley contraria a la Constitución o a la Convención Americana de Derechos Humanos. En cambio, la dificultad se genera en sistemas en donde el control de constitucionalidad lo ejerce un órgano concentrado y, como tal le queda prohibido realizar este tipo de control los jueces del Poder Judicial.

Al respecto, esta dificultad se puede evidenciar en países como Ecuador, Bolivia, Colombia, Uruguay, México, Costa Rica, entre otros, quienes aplican un sistema de control de constitucionalidad concentrado. Por ejemplo, Ecuador es un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y ha ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, internamente, su poder constituyente en ejercicio de su soberanía popular ha establecido un sistema de control de constitucionalidad concentrado, a través, de la creación de una Corte Constitucional al estilo *kelseniano* europeo-continental (Salgado, 2012). Mientras que, en lo internacional, el Ecuador se encuentra sometido a los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en concreto a todo lo establecido en materia de control de convencionalidad.

Evidenciándose, una aparente tensión entre Derechos Humanos y Constitución, que genera algunas aporías en la aplicación del control difuso de convencionalidad en sede nacional y lo más importante en determinar: ¿Cuál es el órgano jurisdiccional que debe ejercer el control difuso de convencionalidad en el Ecuador?, asunto que se retomará en otro apartado.

Para concluir, el control de convencionalidad en sede nacional, es un control difuso, que deben ejercer los jueces domésticos o nacionales como estipula los precedentes de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Tarea que impone varios retos para los jueces internos, para configurar, lo que define el juez Ferrer Mac-Gregor (2011), en aquel control difuso de convencionalidad como el deber impuesto a “los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano” (p. 562).

Los efectos del Control de Convencionalidad

Por la Territorialidad: Internacional y Nacional

Efecto Internacional.

En lo que se refiere a los efectos de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede internacional, se ha generado un grande debate sobre el alcance de los mismos. Si se realiza un examen literal del Art. 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en donde señala: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Art. 68). La disposición es clara, precisa, determinada y no amerita interpretaciones extensivas. Por ende, desde lo literal, los efectos de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos solo deben ser cumplidos por los Estados que son parte del litigio.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mantiene una postura diferente a lo establecido por el Art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). En este sentido se debe tomar como referencia los fallos que se ha analizado en materia de Control de Convencionalidad. Por ejemplo: en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), establece: “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 124).

Esta interpretación mutativa por adición emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Art. 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha ocasionado un cierto rechazo por algunos Estados Partes. Sobre ello Sagüés (2010) manifiesta, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado. Así, un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte (p. 125).

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En donde, las interpretaciones que realiza en los diferentes casos sometidos a su competencia sobre la Convención Americana de Derechos Humanos. Producen un efecto *erga omnes* para todos los Estados partes que han ratificado la Convención y la competencia de la Corte.

Efecto Nacional.

Del criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), los Estados partes “deben tomar en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (p. 53). En este sentido, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de carácter vinculante o con efectos *erga omnes* para los Estados partes del mismo.

En materia de control de convencionalidad en sede nacional, se abodará a continuación los estándares adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su etapa represiva o negativa. Para lo cual, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), brinda algunos criterios sobre la represión o inaplicación de las normas internas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos y de la interpretación que del mismo ha hecho

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mismos, que merecen una estructura para un mejor entendimiento y, que serán abordados a continuación.

Por la Temporalidad: Ex Tunc

Para Oyarte (2019), “una decisión tiene un efecto *ex nunc* cuando su resultado es aplicable solo al futuro, en cambio adquiere efecto *ex tunc* cuando es aplicable de modo retroactivo, retornando las cosas al estado anterior” (p. 1081). En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), hace mención que los jueces están obligados “a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (párr. 124).

De lo establecido en este estándar se dispone, que aquellas normas jurídicas internas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos “desde un inicio carecen de efectos jurídicos” osea poseen un efecto temporal *ex tunc*. En otras palabras, cuando los jueces nacionales realicen el control de convencionalidad y decidan que la norma jurídica interna es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, los efectos de su decisión serán *ex tunc*.

Porque, como manifiesta Hitters (2015), “la consecuencia general de la declaración de inconvencionalidad consiste en privar de los efectos jurídicos a la norma infectada, en cuyo caso, según el derecho doméstico, la regla debe ser declarada inválida” (p. 145). Por tal, sí, los jueces domésticos aplican este criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los efectos de sus decisiones serán *ex tunc*. Pero, no se debe olvidar, que para llegar a este punto de declarar la inconvencionalidad de una norma jurídica interna. Se debe aplicar un primer filtro, como es el estándar preventivo o constructivo de la “interpretación conforme”.

Por los Destinatarios: Inter Partes

Así mismo, los efectos que surten a los destinatarios del ejercicio del control de convencionalidad, corresponden a la propia naturaleza del control difuso. En el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó por un modelo de control difuso de convencionalidad, cuya, idea lo abstrae de la experiencia del derecho constitucional estadounidense sobre materia de control de constitucionalidad difuso.

Para Pérez Royo & Carrasco (2018), el sistema americano de control de constitucionalidad de la ley, posee las siguientes características:

1) Es un *control judicial*, esto es, un control ejercido por uno de los tres poderes clásicos del Estado; **2)** Por ser judicial es *difuso*. Difuso quiere decir lo contrario que concentrado (...) ello quiere decir que esta uniformemente a disposición de todos y cada uno de los jueces integrados por el poder judicial (...). **3)** Por ser judicial es por lo que el control sólo tiene lugar por *vía incidental* (...). No puede plantearse la inconstitucionalidad de la ley al margen de un proceso (...). **4)** Por ser judicial se explica también cuáles son los *efectos* de la sentencia que aprecia la anticonstitucionalidad de la ley. Puesto que el poder judicial no es el titular del poder legislativo, la norma que él entiende que es anticonstitucional no es expulsada del ordenamiento jurídico (...). La sentencia, por tanto, tiene efecto ante todo para el caso juzgado (...). **5)** La sentencia que aprecia la inconstitucionalidad de una norma es una sentencia *declarativa*, es decir, el juez o tribunal se limita a declarar que la ley es anticonstitucional (...). La sentencia tiene, por tanto, efectos *ex tunc*, (desde entonces), desde el nacimiento de la norma, es decir, efectos retroactivos (...). (pp 115-116)

Aquí, se observa que el control difuso de convencionalidad planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le corresponde por antonomasia jurídica al modelo desarrollado por el derecho constitucional estadounidense en materia de control de

constitucionalidad difuso. Por tal, si se pone analizar cada uno de las características desarrolladas por los estándares emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se conectan como *la criatura a su creador*.

Por todo ello, el control difuso de convencionalidad en su faceta represiva o negativa, es ejercida por todos los jueces nacionales, sin distinción alguna. Misma, que es aplicada por el juez nacional en el transcurso de un caso sometido a su conocimiento mediante *vía incidental*. En donde, si se evidencia que una norma jurídica interna es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. El juez tiene el deber de declarar su inconvencionalidad y el efecto de su decisión judicial siempre es *inter partes*, porque, su tarea es la inaplicación de una norma jurídica inconvencional y no la de legislador. En cuyo caso, esté último tiene esa atribución de derogar las normas jurídicas por respeto al principio de *división de poderes* y al modelo *difuso*.

El Control Difuso de Convencionalidad en el Ecuador: ¿certeza o incertidumbre?

En el caso de Ecuador, la voluntad del poder constituyente de Montecristi de 2008, fue la de crear un órgano jurisdiccional especializado para que ejerza el Control de Constitucional. Para ello se instaura una Corte Constitucional, apostando al modelo *kelseniano* europeo-continental, quién tiene la atribución de conocer y resolver el control de constitucionalidad de normas jurídicas (Salgado, 2012).

En este sentido, la Corte Constitucional se constituye en un órgano autónomo separado de las demás funciones (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Transparencia y Electoral) que componen el poder del Estado Constitucional. Entre las funciones que desempeña la Corte Constitucional, según el Art. 429 de la Constitución del Ecuador (2008), “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional” (Art. 429).

Además, dentro de sus principales atribuciones establecidas por el Art. 436 numerales 2, 3 y 4, de la Constitución del Ecuador (2008), es ejercer el control de constitucionalidad de aquellas normas jurídicas infraconstitucionales contrarias a la Constitución. Pero, algo destacado de sus atribuciones señaladas en el mismo Art. 436 numeral 1, es “ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 436).

De lo señalado, se desprende que la Corte Constitucional ejerce tanto el control constitucional como el convencional, facultad atribuida por el Art. 436 numeral 1 de la Constitución del Ecuador (2008). Porque, al señalar que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución como también de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador. Le corresponde realizar este doble control. De esta manera, se armoniza con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de control de convencionalidad. En cierta parte, pero no en su totalidad.

¿Por qué se dice en cierta parte y no en su totalidad?, la respuesta a esta pregunta se obtiene del mismo estándar jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006) y en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006). En donde, la naturaleza jurídica del control de convencionalidad es difusa y no concentrada, al momento de ejercer este control por parte de los jueces del Poder Judicial.

Entonces, ¿Qué pasa con los jueces del Poder Judicial? ¿pueden o no realizar el control de convencionalidad en el Ecuador?, sobre está interrogante existe una respuesta desde la lógica jurídica nacional, la cual debe responder al modelo de control concentrado de constitucionalidad de normas jurídicas. No se podría realizar el control difuso de convencionalidad establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque, la

norma interna le prohíbe hacerla. Es decir, la misma Constitución del Ecuador (2008) establece quién es el máximo órgano de control e interpretación de la Constitución y en este caso también de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sede nacional.

Pero, eso no quiere decir, que en Ecuador no se realiza el control de convencionalidad por parte de los jueces del Poder Judicial. En cierta medida si lo realizan y, para ello se tiene que realizar una interpretación sistemática de la Constitución del Ecuador (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Según el Art. 428 de la Constitución del Ecuador (2008), establece:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. (párr. 428)

Esta disposición constitucional enunciada, se desarrolla luego a través de la institución del control concreto de constitucionalidad, establecido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Pero, es menester señalar su Art. 142:

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional. (Art. 142).

De lo señalado, tanto en la Constitución del Ecuador como del procedimiento establecido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los jueces del Poder

Judicial tienen la capacidad de “considerar” si una norma jurídica es contraria a la Constitución del Ecuador o a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, tienen la obligación de suspender la causa y remitir a la Corte Constitucional sobre su “duda razonada” y “motivada” sobre la posible incompatibilidad de la norma jurídica con las normas superiores antes mencionadas.

En términos, más laxos y prácticos. Los jueces del Poder Judicial al momento de elevar su consulta sobre la constitucionalidad o la convencionalidad de la norma jurídica que se presume incompatible. Deben seguir el procedimiento, que señala el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde, deberán motivar su consulta en caso de existir una “duda razonable”. Así, el juez obligatoriamente deberá analizar el fondo de la cuestión, tanto la inconstitucionalidad como la inconvencionalidad de la norma impugnada. Esta actuación generará los siguientes cuestionamientos ¿Qué pasa si los jueces del Poder Judicial tienen certeza sobre la incompatibilidad de norma jurídica con la Constitución o la Convención? ¿inaplicarían la norma jurídica? ¿acaso eso no sería una forma de control difuso? Preguntas que hasta hoy no ha dado respuesta la Corte Constitucional del Ecuador.

Sin embargo, en lo que sí tuvo certeza el sabio poder constituyente de Montecristi de 2008. Es en canalizar a través de los jueces del Poder Judicial, una vía procedimental para que se lleve el control de convencionalidad a manos de la Corte Constitucional. De esa manera, garantiza por un lado que la Corte Constitucional pueda realizar este doble control impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006). En donde, impone este doble control. El de control de constitucionalidad y también el de convencionalidad ejercido por el mismo órgano.

Conclusiones

El control de convencionalidad, desde su formalización en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha tenido

sus avances y retrocesos, dudas y certezas, dificultades y retos. Pero una institución o una doctrina no se construye en un abrir y cerrar los ojos. Tiene que pasar por un proceso de construcción y desconstrucción, para poder llegar a sus fines propuestos. En donde, ha tenido que sobrevivir y competir con otras instituciones ya desarrolladas de manera interna para mantenerse a la vanguardia y, así garantizar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero ahora, esta ardua tarea le corresponde a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos en su esfera estatal. En establecer procedimientos y mecanismos internos útiles y efectivos con el fin de garantizar la complementariedad del control difuso de convencionalidad con el fraguado control de constitucionalidad de Leyes.

En el caso del Ecuador, la Corte Constitucional en lo que respecta al control de convencionalidad y su implementación interna. Lo ha forjado en su doctrina del “bloque de constitucionalidad” a través de su extensa jurisprudencia, en donde, aplica todo el *corpus iuris* interamericano y universal de los derechos humanos. Por tal, la Corte Constitucional al constituirse como un juez doméstico o nacional adquiere esta prerrogativa de manera concentrada de ejercer el control difuso de convencionalidad en el Ecuador.

Referencias Bibliográficas

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro Oficial número 449. Ecuador.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22 de noviembre de 1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2003). Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Mack Chang Vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (07 de septiembre de 2004). Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Tibi Vs. Ecuador.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2006). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú .
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de noviembre de 2009). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de marzo de 2013). Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Caso Gelman Vs. Uruguay.
- De Otto, I. (2012). Derecho Constitucional: Sistema de fuentes. Ariel.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales, 9(2), 531-622. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=p
- Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hitters, J. C. (2015). Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos). Estudios Constitucionales, 13(1), 123-162. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de octubre de 2009). Registro Oficial Suplemento número 52. Ecuador.
- Oyarte, R. (2019). Derecho Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez Royo, J., & Carrasco Durán, M. (2018). Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons.
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, 8(1), 117-136. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>
- Sagüés, N. P. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, 1(2), 23-32. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>
- Salgado, H. (2012). Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales.

La crisis del covid-19 y las políticas laborales, apuntes para cambios estructurales

The covid-19 crisis and labor policies, points for structural changes

Danny Cifuentes Ruiz¹

Universidad de Otavalo. dcifuentes@uotavalo.edu.ec

John Giraldo Diaz²

Grupo de Investigación Política y Territorio. jegiraldod@gmail.com

Recibido: 01/09/2021

Aceptado: 12/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Cifuentes, D.; Diaz, J. (2022). La crisis del covid-19 y las políticas laborales, apuntes para cambios estructurales. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1 Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 147-164.

¹ Danny Cifuentes Ruiz, abogado y magister en políticas públicas, con estudios en educación, derecho político y constitucional. Director de la carrera de Derecho y docente investigador de la Universidad de Otavalo, <https://orcid.org/0000-0003-4833-2728>

² John Giraldo Diaz, antropólogo y magister en política pública, especialista en métodos y técnicas de investigación social. Integrante del grupo de investigación Política y Territorio (POTER), Universidad Nacional de Colombia, <https://orcid.org/000-0003-2506-3334>

Resumen

Entre las principales causas que se consideran al explicar la expansión descontrolada del COVID-19 en Ecuador, se encuentra el poco acatamiento del aislamiento poblacional establecido por el gobierno. Con este antecedente se planteó la siguiente interrogante: ¿por qué la población desobedece las medidas de confinamiento pese a los riesgos que esto implica? El propósito del estudio aporta elementos para la reflexión y la acción frente a este tipo de crisis, principalmente pública. Metodológicamente la investigación usó el análisis documental priorizando datos estadísticos oficiales y normativos relacionados con el contexto social y laboral de personas con ingresos inferiores al salario mínimo. El estudio concluyó que la población vulnerable, por condiciones materiales no pudo acatar las medidas decretadas de confinamiento social. La ausencia de políticas públicas orientadas a mitigar el desempleo y subempleo afectan las condiciones de vida de los ecuatorianos, destacando en especial el caso de Guayaquil.

Palabras Clave: Políticas Públicas, empleo, seguridad social, población vulnerable, cambios estructurales

Abstract

Among the main causes that are considered when explaining the uncontrolled expansion of COVID-19 in Ecuador, is the lack of compliance with the population isolation established by the government. With this background, the following question was raised: why does the population disobey the confinement measures despite the risks that this implies? The purpose of the study provides elements for reflection and action in the face of this type of crisis, mainly public. Methodologically, the research used documentary analysis, prioritizing official and normative statistical data related to the social and labor context of

people with incomes below the minimum wage. The study concluded that the vulnerable population, due to material conditions, could not comply with the decreed measures of social confinement. The absence of public policies aimed at mitigating unemployment and underemployment affect the living conditions of Ecuadorians, especially the case of Guayaquil.

Key Words: Public Policies, employment, social security, vulnerable population, structural changes

Introducción

Una de las principales causas que se exponen para explicar la expansión descontrolada del COVID-19 en Ecuador, tiene que ver con el poco acatamiento de las medidas de confinamiento definidas por parte del gobierno frente al aislamiento de la población. A esto se añade, que existen vínculos importantes, socioeconómicos, entre este país y otros como España. Se presume que el paciente 0 que provino de allí, reportó el ingreso a Ecuador el 14 de febrero del presente año³. Las razones enunciadas por epidemiólogos y demás autoridades sanitarias, no esclarecen del todo, el hecho que sea la ciudad de Guayaquil en los inicios de la emergencia sanitaria, uno de los epicentros de esta pandemia no solo en el país, sino en la región.

Pero, ¿las causas detrás de esta crisis se deben a la desobediencia de la población de Guayaquil como se ha venido planteando? Si se sigue este criterio, ¿por qué la población de esta ciudad desobedece pese al riesgo que esto implica? La investigación aporta elementos

³ Millán Valencia. Alejandro (26 de marzo de 2020). Coronavirus: ¿por qué Ecuador tiene el mayor número de contagios y muertos per cápita de covid-19 en Sudamérica? BBC News Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52036460>

para la reflexión y la acción pública; se sostiene que las principales causas, no coyunturales sino estructurales de esta crisis, se encuentran en la composición socioeconómica del mercado laboral ecuatoriano que incluye personas con empleo pleno y adecuado; subempleo y empleo no pleno, o desempleo que permite definir un grupo poblacional vulnerable con ingresos inferiores al salario mínimo; con poca capacidad de ahorro y cobertura a los sistemas de seguridad social; actividades económicas desarrolladas principalmente en el espacio público; y sin ningún tipo de registro formal para su operación. Una población que, por condiciones materiales no pueden acatar las medidas decretadas de aislamiento social.

Desarrollo

Aproximación al mercado laboral en el país

Según los datos de la encuesta de empleo, subempleo y desempleo, la clasificación de la población económicamente activa en el país, se da en dos grandes grupos:

- Empleo: En este grupo se incluye la población que cuenta con un empleo adecuado, y aquella que tienen un subempleo, un empleo no pleno o no remunerado, y aquel tipo de empleo no clasificado.
- Desempleo: En este grupo se incluyen las personas sin empleo, que están disponibles para trabajar y aquellas que se encuentran buscando trabajo o han realizado gestiones concretas para conseguir empleo o establecer un negocio.

Esta clasificación señala un aspecto importante. Existe un grupo conformado por personas en subempleo, en empleo no pleno o no remunerado y desempleadas, que comparten al menos una característica relevante para el análisis: no perciben ingresos o éstos son

inferiores a un salario mínimo⁴. Esto identifica un grupo de población vulnerable ante la actual situación de emergencia sanitaria.

Durante el periodo 2010-2019, para las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Machala y Ambato, la tasa de empleo pleno/adecuado ha mantenido una dinámica más o menos constante o sin variaciones estadísticamente significativas, en cada una de estas ciudades. De las cinco ciudades analizadas en la tabla 1, Quito y Cuenca mantienen porcentajes por encima del 60%. Se resalta de igual forma que, solo la ciudad de Machala ha logrado subir cinco puntos porcentuales; si se comparan las cifras de 2010 frente a las de 2019. Contrario a esto, las cuatro ciudades restantes presentan un descenso en esta tasa cuando se compara 2010 con 2019.

⁴ Si bien en la categoría de subempleo se incluyen aquellas personas con ingresos superiores a un salario mínimo, pero con insuficiencia en tiempo de trabajo, también se incluyen a las personas que tienen insuficiencia en el tiempo, y que tampoco alcanzan ingresos iguales o superiores a un salario mínimo. La definición del subempleo según el INEC es: “Subempleo por insuficiencia de tiempo de trabajo: Son personas con empleo que, durante la semana de referencia, trabajan menos de 40 horas, percibieron ingresos laborales iguales o superiores al salario mínimo en el mes anterior al levantamiento de la encuesta y desean y están disponibles para trabajar horas adicionales. También conforman este grupo las personas que además de trabajar menos de 40 horas semanales y tener el deseo y la disponibilidad de trabajar horas adicionales, perciben ingresos laborales mensuales inferiores al salario mínimo (...)”. INEC, (s/f). “Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU) Documento Metodológico”. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2018/Septiembre-2018/ENEMDU_Metodologia%20Encuesta%20Nacional%20de%20Empleo%20Desempleo%20y%20Subempleo.pdf

Tabla 1.

Tasa de empleo pleno/adequado periodo 2010-2019

Periodo	Quito	Guayaquil	Cuenca	Machala	Ambato
2010	65%	55%	66%	50%	54%
2011	63%	57%	65%	56%	61%
2012	62%	60%	67%	58%	57%
2013	70%	57%	68%	58%	56%
2014	70%	60%	65%	55%	61%
2015	66%	56%	64%	57%	58%
2016	57%	49%	56%	49%	46%
2017	61%	50%	57%	51%	54%
2018	57%	52%	61%	55%	52%
2019	54%	51%	63%	55%	50%
Promedio/ ciudad	62%	54%	63%	54%	54%

Nota: Elaboración propia basada en INEC, 2019.

El mercado laboral se complementa con las tasas de subempleo y desempleo. Las tablas 2 y 3 presenta los datos de estas categorías. Resulta estadísticamente significativo, el hecho que Guayaquil alcanzara niveles de subempleo por encima del 20% para los años 2016 y 2017, mientras el resto de ciudades se mantuvieron por debajo del 20%. Para las cinco ciudades, un incremento importante en la tasa de subempleo se da a partir del 2016, hecho que se resalta. Si bien, 2018 parece ser un año de disminución, el aumento vuelve en 2019, exceptuando a Guayaquil.

A diferencia de la categoría de empleo pleno/adequado, el subempleo si ha demostrado una variación importante durante la década analizada. Momentos de aumentos progresivos hasta alcanzar un pico considerable en 2017; seguido de un año de descenso en 2018 y de

nuevo aumento en 2019. Aunque el comportamiento ha sido disímil para las cinco ciudades, en un análisis comparativo, es Guayaquil la ciudad con la mayor tasa de subempleo. De igual forma, frente a ciudades como Quito o Cuenca, entre 2010 y 2015 Guayaquil mantuvo una tasa de subempleo cercana o por encima del 10%, mientras Quito y Cuenca la mantuvieron cercana o por encima del 5%.

Tabla 2.

Tasa de subempleo periodo 2010-2019

Periodo	Quito	Guayaquil	Cuenca	Machala	Ambato
2010	7.7%	13.1%	6.2%	14.8%	6.8%
2011	4.7%	9.5%	5.8%	8.3%	6.1%
2012	4.0%	7.5%	3.7%	7.2%	6.1%
2013	6.4%	9.3%	5.5%	9.5%	9.5%
2014	5.0%	10.3%	4.6%	8.9%	9.4%
2015	5.5%	12.4%	6.3%	9.5%	10.7%
2016	13.1%	20.2%	11.0%	13.0%	17.0%
2017	11.7%	21.0%	11.9%	15.9%	15.2%
2018	9.7%	18.9%	8.6%	11.7%	11.6%
2019	13.9%	16.2%	9.1%	12.2%	13.6%
Promedio/ ciudad	8.17%	13.84%	7.27%	11.2%	10.6%

Nota: Elaboración propia basada en INEC, 2019.

A propósito de la categoría de desempleo, resulta estadísticamente significativo, la disminución progresiva de esta tasa en Guayaquil, proporcional con el aumento en su tasa de subempleo. El comportamiento de esta categoría en las otras ciudades, tiene ciertas variaciones. En Quito se resalta que en 2016 se duplicó la tasa de desempleo en comparación

con 2015, mientras en Cuenca, Machala y Ambato se mantiene una dinámica estable, cercana al 5%.

Tabla 3.

Tasa de desempleo periodo 2010-2019

Periodo	Quito	Guayaquil	Cuenca	Machala	Ambato
2010	4.3%	7.6%	2.5%	4.3%	3.2%
2011	4.3%	5.9%	3.9%	4.6%	2.3%
2012	4.4%	5.5%	3.7%	4.4%	3.3%
2013	4.0%	5.7%	3.7%	3.8%	3.4%
2014	3.2%	4.0%	2.3%	2.5%	3.7%
2015	4.9%	4.8%	3.3%	2.7%	5.7%
2016	9.1%	6.4%	4.8%	5.3%	7.1%
2017	9.4%	4.4%	5.6%	5.6%	6.1%
2018	8.2%	3.1%	4.7%	5.4%	3.4%
2019	7.9%	2.9%	3.7%	4.2%	4.0%
Promedio/ ciudad	5.97%	5.03%	3.49%	4.28%	4.22%

Nota: Elaboración propia basada en INEC, 2019.

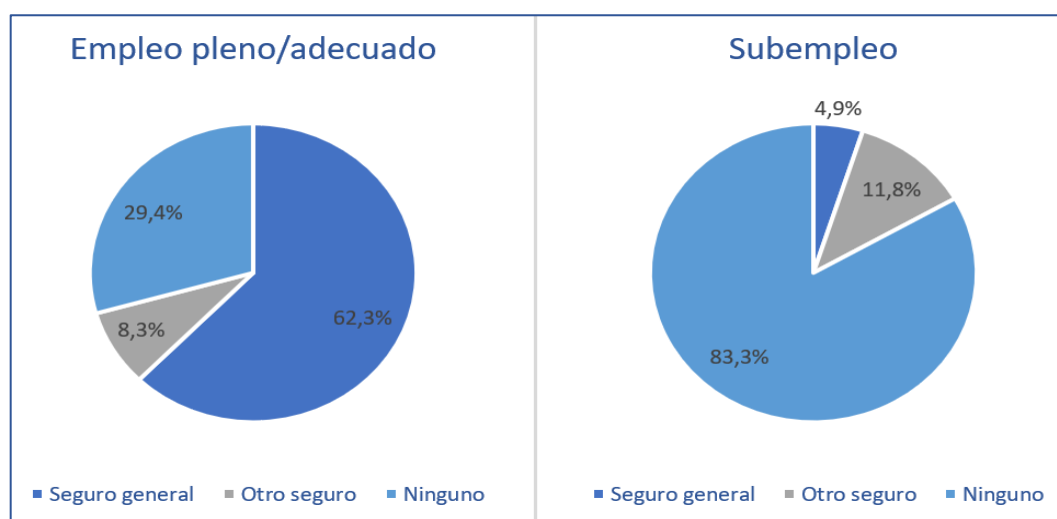
El mercado laboral que se describe en las tablas anteriores, resulta mucho más complejo en la realidad, pues deben incorporarse otras variables relacionadas con las condiciones de vulnerabilidad o disfrute de derechos fundamentales por parte de las personas con estas formas de empleo no pleno. Entre ellas, acceso a vivienda digna, a educación, a alimentación, entre otras. Para que las personas puedan acatar las medidas determinadas frente a la crisis sanitaria y social desatada por el COVID-19, no solo deben tener resueltas parte de estas necesidades básicas sino también contar con un aseguramiento social que garantice el acceso

al sistema de salud, y a subsidios y demás apoyos económicos, mientras están cesantes por cumplir con las medidas de aislamiento social.

Si bien la mitad aproximada de la población económicamente activa cuenta con un empleo adecuado/pleno, la mitad restante se encuentra en subempleo, con empleo no adecuado o desempleada. Es decir, personas con ingresos inferiores al salario mínimo, sin posibilidades de generar ahorros voluntarios para enfrentar épocas de crisis, y sin cobertura de seguridad social, como se presenta en la figura 1.

Figura 1.

Cobertura comparada en seguridad social, marzo 2018⁵



Nota: Elaboración propia basada en INEC, 2018.

Este análisis comparativo a nivel nacional, resalta el elevado porcentaje de personas en subempleo sin ninguna cobertura de seguridad social⁶. Según las estadísticas antes presentadas, es lógico afirmar que, la población en subempleo, empleo no pleno y

⁵ Los datos más recientes para este indicador, se encuentran hasta el mes de marzo de 2018.

⁶ La seguridad social, según el INEC (s.f.), Indicador de Seguridad Social por tipo de empleo, se entiende como el principal sistema de protección social, que consiste en un sistema público (seguro general) o privado (otro seguro) de protección frente a situaciones de necesidad o frente a determinados riesgos que impiden la actividad laboral, limitan o anulan la capacidad de trabajo.

desempleada es la más vulnerable a la crisis social y sanitaria, dadas las barreras de acceso a sistemas de salud y seguridad social. Por lo tanto, la ciudad de Guayaquil, con los niveles más altos de subempleo, resulta ser una de las más vulnerable del país. Adicional a esto, se resaltan dos aspectos que caracterizan a este grupo poblacional.

- *Dificultad en la organización:* Dadas las características de subempleo, empleo no pleno y desempleo, las personas que integran este grupo tienen dificultades para realizar negociaciones colectivas sobre ajustes salariales, pago de horas extras, cotizaciones en fondos de pensiones, cobertura en seguridad social, calidad del sistema de salud y mejoramiento de las condiciones físicas de trabajo, entre otros aspectos. Es decir, son sujetos de derechos, con baja capacidad de acción colectiva y baja incidencia en las decisiones públicas.
- *Ausencia de derechos:* La baja capacidad de acción e incidencia de este grupo de personas, dificulta la exigencia de derechos fundamentales como el derecho a la vivienda, a la educación y a la salud; al tiempo que el actuar del Estado social de derecho tampoco demuestra su enfoque garantista.

Las estadísticas han señalado la configuración de un amplio sector poblacional, sin capacidad organizativa para demandar al Estado la garantía de sus derechos y con altos niveles de vulnerabilidad ante una crisis como la actual. Esta configuración advierte el papel preponderante de la política laboral, como herramienta para preparar el actuar público ante situaciones de crisis y emergencia, generando incentivos y condiciones para empleadores y trabajadores, que permitan un ingreso y permanencia en el sector formal y en actividades de empleo pleno y adecuado.

Política laboral en Ecuador

En este apartado se presentan, de manera general, las principales decisiones públicas en materia laboral en Ecuador, en la última década. Aunque esta descripción resulte general, el principal propósito es el de identificar el carácter de estas decisiones, en cuanto los instrumentos de política seleccionados, los objetivos perseguidos y los efectos generados.

Es importante señalar que, si el mercado laboral depende de variables macroeconómicas, las políticas laborales deben responder a las fluctuaciones cíclicas de la economía, tanto en sus etapas de crecimiento como en los momentos de desaceleración (Grupo FARO, 2019). Es decir, también deben prever los efectos negativos en el empleo y en el bienestar de los trabajadores. De allí la importancia de analizar el desempeño de las políticas laborales en un momento de crisis económica, social y sanitaria como el que se vive en la actualidad.

Un elemento a destacar en la política pública en materia laboral en Ecuador es su marco normativo. La Constitución de 2008 se caracteriza por establecer principios que buscan mejorar el empleo en el país y el bienestar de los trabajadores. En torno a ello la asamblea constituyente dictó distintos mandatos constituyentes que regulan la remuneración mensual para los trabajadores, la estabilidad laboral, la prohibición de cualquier forma de precarización laboral, la eliminación de la contratación por horas, entre otros. Por su parte el artículo 33 de la Constitución define al trabajo no solo como un derecho, sino, a demás, como un deber social, factor que procura garantizar el trabajo y empleo en Ecuador. Además, busca mejorar las condiciones laborales de adultos mayores, jóvenes, mujeres y personas con discapacidad, para ello, la política laboral promueve una adecuación de la legislación interna en cada un grupo antes señalado.

Por su parte, la legislación en Ecuador busca a través de su aplicación, hacer efectivos los mandatos y derechos constitucionales antes indicados. En este contexto, se puede destacar el establecimiento de un salario digno en el código orgánico de la producción, comercio e inversión; el derecho al trabajo que tienen las personas con capacidad, previsto en la ley orgánica de discapacidades; la ampliación de los beneficios de la seguridad social que contempló la ley reformativa a la ley de seguridad social; la penalización de la no afiliación a la seguridad social, tipificado en el código integral penal; se regula el trabajo del hogar y se reforman varios artículos del código de trabajo en la ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar; en la ley orgánica para la promoción del trabajo, juvenil, se regula la excepcionalidad de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo se reformó la ley de pasantías en el sector empresarial, se reforma al código del trabajo y la ley de seguridad social a fin de mejorar la regulación del derecho del trabajo juvenil.

Metodología

El estudio se desarrolla a través de un enfoque cualitativo, que recabó información a través del análisis documental profundo. Tiene un alcance descriptivo considerando el desarrollo de conceptos relacionados con las políticas sociales y laborales orientadas al acercamiento y comprensión de la problemática de estudio. Se destaca la revisión de documentos teóricos, normativos e informes estadísticos.

En el análisis documental se destacan los resultados que en materia laboral han sido publicados por Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC. En cuanto a los elementos teóricos, aquellos relacionados con las políticas sociales y laborales. Finalmente, en el

análisis normativo se destacan aquellas disposiciones que describen el marco regulatorio del Ecuador en los últimos diez años en materia laboral y social.

Resultados

De la descripción realizada se pueden destacar los siguientes aspectos a manera de resultados.

Lo que se ha hecho:

Las decisiones tomadas se han concentrado, principalmente, en el mejoramiento de las condiciones laborales. Esto se refleja en la regulación salarial y en la estabilidad, en las formas de contratación, en la extensión de la seguridad social a núcleos familiares, y en las condiciones contractuales de la población con discapacidad. Sumado a esto, también se han tomado decisiones relacionadas con la inclusión de sectores poblacionales al mercado laboral como el de los jóvenes, bajo relaciones formales; así como el reconocimiento y regulación de formas de trabajo doméstico y no remunerado en los hogares.

Lo que no se ha hecho:

Pese al lugar preponderante que ocupa el empleo no pleno o inadecuado en el mercado laboral, no se identifican decisiones que busquen incidir, ya sea de manera directa o indirecta, en este asunto. Como se señaló antes, las principales preocupaciones han girado en torno a regular la parte formal del mercado laboral. De acuerdo con Olmedo (2018), todo tipo de empleo que no sea adecuado o pleno, también debe ser objeto de política. La ausencia de decisiones públicas en este sentido, pueden explicar en parte, las consecuencias que ha tenido la crisis actual.

Conclusiones

La ausencia de políticas públicas orientadas a incidir en el empleo no pleno o inadecuado, se manifiesta en el deterioro de las condiciones de vida y de salud pública por las que atraviesan los ecuatorianos y en especial los guayaquileños en la actual emergencia sanitaria, quienes registraron en el 2018 la tasa de pobreza más alta del país con el 14.1 %⁷. En este contexto es fundamental promover el diseño de políticas públicas más integrales, es decir, que fomenten las mejoras de las condiciones en el ámbito formal, sin dejar de lado aquellas necesidades apremiantes que giran en torno al subempleo o al desempleo.

La integralidad de las políticas públicas generarán efectos positivos en el mercado laboral, en la medida en que se movilicen instrumentos de política en diferentes ámbitos como: economía, educación, cultura, salud, tecnología, industria, desarrollo territorial, entre otras; y de esta manera se generen cambios cuantitativos y cualitativos en el ámbito del empleo pleno, garantizado su estabilidad y mejorando sus condiciones, y combatiendo el subempleo y el desempleo presentes en la sociedad.

Finalmente, según la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) las políticas públicas orientadas a mejorar las condiciones del empleo pueden clasificarse en activas y pasivas. Las primeras, caracterizadas por estar diseñadas con una perspectiva a largo plazo, actúan sobre la oferta y la demanda del trabajo, atacan aspectos estructurales y buscan generar nuevos empleos. Por su parte, las políticas pasivas se orientan en ciclos cortos y procuran reducir el desempleo a través de subsidios. Para Julio César Neffa, las políticas

⁷ Lombeida, Esteban (2018). Reporte de Pobreza y Desigualdad. Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC, coordinación general de innovación en métricas y análisis de la información. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2018/Junio-2018/Informe_pobreza_y_desigualdad-junio_2018.pdf

públicas de empleo deben diseñarse considerando ambos aspectos. Por un lado, buscando empleos estables; y por otro protegiendo a los desempleados a través de subsidios y mecanismos que permitan el acceso a la seguridad social⁸. En este sentido, tanto políticas activas como pasivas resultan fundamentales para enfrentar crisis como la desatada con el COVID-19.

Referencias Bibliográficas

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (14 de abril de 2015). Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar [Registro oficial 483 de 2015]. Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/ecuador_-_ley_org._para_la_justicia_labora_y_reconocimiento_del_trabajo_en_el_hogar.pdf

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (15 de agosto de 2017). Ley Orgánica Reformatoria a la Ley del Servicio Público [Registro oficial 78 de 2017]. Recuperado de: https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1907/1/LEY_ORG%C3%81NICA_A_REFORMATORIA_A_LA_LEY_ORG%C3%81NICA_DEL_SE_542_542.pdf

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (16 de diciembre de 2016). Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo [Registro oficial 906 de 2016]. Recuperado de: <http://gobiernoabierto.quito.gob.ec/Archivos/Transparencia/2016/12diciembre/A2/A>

⁸ Neffa, J y Brown, B. (2011). *Empleo, desempleo y políticas de empleo No 5*, CEIL - PIETTE CONICET, Buenos Aires.

[NEXOS/PROCU LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LOSEP Y AL CODIGO DEL TRABAJO.pdf](#)

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (17 de marzo de 2016). Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo [Registro oficial 720 de 2016]. Recuperado de:

https://oig.cepal.org/sites/default/files/2016_ecu.pdf

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (18 de noviembre de 2010). Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social [Registro oficial 323 de 2010].

Recuperado de: [https://socialprotection-humanrights.org/wp-](https://socialprotection-humanrights.org/wp-content/uploads/2017/06/2010_ref.leyseg.social_ecu.pdf)

[content/uploads/2017/06/2010_ref.leyseg.social_ecu.pdf](https://socialprotection-humanrights.org/wp-content/uploads/2017/06/2010_ref.leyseg.social_ecu.pdf)

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (20 de noviembre de 2014). Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la Administración de Fondos Complementarios Previsionales Cerrados [Registro oficial 379 de 2014]. Recuperado

de: [https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/100043/119789/F-](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/100043/119789/F-2053434299/LEY%20REFORMATORIA%20A%20LA%20LEY%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20.pdf)

[2053434299/LEY%20REFORMATORIA%20A%20LA%20LEY%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20.pdf](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/100043/119789/F-2053434299/LEY%20REFORMATORIA%20A%20LA%20LEY%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20.pdf)

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (25 de septiembre de 2012). Ley orgánica de discapacidades [Registro oficial 796 de 2012]. Recuperado de:

https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorg.dediscapacidades_ecu.pdf

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (30 de julio de 2012). Ley orgánica para la defensa de los derechos laborales [Registro oficial 797 de 2012]. Recuperado de:

<https://vlex.ec/vid/ley-organica-defensa-derechos-645314169>

Código Integral Penal [Código]. (2014). Recuperado de: <https://vlex.ec/vid/codigo-organico-integral-penal-631464447>

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión [Código]. (2010). Recuperado de: <https://www.correosdeecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/11/COPCI.pdf>

Constitución de la Republica del Ecuador [Const.] (2008). Recuperado de: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Grupo FARO (2019). Reforma laboral: Nueva evidencia a la discusión. La Caracola Editores. Recuperado de: <https://grupofaro.org/wp-content/uploads/2019/09/INFORME-EMPLEO.-REFORMA-LABORAL.-SEP-2019pdf.pdf>

Lombeida, Esteban (2018). Reporte de Pobreza y Desigualdad. Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC, coordinación general de innovación en métricas y análisis de la información. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2018/Junio-2018/Informe_pobreza_y_desigualdad-junio_2018.pdf

Millán Valencia. Alejandro (26 de marzo de 2020). Coronavirus: ¿por qué Ecuador tiene el mayor número de contagios y muertos per cápita de covid-19 en Sudamérica? BBC News Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52036460>

Ministerio del Trabajo (06 de septiembre de 2018). Decreto ejecutivo proyecto de inversión pública “Mi primer empleo”. [Decreto Ejecutivo 489 de 2018]. Recuperado de:

https://www.tfc.com.ec/uploads/noticia/adjunto/526/MINISTERIO_DEL_TRABAJO_PROYECTO_INVERSION_PUBLICA_MI_PRIMER_EMPLEO.pdf

Ministerio del Trabajo (20 de septiembre de 2018). Decreto ejecutivo proyecto de inversión pública “Empleo Joven”. [Decreto 516 de 2018]. Recuperado de:

https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/07/Manual-Empleabilidad-Juvenil_V5.pdf?x42051

Neffa, J. & Brown, B. (2011). *Empleo, desempleo y políticas de empleo No 5*. CEIL – PIETTE CONICET, Buenos Aires.

Olmedo, P (2018). El empleo en el Ecuador - Una mirada a la situación y perspectivas para el mercado laboral actual. Friedrich Ebert Stiftung, Ecuador.

Rivadeneira, Damián et al. (s/f). “Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU) Documento Metodológico”. Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2018/Septiembre-2018/ENEMDU_Metodologia%20Encuesta%20Nacional%20de%20Empleo%20Desempleo%20y%20Subempleo.pdf

El derecho a la ciudad desde la interculturalidad Kichwa Otavalo

The right to the city from the Kichwa Otavalo interculturality

Pablo Ricardo Mendoza Escalante¹.
Universidad de Otavalo (Ecuador). pmendoza@uotavalo.edu.ec

Maria Augusta Vásquez².
Universidad de Otavalo (Ecuador). mvasques@uotavalo.edu.ec

Isabel Alejandra Mendoza Rojas³.
Universidad de Otavalo (Ecuador). e_iamendoza@uotavalo.edu.ec

Recibido: 30/09/2021

Aceptado: 12/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?:

Mendoza, P.; Vásquez, M.; Mendoza, I. (2022). El derecho a la ciudad desde la interculturalidad Kichwa Otavalo. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”), 165-180.

¹ Abogado por la Universidad Católica del Táchira Venezuela. Magíster en Desarrollo Agrario por la Universidad de Los Andes (ULA), Venezuela; Docente investigador de la Universidad de Otavalo Ecuador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7014-7786>.

² Abogada de la Universidad Central del Ecuador. Magister en Internacional Crime and Justice Universita di Torino. Docente investigadora de la Universidad de Otavalo Ecuador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0429-1231>

³ Estudiante por la Universidad de Otavalo Ecuador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9584-2360>.

Resumen:

Este trabajo surgió como parte del proyecto de investigación de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo de 2021 “Justicia Indígena en el Siglo XXI: dificultades, propuestas y perspectivas”. El objetivo, fue analizar el derecho a la ciudad desde un enfoque de interculturalidad, específicamente desde la cultura Kichwa Otavalo; Para ello, se realizó una investigación documental con un enfoque cualitativo. Como resultados; resalta que, las concepciones de desarrollo urbanístico desde el colonialismo son excluyentes de las tradicionales ancestrales lo que minimiza la diversidad y la interculturalidad, sin embargo, en Otavalo la población indígena Kichwa ha resistido enalteciendo su cultura en la ciudad y su entorno. De acuerdo con ello, se concluyó que la ciudad de Otavalo, aunque muestra el modelo colonial español, armoniza en su centro histórico elementos propios de su cultura que se reflejan en su colorido, murales, cementerios, parques y topónimos de calles y avenidas.

Palabras clave: Ciudad, interculturalidad, Kichwa Otavalo, urbanístico, colonialismo.

Abstract:

This work arose as part of the research project of the University of Otavalo Law degree in 2021 “Indigenous Justice in the XXI Century: difficulties, proposals and perspectives”. The objective was to analyze the right to the city from an intercultural approach, specifically from the Kichwa Otavalo culture; For this, a documentary research was carried out with a qualitative approach. As results; It highlights that the conceptions of urban development since colonialism are exclusive of the ancestral traditional ones, which minimizes diversity and interculturality, however, in Otavalo the indigenous Kichwa population has resisted, enhancing their culture in the city and its surroundings. In accordance with this, it was concluded that the city of Otavalo, although it shows the Spanish colonial model, harmonizes in its historic center elements of its culture that are reflected in its colors, murals, cemeteries, parks and place names of streets and avenues.

Keywords: City, interculturality, Kichwa Otavalo, urbanism, colonialism.

Introducción

Hacer alusión al enfoque de interculturalidad dentro de los tópicos que atiende el derecho a la ciudad no es un tema muy abordado; de allí, que el analizar y comprender el origen de ciudad colonial con matices europeos en Latinoamérica sobre territorios indígenas, puede representar un punto de partida para ello. De este modo, siguiendo a Jaramillo (2011):

Se ha dicho que todo pueblo tiene necesidad de sus raíces porque la cultura es el gesto vital y simple de pisar la tierra, de sentirse confiado y respaldado por una tradición, de saber que el acto de hoy tiene una justificación en la sabiduría creada y respetada por los antepasados (p. 367).

En este contexto, es primordial acudir a la historiografía de Otavalo, partiendo de su fundación por Sebastián de Benalcázar, en el año 1534, destacando como corregimiento. Posteriormente alcanza el rango de Villa el 11 de noviembre de 1811 y dieciocho años más tarde asume la categoría de Ciudad el 31 de octubre de 1829, mediante Decreto del Libertador Simón Bolívar. El referido Decreto, se sustentó en el censo de 1825 donde se reflejaban 7.447 habitantes de los cuales 5.461 eran reconocidos como indios, la importancia económica por su agricultura y por sus artesanías y tejidos.

Treinta y ocho años luego de ser elevada a ciudad, Otavalo vive un embate de la naturaleza; En virtud del terremoto de 1868, que según Jaramillo (2011):

El terremoto del 16 de agosto de 1868 destruyó totalmente los templos otavaleños de San Luis, El Jordán y la Guardianía de San Francisco. De San Luis se salvaron, con algunas imágenes religiosas, sus dos campanas. En la reconstrucción de Otavalo, junto a la plaza pública, actual parque Bolívar, se edificó la nueva iglesia de San Luis ya no en la dirección que tenía antes del cataclismo, de Norte a Sur, sino de Oriente a Occidente. El

templo, de tres naves, trazado en forma de cruz latina, fue construido entre 1890 y finales de la misma década (p. 395).

Este fenómeno natural, impactó en las casas construidas sobre adobes que para la época eran construcciones vulnerables, lo que ocasionó la destrucción de la pequeña ciudad de Otavalo, lo que trajo como consecuencia su reconstrucción mediante la planificación necesaria. Jaramillo (2006) citando a Villavicencio, en 1858, proporciona esta información:

Otavalo tiene sus calles rectas, casas de adobe cubiertas de teja, algunas de dos pisos; es un lugar pintoresco por sus hermosas huertas, con cercados cubiertos de mora (especie de frambuesa superior) y siempre verdes. Los principales edificios son: la matriz llamada Jordán, la guardianía de San Francisco, el templo de la parroquia de San Luis dentro del lugar, y fuera de él, la capilla del Molino, situada a orilla del pequeño riachuelo del mismo nombre, donde se hace la romería de la virgen del Rosario (p. 19).

De acuerdo con lo anterior, esta investigación, consideró el proceso de construcción de una Ciudad donde convergen actualmente la sociedad indígena urbana, mestizos, blancos, extranjeros entre otros, cada uno con su cultura y tradiciones y a los que la ciudad debe armonizar desde la interculturalidad y sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ecuatoriana de 2008 para la consecución del buen vivir.

En este orden de ideas, la investigación se orienta a desarrollar como objetivos; identificar las tradicionales ancestrales y el derecho propio de las comunidades indígenas presentes en Otavalo, para marcar la cultura Kichwa Otavalo donde elementos como el uso del idioma, la vestimenta, las tradiciones y la Justicia indígena desde el Pluralismo Jurídico reconocido en el artículo 171 de la Constitución de 2008 del Ecuador exigen que la ciudad permita el ejercicio de sus derechos en distintas áreas y espacios de la misma.

Un segundo objetivo planteado es caracterizar las diferencias socioculturales que comparten y exigen el derecho a la ciudad, al interior del grupo tanto del sector urbano, como

del rural, existen niveles socioeconómicos marcados y movilidad de clase que los identifica entre indios, pobres y ricos. La convivencia con mestizos, blancos, costeños y extranjeros. Y Finalmente, el objetivo general es el analizar cómo la Ciudad de Otavalo desde la interculturalidad permite y ofrece a su población en general y visitantes disfrutar y ejercer los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a una salud integral, a un sistema educativo, de salud y de justicia que considere los elementos propios de la interculturalidad. Para ello, se parte de la idea, de que Otavalo ofrece desde la interculturalidad múltiples escenarios de convivencia y de Justicia para sus habitantes; sin embargo, desde la administración pública se deben procurar políticas públicas diferenciadas que garanticen desde el enfoque intercultural el ejercicio de los derechos, especialmente el derecho a la ciudad.

Desarrollo

Geográficamente, la ciudad de Otavalo se encuentra ubicada a 2.565 metros sobre el nivel del mar. En tal sentido, “El valle del amanecer” se encuentra rodeado por lagos, ríos, valles y montañas y de dos volcanes: El Taita Imbabura al oriente, de alrededor de 4600 metros sobre el nivel del mar y Mama Cotacachi al occidente con 4.939 metros, el Mojanda al sur, que conforman un cerco natural a través el nudo de Mojanda Cajas. Otavalo, desde la división política territorial está conformado por once (11) parroquias: El Jordán, San Luís, Dr. Miguel Egas, Eugenio Espejo, Gonzáles Suárez, San José de Quichinche, San Juan de Ilumán, San Pablo del Lago, San Pedro de Pataquí, San Rafael y Selva Alegre.

En el trabajo denominado: “Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad” de Ariruma Kowii Maldonado del año 2005; se destaca que la cultura kichwa promueve procesos interculturales y la gobernabilidad como concepto. De acuerdo con ello, Maldonado (2005) afirma que:

La década de los 70, 80, 90, se sienta en Otavalo y en sus comunidades aledañas, como, Peguche, Quinchuqui, la Comunidad Imbaya de Ibarra, -oriundos de Quinchuqui presencia de grupos culturales, individuos de la población kichwa que trabajaron por los derechos culturales y políticos del Pueblo Kichwa, una propuesta que se contraponía a la tradicional propuesta de los “movimientos campesinos” (p. 2).

Complementa el citado autor que: “Un ejemplo de ello constituye la recuperación de las fiestas del Inti Raymi, en este caso el estudio de su herencia histórica, el análisis de la riqueza simbólica de la fiesta, la identificación y uso de parámetros culturales” (p.2).

Para conceptualizar la cultura Kichwa acudimos a la filosofía del pueblo Kichwa, que se caracteriza por su sentido de humanidad las cosas animadas e inanimadas, donde todo se rige bajo un eje central de vida. En el cual la pacha mama es un sujeto vivo con derechos; bajo esta visión ha procurado conservar su entorno, retocarlo e innovarlo permanentemente, de allí que desde el principio de participación todas las administraciones publicas centrales y descentralizadas deben considerar el eje transversal de la interculturalidad.

Es importante resaltar que el “Tinkuy” según Maldonado (2005) “hace referencia a la fricción, a la confrontación, al diálogo, al consenso que finalmente logran establecer en la disputa que se genera en dos núcleos o en su defecto en las fronteras de cada comunidad o cada grupo étnico” (p.4). Así mismo el “Tantanakuy” que refiere a: “las asambleas comunitarias, en donde podemos encontrar, el sentido comunitario, la participación de los miembros de la comunidad, es decir, niños, jóvenes, hombres, mujeres, ancianos, etc.” (p.4). Cabe resaltar desde el Derecho a la Ciudad y la interculturalidad, el “Jambi Huasi” de la ciudad de Otavalo, que surge en octubre de 1984, que reivindica lo cultural que promueve el servicio de salud Kichwa y también Occidental.

En cuanto a lo “Urbano” y lo “histórico cultural” Capel (2009) señala:

El patrimonio histórico cultural se convierte en algo muy valioso para las pequeñas ciudades. Ante todo, para la identidad y el orgullo de los ciudadanos, y para enriquecer su cultura y la innovación. Pero también como potencial para explotar desde el punto de vista económico. El patrimonio cultural es esencial para el mantenimiento de tradiciones y de la memoria histórica. Todas las ciudades tienden a parecerse, a ser homogéneas. Interesa, por ello, mantener y potenciar las singularidades, la historia y el patrimonio cultural. No se debe idealizar el pasado, pero tampoco destruir la memoria (p.21).

Del mismo modo el patrimonio industrial se presenta como un elemento patrimonial cultural, de acuerdo con Benito (2010): “se le reconoce un interés histórico-artístico y un valor material y social cuyo inventario, protección y conservación se hacen imprescindibles para comprender la sociedad contemporánea y valorar la herencia recibida de la era industrial” (p. 354). En este sentido, Otavalo muestra su industria de tejidos que atraen hoy como museos desde la interculturalidad y que la Ciudad ofrece al turismo, pero también a las nuevas generaciones de Kichwas Otavalo, como la antigua fábrica San Pedro donde hoy se encuentra el museo Otavalango. Es así como Dot Jutgla y otros (2015) apuntan que:

Ante los nuevos retos del espacio global del siglo veintiuno, las acciones estratégicas de las instituciones locales se estructuran a partir de la creación de imagen y de la proyección simbólica de la ciudad, y permiten aprovechar los recursos locales específicos de tipo cultural para el posicionamiento e internacionalización de las ciudades (p. 12).

En este contexto, la Ciudad de Otavalo se proyecta desde lo comercial, lo turístico y lo intercultural desde la Plaza de Los Ponchos, también conocida como Mercado Centenario, es el escenario de la mayor feria artesanal del norte del Ecuador, en ella convergen los productos artesanales de Otavalo con sus particularidades de color, textura, simbolismos, combinados con la música propia de las comunidades indígenas. De esta forma la ciudad responde al derecho

de los artesanos indígenas que con sus empresas atienden al turismo nacional e internacional y a su vez proyectan la riqueza y diversidad cultural Kichwa Otavalo, al punto de que la Plaza de Ponchos es un referente mundial de la zona norte del Ecuador.

Es importante resaltar como los mindaláes, durante el siglo XVI se ubicaban en sitios estratégicos desde el punto de vista del intercambio comercial su posición de agentes viajeros les ubico en un lugar privilegiado como el centro de la Ciudad de Otavalo específicamente en 1929 convirtiéndose y adecuándose a una nueva realidad donde ha generado incluso ciertos conflictos por el manejo comercial propios de la modernidad y donde el punto de equilibrio lo marca la interculturalidad.

En cuanto a la ciudad como objeto de estudio, Miranda (2012) citando a Lepetit (1992) sostiene que: “fue precisamente en los años ochenta cuando la historiografía francesa consolidó a la ciudad como objeto de estudio de la historia, al tiempo que la reconocía como sujeto de la misma” (p.352).

De acuerdo con Luque (2018)

El interés de los estudios históricos urbanos se ha orientado al análisis de tres aspectos principales: el crecimiento de la ciudad y la expansión del espacio urbano, la construcción de las infraestructuras y servicios públicos y los poderes urbanos y las instituciones de gobierno local, para el período de transición de la ciudad moderna a la contemporánea (p.611).

El crecimiento de la ciudad y su expansión se denota con las parroquias urbanas periféricas “El Jordán” y “San Luis” han desempeñado un rol de áreas de expansión urbana por el bajo precio de los terrenos y la cercanía con el núcleo urbano. Sin embargo, es notable que la plusvalía de los terrenos urbanos se produce desde un intento de la población kichwa Otavalo de readquirir propiedades en el área urbana en altos valores producto de reivindicar su tenencia sobre la de cualquier otro tipo étnico. Esta tendencia provocó un aumento de valor de los bienes

inmuebles en la Ciudad de Otavalo. Además, el desarrollo del comercio y de las actividades turísticas permitieron que la actividad textil genere economías de escala en las parroquias rurales basadas en sus actividades ancestrales. La actividad turística promueve el comercio de artesanías, a partir de actividades basadas en los valores culturales de la población Kichwa.

De acuerdo con Verdugo (1995) existe una relación muy interesante entre las fiestas, vistas como procesos culturales que ayudan a fortalecer la identidad indígena al interior de “un largo proceso de mestizaje, de hibridación, de intercambio, que aún continúa” (p.105). La interculturalidad en Otavalo se ha dado por la interrelación con las diversas culturas de los pueblos que habitan en esta ciudad, basándose en el respeto a la diferencia cultural y la unidad en la diversidad; de acuerdo con ello, compartiendo lo indicado por Salgado (2005):

La Interculturalidad es entendida como un proceso político y social, forma parte de un proyecto anticolonial y antisistémico, orientado a la construcción de un nuevo tipo de estado-nación y de una democracia participativa que tome en cuenta la diversidad étnica, social y cultural, y que permita una nueva forma de redistribución de los recursos nacionales (p.41).

Siguiendo este proceso, es importante observar como en la Ciudad de Otavalo las indumentarias del pueblo Kichwa Otavalo, son reconocidas entre los demás grupos étnicos, gracias a su simbología, colorido e identificación con su entorno. Los tejidos son piezas elaboradas a mano por su propio pueblo, con sus colores, bordados y diseños naturales que representan a los Kichwa Otavalo. En este contexto, la movilidad humana de la ciudad de Otavalo refleja la diversidad cultural tanto en lo urbano como en lo rural. Según el Plan de Desarrollo de Ordenación Territorial (PDOT Otavalo) (2012) se resalta que: “De acuerdo con el censo económico 2010 en el Cantón Otavalo se encuentran 1875 locales de comercio en general y 1282 relacionados con servicios varios” (p.294).

La feria de artesanías de Otavalo se considera la más importante y reconocida en todo el territorio ecuatoriano. En este lugar se pueden adquirir desde ponchos y tapices de lana hasta los sombreros de Panamá. Se pueden encontrar artesanías de prácticamente todas las regiones, como lo son los sombreros de Panamá que provienen de las culturas de Montecristi, Jipijapa y Cuenca. Además, se pueden hallar los tejidos de lana que caracterizan las comunidades que rodean Otavalo, ropa de cuero proveniente de Esperanza, cerámica de Cotacachi, entre otros artículos.

Derecho a la Ciudad

Siguiendo a López (2011) la ciudad debe ser vista como “agenciadora de historia y como locus por excelencia de la coexistencia de diversidades” (p. 1). De acuerdo con el referido autor:

La modernidad puede apropiarse racionalmente del territorio, organizar las formas de poblamiento, gestionar la convivencia humana, sistematizar la producción y el intercambio, institucionalizar los modos de aprendizaje, construir subjetividades, atribuir identidades, encauzar las expectativas y hasta disponer del pasado y proyectar el futuro (p.1).

Todos estos elementos que componen e integran el derecho a la ciudad lo confirma Costes (2014) quien considera que: “esta institucionalización del derecho a la ciudad es una oportunidad abierta por las luchas urbanas para crear espacios políticos y democratizar las decisiones” (p.1). Dentro de los espacios que han permitido democratizar la participación diferenciada de los habitantes y visitantes de Otavalo, lo representa el Instituto Otavaleño de Antropología IOA y la Universidad de Otavalo, donde la interculturalidad es un elemento necesario dentro de la academia, la vinculación y la investigación que permiten incorporar en sus mallas académicas el Kichwa, el Pluralismo jurídico y la Justicia Indígena.

Un elemento para considerar es la forma como se ha superado la definición de lugareño y se hable del ciudadano o citadino urbano, para lo cual apuntamos lo afirmado por López (2011):

El concepto de “ciudadano” se refería originalmente al habitante de la ciudad y se distinguía del concepto de “lugareño”, que se atribuía los pobladores del mundo rural. La ciudad es ya un espacio y no un lugar, y en ese espacio el tiempo se entiende como una sucesión homogénea, predecible y racionalmente medible de momentos y no como una sucesión de acontecimientos naturales. Y es en el ámbito de la ciudad en donde surge el concepto de “ciudadanía”, referido ya no solo al hecho de habitar en la ciudad sino al derecho de los habitantes urbanos a participar por igual en la toma de las decisiones que tienen que ver con la organización y gestión de la convivencia (p.2).

Las reflexiones anteriores, orientan al derecho a la ciudad como un gran sistema de convivencias diferenciadas donde se destaca: población pluriétnica, pluricultural y diversa. Según Molano (2016) para analizar las diferentes maneras en que el derecho a la ciudad ha sido propuesto y reinterpretado se debe considerar:

En primer lugar, se describen los elementos centrales del derecho a la ciudad como construcción autónoma y obra colectiva frente al capital y al Estado. En segundo lugar, se discute la manera en que David Harvey asume el derecho a la ciudad como una posibilidad social de lucha y teoría anticapitalista, que haga del territorio urbano un escenario de construcción de alternativas de apropiación y participación política y espacial, en camino a una sociedad que supere el capitalismo. En tercer lugar, se aborda el enfoque de la geografía posmoderna de Edward Soja, para quien el derecho a la ciudad no se restringe a la lucha anticapitalista, sino que articula formas de resistencia étnica, de género y cultural, como expresión de la diversidad de experiencias urbanas. En cuarto lugar, se establece la manera en que Ana Fani Alessandri Carlos asume el derecho a la

ciudad, como forma de crítica tanto a la especialización del capitalismo financiero, como a la apropiación de este concepto por parte del Estado en Brasil (p.6).

En este orden de ideas, Molano (2016) citando a Harvey (2013) expresa que:

La práctica política insurgente convierta a los sujetos sociales urbanos en “arquitectos insurgentes”, diseñadores de utopías espaciales no capitalistas, en las que la articulación y diferenciación del espacio personal y del colectivo, así como las relaciones sociales entre personas y con las instituciones mediadoras de regulación social y los entornos ambientales no sean mediadas por el capital, sino por el bien común (p.10).

Compartiendo este criterio, en Otavalo existen sujetos sociales y políticos que plantean desde la cosmovisión del Sumak Kawsay, alternativas a la ciudad desde una epistemología apartada del eurocentrismo.

Metodología

El tipo de investigación se corresponde con la documental con enfoque cualitativo, para dar cuenta del desarrollo de la historia urbana en función de las sucesivas disciplinas como la historia económica y social, la geografía, considerando el enfoque intercultural del valle del Amanecer. En primer lugar, fue necesario acudir a distintos documentos históricos que reposan en el Instituto Otavaleño de Antropología y analizarlos en el grupo focal del observatorio Jurídico de la carrera de Derecho relacionado con Pluralismo Jurídico y el proyecto de investigación desde el grupo Justicia (s), para encuadrar las tendencias historiográficas latinoamericanas dentro del panorama internacional de la historia urbana, con especial referencia a la influencia del modelo español colonial en la construcción y modelo de ciudades en Latinoamérica.

Seguidamente, la historiografía urbana fue abordada desde algunos de los autores ecuatorianos e investigadores del Instituto Otavaleño de Antropología, considerando los

espacios geográficos indígenas desde la concepción de lugareño a ciudadano. Y finalmente se hizo una discusión grupal con docentes investigadores y estudiantes del Observatorio Jurídico sobre la ciudad como espacio/tiempo intercultural, y el gobierno autónomo descentralizado de Otavalo como la entidad competente para la gestión de la convivencia de diversidades dentro de la Ciudad.

Es así que a partir de considerar la revisión documental histográfica, el enfoque de interculturalidad, el derecho administrativo y las competencias de los GADs aunado a un contexto actual de movilidad humana y de derechos ambientales y de la naturaleza consideramos oportuno mostrar a continuación los siguientes resultados.

Resultados

El hallazgo principal de esta investigación se encuentra en reconocer que dentro de la concepción de Derecho a la Ciudad de Otavalo, converge de manera indudable aspectos de interculturalidad, resaltando la cultura y tradiciones ancestrales del pueblo Kichwa Otavalo, como un elemento de resistencia e insurgencia contra el modelo de ciudad moderna sobre el fundamento del capital y por el contrario es considerada un escenario de construcción de alternativas productivas, con respeto a la naturaleza como sujeto de derechos, con participación política diversa que procuran políticas públicas para todos.

Es importante destacar los escenarios de Justicia ordinaria e indígena que coexisten dentro de la Ciudad de Otavalo, lo que evidencia un pluralismo jurídico occidental y un sistema de derechos propios de las distintas comunidades, donde la costumbre y los Cabildos Kichwas operativizan un sistema de justicia sobre la base del equilibrio y la armonía social.

En el ámbito académico, la interculturalidad en el derecho fundamental a la ciudad se evidencia desde sus unidades básicas e institutos de Educación Superior como la Universidad

de Otavalo y el Instituto Otavaleño de Antropología, convertidos en escenarios de discusión y participación de las distintas políticas públicas, pero con enfoque de interculturalidad.

En la Ciudad de Otavalo se celebran fiestas desde las tradiciones ancestrales Kichwas como el “Raymi kuna” que están estrechamente vinculadas con el ciclo agrícola andino en la que el maíz es el principal elemento, pues viene a constituir un símbolo de la fertilidad y es el componente vital dentro de la cosmovisión indígena local. El “Koya Raymi” o ritual de la luna y la tierra, estos dos elementos que constituyen el símbolo de la fecundidad. Las fiestas del “yamor” es la más grande que Otavalo celebra en el año y que se realiza durante los primeros días de septiembre, esto se origina en un sector tradicional como el barrio Monserrat, en esta fiesta indígenas y mestizos se unen para celebrar sus costumbres y tradiciones, y para que la fiesta tenga un gran éxito ante la vista de los turistas que visitan esta ciudad.

Uno de los hallazgos más significativos dentro del ejercicio del derecho a la ciudad desde el enfoque de interculturalidad lo constituye la *Justicia Indígena*; en virtud de lo cual, en la Ciudad existen los tribunales o unidades judiciales de la Justicia ordinaria y los Cabildos Kichwa Otavalo, para materializar la Justicia indígena y la coexistencia de ambas jurisdicciones desde el contexto de *pluralismo jurídico*, esto regula desde la interculturalidad las formas de Justicia. Del mismo modo, existen agrupaciones políticas donde la interculturalidad es el punto de partida para ocupar espacios en las administraciones públicas locales, en el discurso político y en las agendas que centran en la ciudad el eje central de sus políticas públicas en salud, deporte, y por supuesto considerando sus tradiciones ancestrales.

Conclusiones

La ciudad de Otavalo de hecho es un espacio intercultural donde convergen múltiples culturas donde la otredad, entendida como el reconocimiento del otro permite y facilita el ejercicio de los derechos previstos en la Constitución ecuatoriana de 2008. Sin embargo,

consideramos desde el observatorio jurídico de la carrera de Derecho que faltan disposiciones locales y políticas públicas que desde las fuentes formales del ordenamiento jurídico la regulen con mayor precisión y rigurosidad.

Para que se hable de convivencia urbana diferenciada desde la interculturalidad en Otavalo es necesario que el Derecho a la Ciudad sea reconocido y promovido como derecho fundamental, ya que se podrían establecer las correspondientes garantías junto a otros enfoques como el de dignidad humana, género y diversidad.

Finalmente, es necesario incorporar dentro del derecho a la ciudad, desde el antropocentrismo a la Naturaleza como sujeto de derechos, el paisajismo, la fauna urbana, el arbolado para que se caracterice con los elementos propios de Otavalo, con su riqueza cultura, artesanal natural y sobre todo de la Otavaleñidad.

Referencias Bibliográficas

Capel, H. (1996), *El turismo industrial y el patrimonio histórico de la electricidad*.

<https://bit.ly/3m7Je3R>

Capel, H. (2009). *Las pequeñas ciudades en la urbanización generalizada y ante la crisis global*. Investigaciones Geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM.

<https://bit.ly/3CUJj0v>

Costes, L. (2014). *Neoliberalizatio and Evolution of the 'Right to the City'*. Justice spatiale-spatiale justice. <https://bit.ly/2W6sCyy>

Dot Jutgla, E. & Pallares, M. (2015). *Patrimonio industrial, revitalización económica y compacidad urbana en Barcelona ¿un nuevo modelo Barcelona? Patrimonio industrial, revitalización económica*. Departamento de Geografía. Universitat Autònoma de Barcelona. <https://bit.ly/3iOQT4J>

- Gobierno Autónomo Descentralizado de Otavalo. (2012). *Actualización del plan de vida y Formulación del Plan de Ordenamiento Territorial del Cantón Otavalo*.
- Jaramillo, H. (2011). *Otavalo: Pequeñas historias*. Editorial jurídica del Ecuador. Quito.
<https://bit.ly/3CV74FE>
- Jaramillo, H. (2006). *Por las calles de Otavalo*. Instituto Otavaleño de Antropología y la Universidad de Otavalo. <https://bit.ly/3gCQNf1>
- López, J. (2011). *Ciudad e interculturalidad*. Revista cultural electrónica Año7. N°6/7. Lima-Perú. <https://bit.ly/3jWuHVE>
- Luque, E. (2018). *Las ciudades latinoamericanas como objeto de estudio o marco espacial de análisis*. Anuario de Estudios Americanos, 75, 2 Universidad de Sevilla. España.
<https://bit.ly/37IIlfo>
- Maldonado, A. (2005). *Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad*. Aportes Andinos N. 13 Gobernabilidad, democracia y derechos humanos. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Ecuador. <https://bit.ly/3ANxwPW>
- Miranda, S. (2012). *La Historia Urbana en México. Crítica de una historiografía inexistente*. Temas y tendencias, México, UNAM. <https://bit.ly/3jSz6sU>
- Molano, F. (2016). *El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea*. Universidad Pedagógica Nacional Facultad de Humanidades.
<https://bit.ly/2XAz6X5>