

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONAL, PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS

Henry Armijos Campoverde • Galo Blacio Aguirre
Pablo Castillo Álvarez • Eduardo Castillo Martínez
Jaime Celi Achupallas • Israel Celi Toledo
Silvana Erazo Bustamante • Janeth González Malla
María Augusta Jiron Encalada • Santiago Ruiz Castillo
María Soledad Sotomayor Celi



Estudios sobre constitucionalismo
latinoamericano y derechos humanos



UTPL
La Universidad Católica de Loja

cep
CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONAL, PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS

Henry Armijos Campoverde	Galo Blacio Aguirre
Pablo Castillo Álvarez	Eduardo Castillo Martínez
Jaime Celi Achupallas	Israel Celi Toledo
Silvana Erazo Bustamante	Janeth González Malla
María Augusta Jiron Encalada	Santiago Ruiz Castillo
Maria Soledad Sotomayor Celi	



Corporación de Estudios y Publicaciones
Quito, 2024

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONAL, PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS

Henry Armijos Campoverde ▪ Galo Blacio Aguirre
Pablo Castillo Álvarez ▪ Eduardo Castillo Martínez
Jaime Celi Achupallas ▪ Israel Celi Toledo
Silvana Erazo Bustamante ▪ Janeth González Malla
María Augusta Jiron Encalada ▪ Santiago Ruiz Castillo
Maria Soledad Sotomayor Celi

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

ISBN No.: 978-9942-10-913-2: 03-dic-2024.
Tiraje: 500
Edición: Primera: Noviembre 2024.

Quito - Ecuador

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

ÍNDICE

Prólogo

IX

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN MARCARIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

María Soledad Sotomayor Celi

Ideas Introdutorias	13
Las marcas.- Su importancia	14
Concepto de marca	15
El sistema atributivo	16
El Derecho Penal frente al Derecho Marcario desde el año 1998	17
Regulación actual del Art. 208.A del Código Orgánico Integral Penal	19
Elementos objetivos de las conductas penalmente relevantes respecto al Derecho Marcario	21
Tipicidad subjetiva	25
De la protección jurídico penal	25
Referencias bibliográficas	27
Cuerpos normativos	27

REFORMAS Y RETOS EN LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN ECUADOR: HACIA UNA JUSTICIA PENAL EFICIENTE

Santiago Vinicio Ruiz Castillo

Introducción	29
La suspensión condicional de la pena	31
Definición	31
Antecedentes históricos: <i>probation</i> , <i>sursis</i> y diversión	33
Conclusiones	47
Bibliografía	49

EL BULLYING ESCOLAR, UN ANÁLISIS DESDE LA VICTIMOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL

María Augusta Jiron Encalada

Victimología	53
Concepto	54
Tipos de bullying	55
Bullying físico	55
Bullying verbal	55
Bullying social o relacional	55
Cyberbullying	56
Actores del acoso escolar	56
Víctimas	56
Agresores	56
Espectadores	57
Fases del bullying escolar	57
Perfiles	59
Perfil de la víctima y consecuencias psicológicas	59
Perfil del agresor y factores estimulantes	60
Análisis Jurídico	62
Derecho Penal y bullying	62

Responsabilidad penal en personas menores de dieciocho años	63
Conclusiones y limitaciones	63
Referencias bibliográficas	65

EL FENÓMENO DEL CHILD GROOMING: SOBRE LOS PROBLEMAS EN SU DENOMINACIÓN Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

Mgtr. Eduardo Xavier Castillo Martínez

Introducción	79
El fenómeno del <i>child grooming</i> : sobre los problemas en su denominación y su conceptualización	81
Diferentes conceptualizaciones frente al fenómeno del <i>child grooming</i> , análisis desde el contexto europeo	82
Conclusiones	94
Bibliografía	96

EL ABORTO POR VIOLACIÓN EN ECUADOR Y LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

Introducción	99
El derecho a la vida y la bioética	101
Antecedentes de la despenalización del aborto por violación	106
Argumentos de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del numeral 2 del Art. 150 del COIP	109
Análisis de la sentencia No. 34-19-In/21 y acumulados	116
Conclusiones	122
Referencias bibliográficas	124

LAS PRISIONES DE ECUADOR. UN INFIERNO TERRENAL EN AMÉRICA LATINA

Henry Antonio Armijos Campoverde

Introducción	127
Antecedentes históricos del sistema penitenciario en el Ecuador (siglo XX y XXI)	128
Políticas criminales de los tres últimos gobiernos del Ecuador	130
Gobierno del Ec. Rafael Correa Delgado	130
Gobierno del Lic. Lenin Moreno Garcés	132
Gobierno del Sr. Guillermo Lasso	135
Metodología	137
Resultados discusión	138
Hacinamiento	142
Conclusiones	145
Bibliografía	147

PRISIONES TÓXICAS: EL DERECHO A LA SALUD DE LOS RECLUSOS DESDE LA ÓPTICA DE LA SALUD AMBIENTAL

Janeth Patricia González Malla

Introducción	149
Concepto de salud. Hacia un enfoque de salud ambiental	151
Determinantes ambientales de la salud en prisiones	154
Derecho a la salud en el contexto internacional	157
Derecho a la salud de los reclusos en el marco jurídico ecuatoriano	159
Conclusiones	162
Bibliografía	164

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

Jaime Andrés Celi Achupallas

Introducción	169
Derechos reconocidos en la Constitución	171
Conclusiones	177
Referencias bibliográficas	179

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: GARANTÍA JURISDICCIONAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Dr. Galo Blacio Aguirre. Ph.D

Las Garantías Jurisdiccionales	185
La Acción de Protección	188
¿Cuándo procede la Acción de Protección?	191
Bibliografía	202

ESTUDIO CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN ECUADOR: ALCANCES, RETOS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Pablo José Castillo Álvarez

Introducción	203
Desarrollo	205
Acción de Protección	205
Objeto de la Acción de Protección	207
Legitimación activa de la Acción de Protección	209
Legitimación pasiva de la Acción de Protección	210
Improcedencia de la Acción de Protección	211
Desnaturalización de la Acción de Protección	214

Precedentes jurisprudenciales de la Acción de Protección	217
Conclusiones	219
Bibliografía	221
Sentencias:	221

LAS CORTES Y LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES, IDEOLÓGICOS Y POLÍTICOS

Israel Celi Toledo

Introducción	223
Conclusiones	237
Bibliografía	240

Prólogo

No todas las profesiones, en la historia del pensamiento universal del hombre tienen tanta amplitud dogmática, filosófica, sociológica, moral y técnica, como la abogacía; un verdadero apostolado hacia la intermediación del derecho y la justicia como valor fundante de orden primario que será, desde la construcción ontológica jurídica, su motivación radical.

El derecho no se agota en la ley, siendo ésta una fuente, la más importante, pero fuente al fin. No podemos entonces confundir la edificación completa de la resolución conceptual con todo el concepto, nutrido de jurisprudencia, principios, doctrina e incluso costumbre; lo que permite su estudio como un ejercicio metódico y constante, máxime que el derecho no es estático, se transforma a cada momento, gracias a fuerzas que lo modelan, demandando la actualización permanente de conceptos, por ello Couture consagra, como primer mandamiento de nuestra profesión, la siguiente: “Estudia: El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”

No cabe duda, que el laboratorio de los juristas son las bibliotecas (físicas y digitales), los lugares donde desentrañamos casos, los preparamos, confrontamos pericias, concluimos nuestras apreciaciones frente a informes, volvemos sobre el hecho fáctico materia de nuestra defensa, preparamos la ponencia y luego de muchas horas de trabajo estamos listos para acudir a otro escenario, de vital importancia, aunque de composición distinta: La Sala de Audiencias, que viene a ser una suerte de quirófano, donde, todos los conceptos que hubieron de ser trabajados en bibliotecas son aplicados, en un sistema oral que ciertamente desnudará las mayores debilidades del litigante, pero también nos demostrará la solvente preparación de aquel guerrero,

que con su toga gobernará el estrado. La diferencia entre uno y otro: el estudio y pensamiento; por ello el propio Couture, describe, como segundo mandamiento el siguiente: "Piensa: el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando."

Pero no solo el abogado en libre ejercicio o un sujeto procesal, v.gr. el representante de Fiscalía General del Estado, debe estudiar y pensar al momento de tener entre sus manos un caso en concreto; lo hace también el Juez, quien siendo humano como todos nosotros, luego de formar un criterio y determinar la veracidad de una plataforma fáctica acreditada, debe aplicar el derecho al escenario cierto puesto a su conocimiento, elevándose entre los mortales, usurpando funciones celestiales para "dar a cada quien lo que corresponde."

Bajo la óptica que hemos desarrollado hasta el momento, podemos concluir que el aporte dogmático es necesario para el correcto aprendizaje del derecho y su ulterior ejercicio. En esa línea, a continuación, con la lectura de esta primera edición, encontraremos sendos instrumentos con inquebrantable rigor académico, respecto instituciones jurídicas e incluso sociológicas inherentes al Derecho Constitucional y al Derecho Penal; analizando temas respecto: acción de protección y su evolución en la justicia constitucional, el rol de las Cortes de Justicia frente al quehacer político, mecanismos alternativos a la pena privativa de la libertad, el estado actual de las prisiones en el Ecuador, el derecho marcario y su relación con el derecho punitivo, salud ambiental; entre otros tópicos de actualidad que han sido descritos y teorizados de manera solvente; cada uno de los instrumentos buscará describir tensiones sociales y/o normativas, para luego de acudir a criterios dogmáticos, normativos y jurisprudenciales, proponer soluciones a la narrativa expuesta y de esa forma contribuir con la formación académica, no solo de estudiantes sino incluso de aquellos profesionales del derecho para que, en sus laboratorios preparen correctamente el día de la operación, y con ello logren cumplir la función axiológica de la abogacía, convirtiéndose e

intermediarios del derecho y la justicia frente a la aplicación material de la norma en casos concretos.

Es así, que el presente libro, contiene aportes dogmáticos de orden normativo y sociológico efectuados por catedráticos universitarios, constituyendo un aporte relevante para el quehacer académico y jurídico nacional.

Juan Carlos Salazar Icaza.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN MARCARIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

*María Soledad Sotomayor Celi*¹

Ideas Introdutorias

El campo de acción del derecho en general en el mundo contemporáneo abarca estructuras sociales e incluso construcciones ontológicas que en otro momento quizá eran incipientes en su desarrollo, o incluso no existían. Si bien es cierto la propiedad intelectual como determinación de titularidad de un producto generado por un autor es tan antigua como el hombre mismo, es recién en el siglo XVIII que, con el Estatuto de la Reina Ana en el año 1710 la prerrogativa de autor nace normativamente a la luz del derecho como tal, bajo una determinación legal que permitía la reproducción de libros impresos. La propiedad intelectual como rama independiente y por sobre todo basta del derecho, no se agota en la titularidad del autor respecto obras de carácter literaria o dogmática, sino va más allá hacia la denominada propiedad industrial, concebida como un capítulo de la propiedad intelectual que protege marcas, nombres comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, entre otros; siendo talvez, la partida de nacimiento de esta rama, el Convenio de París de 1883.

1 María Soledad Sotomayor Celi. Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador.
Magister en Criminalística por la Universidad Internacional del Ecuador. Docente del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Con esos antecedentes, dentro de la legislación ecuatoriana, en lo que respecta a la tutela a los derechos de propiedad intelectual tenemos un marco normativo amplio que arranca con las Decisiones Comunitarias, teniendo importancia para el presente trabajo aquella signada con la numeración 486, y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación; más conocido como “Código Ingenios”.

Las Marcas.- Su importancia

Es una verdad incontrarrestable que estamos sumidos en un universo marcario, con ataques directos hacia el consumidor, muchas veces sin que la conciencia del ciudadano repare en esta voráGINE de signos distintivos que nos cobijan, siendo tan importante recordar el ejemplo de VictorBentata, cuando nos indica:

“ Roberto es despertado por su reloj OMEG, en su colchón BREDa, ingiere un ALKA-SELZER en agua EVIAN para aliviar un ligero dolor de cabeza, se unta con LECTRIC SHAVE, se afeita con su máquina BRAUN y se pasa luego loción CACHAREL. Se pone sus interiores JOCKEY, su camisa FILA FIL, sus calcetines COLE-HAAN, sus zapatos CHURCH, su corbata BANCROFT, su cinturón HERMES, su portamonedas LLADRO, su reloj de pulsera CARTIER, su chaleco PRINGLE, y va a desayunar. Se prepara NESCAFE, unta queso BEL PAESE sobre su pan HOLSUM y hecha leche SABANA en un tazón de QUAKER OATS, mientras va leyendo EL EXCELSIOR. Va luego a cepillarse los dientes con COLGATE colocado en su cepillo JORDAN y se enjuaga con LISTERINE, se lava las manos con jabón CAMAY, pulveriza loción OLD SPICE y recoge su pluma CROSS. Toma su maletín GUCCI, calienta su automóvil MAZDA, alumbrá con un yasquero DUNHILL un cigarrillo MARLBORO, pone en marcha su radio PHILCO y oye los temas de COKE y de MILKY WAY mientras entra en una estación de gasolina SHELL para verificar sus llantas GOODYEAR. Por camino hacia su oficina se ve anuncios de trajes PIERRE CARDIN de cigarrillos BELMONT, de computadoras COMPAQ, de servicios de seguridad SECUROR y de cajas fuertes MOSLER, sin contar los camiones que pasan con anuncios de sopas de pollo MAGGI y de chocolates PERUGINA, entre otros. Finalmente llega y sube con ascensor OTIS y enciende su dictáfono GRUNDIG mientras verifica datos en una pantalla IBM. Su esposa esposa

Mercedes hace otro tanto con otros productos, con la diferencia de que alcanza una gama muy superior de marcas de belleza. Y todo esto ha ocurrido antes de las ocho de la mañana, sin por ello tener vértigo ni extrañarse del número de mensajes recibidos”²

Concepto de marca

Nadie discute la importancia del signo marcario en el desarrollo de la vida contemporánea, debiendo buscar entonces una definición, primero dogmática luego normativa de marca. Recogiendo lo que sostiene Jorge Otamendi, diremos que:

“La marca es el signo que distingue un producto o de otro o un servicio de otro. Esta simple definición puede complementarse con otras funciones que la marca cumple (...) La marca juega un papel preponderante, casi esencial en el proceso competitivo. Sin embargo, nada de esto cambia la naturaleza esencial de distinguir productos o servicios.

Todo fabricante por lo general tratará de ganarse al público, al obtener una clientela. Podrá hacerlo si sabe que los resultados de su esfuerzo podrán ser conocidos por el público a través de su marca. Sin marcas, esos esfuerzos serán vanos, el público no podrá distinguir los buenos productos de los malos”³

Por su parte el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, define a la marca en su Art. 359 de la siguiente forma: *Art. 359.- Registro de marca.- Se entenderá por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean susceptibles de representación gráfica.*

Ponderando incluso, en el Art. 360 *Ibidem*, que un signo no puede ser considerado signo marcario si carezca de distintividad. Las marcas pueden ser de diversos tipos: *“1. Las palabras o combinación de palabras;*

2 BETATA, Victor. Reconstrucción del Derecho Marcario. Caracas. Editorial Jurídica de Venezuela. Pág. 19.

3 OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas, Lexis Nexis Abelado – Perrot. Buenos Aires, pág. 7.

2. Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; 3. Los sonidos, olores y sabores; 4. Las letras y los números; 5. Un color delimitado por una forma o una combinación de colores; 6. La forma de los productos, sus envases o envolturas; 7. Los relieves y texturas perceptibles por el sentido del tacto; 8. Las animaciones, gestos y secuencias de movimientos; 9. Los hologramas; y, 10. Cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores."⁴

Recopilando lo que hemos sostenido, a suerte de colofón, tenemos que la marca es un signo distintivo, de diversa manifestación (imágenes, palabras, letras, sonidos) que distingue un producto o servicio en el mercado, por tanto no puede ser ni idéntico ni similar a otro, dentro de una misma clase internacional⁵

El sistema atributivo

A diferencia del nombre comercial, cuyo registro es simplemente declarativo y la tutela se evidencia por el uso legítimo dentro del mercado⁶, una marca, en principio y por regla general (no absoluta pues se admite excepciones muy específicas) tendrá tutela única y exclusivamente si se encuentra registrada en la oficina nacional competente. En palabras de Breuer *"no existe derecho de ninguna especie*

4 Art. 359 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación

5 La Clasificación de Niza, establecida por el Arreglo de Niza (1957), es una clasificación internacional de productos y servicios que se aplica al registro de marcas. Cada cinco años se publica una nueva edición y, desde 2013, cada año se publica una nueva versión de cada edición.

6 Art. 415.- Definición.- Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que sea apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares. (...)

Art. 416.- Registro declarativo del nombre comercial.- El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquirirá por su primer uso en el comercio, público, continuo, de buena fe y siempre que no vulnere derechos prioritarios debidamente constituidos en el país y terminará cuando cese el uso del nombre comercial o cesen las actividades de la persona o establecimiento comercial que lo usa (...)

*sobre la marca si no hay registro*⁷. Tanto la Decisión Comunitaria 486 cuanto la Ley de la materia, reconocen en el sistema atributivo en el Ecuador, es decir, un signo distintivo para ser marca debe estar registrada, salvo el caso de marcas notoriamente conocidas o de alto renombre que no encuentren registro en el país, sin perjuicio de ello tiene reconocimiento, por ejemplo la cadena norteamericana de supermercados Walmart y su logo (sol), en caso de no estar registrada en el país, si una tercera persona, sin adquirir las licencias correspondientes, procede al registro en el Ecuador, bien podrían los titulares del signo marcario, accionar en el país y reclamar su titularidad, dejando de lado a quien inescrupulosamente lo hizo, pues estamos ante una marca que puede encasillar en criterios de notoriedad que permitiría una hipotética excepción al principio de sistema atributivo.

El Derecho Penal frente al Derecho Marcario desde el año 1998

Cuando hubo de promulgarse la extinta Ley de Propiedad Intelectual, por allá en el año 1998, la norma ecuatoriana establecía en dicho cuerpo normativo descripciones objetivas y subjetivas de hechos criminosos para quienes atenten contra el derecho de propiedad industrial de un tercero respecto un signo marcario, con sanciones que iban desde los 3 meses a los 3 años de penas privativas de la libertad⁸, lo que sin lugar a duda significaba un ADPIC plus⁹; empero de aquello con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal

7 BREUER MORENO, Pedro. Tratado de Marcas. Buenos Aires, pág. 197.

8 Art. 319.- Será reprimido con prisión de tres meses a tres años y multa de quinientas a cinco mil unidades de valor constante (UVC), tomando en consideración el valor de los perjuicios causados, quien en violación de los derechos de propiedad intelectual, almacene, fabrique, utilice con fines comerciales, oferte en venta, venda, importe o exporte: (...) F.- Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca notoria o de alto renombre, registrada en el país o en el exterior. G.- Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país; y, H.- Un producto o servicio que utilice una marca o indicación geográfica no registradas, idéntica o similar a una indicación geográfica registrada en el país.

9 El ADPIC consiste en reglas internacionales de protección mínimas que los Estados deben entregar hacia la tutela respecto propiedad intelectual.

en febrero de 2014 y su ulterior puesta en vigencia (por efecto de *vacatio legis*) el 10 de agosto de 2014, la corriente normativa ecuatoriana impuso que las normas punitivas que, ciertamente, estaban regadas por diversos cuerpos normativos, se consoliden en uno solo, así se derogaron de manera expresa las normas de orden penal que están en cuerpos legales no penales; v.gr. lo referente a estupefacientes que se encontraba en la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; los delitos tributarios que estaban en el Código Tributario; los delitos respecto armas que estaban en la Ley de Armas; no siendo la excepción los delitos que estaban en la Ley de Propiedad Intelectual; empero, a diferencia de los otros modelos de conductas desvaloradas, que migraron de las leyes específicas al Código Orgánico Integral Penal, con la propiedad intelectual no pasó aquello, el Asambleísta las desconoció como infracciones; entonces, el 10 de agosto de 2014, en el Ecuador, se eliminó por completo los tipos penales referentes a propiedad intelectual, lo que ciertamente era un despropósito, por decir lo menos, que en el camino fue enmendándose.

Sería recién en el año 2015, específicamente mediante el Registro Oficial 598-3S, del 30 de octubre de 2015, que volvería al catálogo de infracciones en el Ecuador, los delitos contra la propiedad intelectual empero sancionándolos con una pena restrictiva de derechos de propiedad (multa)¹⁰, evidenciándose, en nuestro entender un retroceso importante en la protección penal a un intangible, tema sobre el que volveremos más

10 Art. 208A.- Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor. La persona que fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales será sancionada con una multa de la siguiente manera:

1. Cuando el valor de la mercadería incautada sea de ciento cuarenta y dos a cuatrocientos veinticuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de cincuenta y cinco a ochenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a cuatrocientos veinticuatro y menor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de ochenta y seis a ciento setenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

adelante, para ponderar el valor del mismo. Es decir, desde el 10 de agosto de 2014 al 30 de octubre del 2015 (14 meses) en el Ecuador se podían vender obras de terceros sin que ello constituya delito, y se podían falsificar signos marcarios, sin que fuere una conducta penalmente relevante; para, a partir del 30 de octubre de 2015 volver a ser delictual el hacer de voluntad descrito, empero con una pena que desdice, en dosimetría, de la gravedad y lesividad del acto. Ello genera una tardía, aunque necesaria reforma, nos referimos a aquellas contenidas en el Registro Oficial 525-5S del 27 de agosto de 2021, llegando a establecer que ciertas conductas lesivas a propiedad intelectual, pueden ser acreedoras a penas no solo restrictivas de derechos de propiedad, sino además restrictivas de derechos de libertad; sin perjuicio de que, como lo analizaremos, la redacción del legislador deja mucho que desear.

Regulación actual del Art. 208.A del Código Orgánico Integral Penal

Es el artículo inmediato posterior al 208 del Código Orgánico Integral Penal el que establecerá el modelo de conductas

3. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará una multa de ciento setenta y seis a doscientos noventa y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La misma pena se aplicará a la persona que produzca, reproduzca o comercialice a escala comercial, mercancía pirata que lesione el derecho de autor para las obras registradas o no, entendiéndose estas como cualquier copia hecha sin consentimiento del titular del derecho de autor o de una persona debidamente autorizada por él.

Las disposiciones precedentes no se aplicarán a bienes o productos que no tengan un fin comercial.

En el caso de las marcas notorias, no se requerirá que el titular del derecho demuestre que la marca está válidamente registrada, sino únicamente su derecho como titular.

Cuando una persona jurídica sea la responsable, será sancionada con las mismas multas y su extinción.

No constituye delito la fabricación o comercialización de mercancías imitadas que tengan una marca con características propias que no conlleven a una confusión con la marca original, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar.

proscritas y que sirven para establecer tipicidad objetiva y subjetiva respecto delitos contra la propiedad industrial (Art. 208.A), pues un artículo subsecuente analizará las violaciones al derecho de autor (Art. 208.B). Es importante entonces para el presente análisis, conocer la redacción de la disposición normativa que contiene la hipótesis de punición; y, así tenemos:

Art. 208A.- Actos lesivos a la propiedad intelectual.- Será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año, comiso y multa de ocho hasta trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la persona que, a sabiendas, en violación de los derechos de propiedad intelectual contemplados en la normativa aplicable, realice uno o más de los siguientes actos confines de lucro y a escala comercial:

- 1. Fabrique, comercialice o almacene etiquetas, sellos o envases que contengan marcas o denominaciones de origen registradas en el país.*
- 2. Separe, arranque, reemplace o utilice etiquetas, sellos o envases que contengan marcas registradas en el país, para utilizarlos en productos de distinto origen.*
- 3. Rellene con productos espurios envases identificados con marca ajena.*
- 4. Almacene, fabrique, utilice, oferte en venta, venda, importe o exporte:*
 - a) Un producto amparado por una patente de invención o modelo de utilidad registrado en el país;*
 - b) Un producto fabricado mediante la utilización de un procedimiento amparado por una patente de invención registrada en el país;*
 - c) Un producto amparado por un dibujo o modelo industrial registrado en el país;*
 - d) Una obtención vegetal registrada en el país, así como su material de reproducción, propagación o multiplicación;*

e) Un esquema de trazado (topografía) registrado en el país, un circuito semiconductor que incorpore dicho esquema de trazado (topografía) o un artículo que incorpore tal circuito semiconductor;

f) Un producto o servicio que utilice un signo distintivo no registrado idéntico o similar a un signo distintivo registrado en el país; y,

g) Un producto o servicio que utilice un signo distintivo o denominación de origen no registrada, idéntica o similar a una denominación de origen registrada en el país. En los casos de los literales f) y g) de este cuarto numeral los productos o servicios que utilicen el signo no registrado, deberán ser idénticos o que guarden conexión competitiva a los productos o servicios protegidos por las marcas o indicaciones geográficas registradas en el país.

Vemos que la construcción típica ejecutada por el legislador ecuatoriano en una evaluación preliminar es deficiente pues dentro de una misma determinación normativa se confunden los objetos materiales: marcas, denominaciones de origen, esquema de trazado, obtención vegetal, patente de invención, entre otras, cuando cada una de ellas tiene una regulación específica en la ley de la materia, por lo que nuestro trabajo será circunscribir única y exclusivamente la conducta típica al objeto material “marca”.

Elementos objetivos de las conductas penalmente relevantes respecto al Derecho Marcario

De la redacción del tipo penal transcrito, vemos que el legislador estableció varias conductas lesivas al derecho de propiedad industrial respecto el intangible marca, pudiendo ejecutarlas cualquier sujeto activo, lo que denota que se trata de un delito de orden genérico o común, recordemos que los delitos por el sujeto activo admiten una clasificación, en los descritos anteriormente y los denominados calificados, así la doctrina señala:

“En la mayoría de casos, el legislador no precisa calidad específica para un sujeto activo, describiendo su presencia con las palabras «quien» o «la persona

que», pudiendo por tanto cualquier individuo realizar la conducta descrita en la hipótesis punitiva, v.gr., no se necesita calidad alguna para ejecutar el hacer descrito como abuso sexual en el art. 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, luego, cualquier persona puede realizar el hecho descrito por la norma como típico, a estos delitos hemos decidido llamarlos de sujeto activo genérico o conocidos también como delitos comunes.”¹¹

Entonces tenemos que la conducta típica puede ser ejecutada por cualquier persona, siempre que su acción, entendida ésta como un acontecer de voluntad final en palabras de Welzel, sea ejecutada con fines lucrativos y a escala comercial, dos elementos normativos del tipo penal que diferenciar los actos típicos de los atípicos, v.gr. si se elabora una etiqueta de una marca registrada en el país no a escala comercial sino con de manera unitaria y/o con fines didácticos, el hecho no cumple los parámetros objetivos-normativos para ser considerado penalmente relevante. El acto imperiosamente se lo realizar en violación a derechos de propiedad intelectual, es decir no media una licencia o autorización del titular de propiedad industrial.

- Las formas comisivas del hecho, descritas en la hipótesis punitiva que irradian efectos a marcas, siempre que se cumplan los presupuestos normativos antes señalados, son:
- Fabricar, comercializar o almacenar etiquetas, sellos o envases que contengan marcas o denominaciones de origen registradas en el país.
- Separar, arrancar, reemplazar o utilizar etiquetas, sellos o envases que contengan marcas registradas en el país, para utilizarlos en productos de distinto origen.
- Rellenar con productos espurios envases identificados con marca ajena.
- Almacenar, fabricar, utilizar, ofertar en venta, vender, importar o exportar:

11 SALAZAR ICAZA, Juan Carlos. Derecho Penal Parte General. Editorial EDINO.

- o Un producto o servicio que utilice un signo distintivo no registrado idéntico o similar a un signo distintivo registrado en el país; y,
- o Un producto o servicio que utilice un signo distintivo o denominación de origen no registrada, idéntica o similar a una denominación de origen registrada en el país.

Vemos que, las conductas lesivas, se determinan mediante verbos nucleares o rectores de fabricar, comercializar, almacenar, separar, arrancar, reemplazar, utilizar, rellenar, almacenar, fabricar, ofertar en venta, vender, importar o exportar; que aterrizan en un objeto material específico: “*marca registrada en el país*”, dado ponderación al sistema atributivo que fue revisado líneas *ut supra*, dejando en desprotección, desde la órbita penal, las marcas de alto renombre o notoriamente conocidas, siendo un punto de inflexión en el análisis doctrinario si es que el tipo penal debe o no ampliar su marco de acción hacia las marcas que no se encuentran registradas en el Ecuador pero son de alto renombre o notoriamente conocidas, volvemos al mismo ejemplo: Walmart.

Ahora bien, la tutela a un objeto material de “marca notoria” o “marca de alto renombre” sin que se encuentre registrada en el país, sería ciertamente generar un tipo penal mucho más abierto que cualquier injusto en blanco, recordemos qué estos son aquellos que requieren un presupuesto positivo de antijuridicidad para ser integrados, por ejemplo: la tabla de drogas para la determinación de las escalas según el Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal. Empero, el establecer que el objeto material pueda llegar a constituir una marca no registrada que fuere notoria o de alto renombre, no solo que podría devenir en un injusto groseramente abierto y en blanco sino además un tipo diametralmente opuesto al principio de legalidad, demandando interpretaciones normativas demasiado laxas para llegar hacia el objeto del reproche típico, lo que a todas luces alteraría el principio de prohibición analógica en mala parte; recordemos que:

*“El principio de legalidad o reserva en materia penal significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal, al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación basado en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía de otras leyes. Esto implica que la única fuente del derecho penal es la ley dictada por el Congreso de la Nación. Carecen de legalidad las normas dictadas por el Poder Ejecutivo y las que los jueces realicen avanzando sobre los tipos penales, creando analogía mediante conductas ilícitas que no se encuentren tipificadas anteriormente al hecho”.*¹²

Máxime que la analogía proscrita por la norma está determinada en la imposibilidad de ampliar los presupuestos normativos de un tipo para alcanzar conductas que no permitirían adecuación, así entendemos la regulación del Art. 13.3 del Código Orgánico Integral Penal; situación que es aceptada por la doctrina, parafraseando a Cerezo Mir: *“En la analogía es preciso distinguir entre la analogía favorable (in bonam partem) y la perjudicial para el reo (in malam partem). Solo ésta última es contraria al principio de legalidad y vulnera, por tanto, las garantías penales.”*¹³

Ergo, somos del criterio, aceptando la posición contraria, que el legislador ecuatoriano hace lo correcto al establecer como objeto material de la conducta, en lo que a marcas se refiere, únicamente aquellos signos distintivos que fueron registrados por la Oficina Nacional Competente, dejando sin protección penal, en aplicación directa al principio de legalidad y reserva, las marcas notorias y re alto renombre que encontrarán tutela mediante herramientas diversas a la normativa penal, consecuentemente, su ausencia de tipificación no incide en su ausencia de protección.

Finalmente se determina que la pena en abstracto que describe el tipo penal para las conductas estudiadas es de privación de la libertad de seis meses a un año, comiso y multa de ocho a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

12 DONNA, Edgardo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, págs. 339-340.

13 CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español Parte General*, TECNOS., pág. 172.

Tipicidad subjetiva

El tipo penal que venimos comentando es eminentemente doloso. Recordemos que el dolo supone aquella voluntad de acción dirigida a la realización de un tipo de injusto, manejando dos elementos dentro de su construcción ontológica: elemento intelectual y elemento volitivo¹⁴. El dolo es querer la realización del espectro objetivo del tipo, el justiciable mediante el elemento volitivo representa los resultados de su conducta y no solo que los visualiza, en la especie, la vulneración a derechos de propiedad industrial respecto el régimen marcario mediante las conductas nucleares estudiadas; sino que las quiere, desplegando acción para conseguirlas.

El dolo sabemos que admite clasificaciones, que nacen de la relación imperante entre sus dos elementos. El tipo al demandar ánimo de lucro, escala comercial y ser un injusto de orden doloso, demanda, sin lugar a duda, la impresión de dolo directo de primer grado, sin que sea posible pensar al delito cometido con dolo de consecuencias necesarias o con dolo eventual.

La figura imprudente en la especie no se encuentra regulada, máxime que todas las conductas establecidas en el catálogo de infracciones son dolosas salvo cuando el legislador expresamente ha previsto la figura imprudente.

De la protección jurídico penal

El derecho penal nace para la tutela de derechos, que se miran como indispensables en la vida en sociedad, recordemos que de toda la amalgama de conductas antijurídicas que existen en el ordenamiento, mediante la función seleccionadora del tipo penal, bajo criterios de mínima intervención y derecho penal fragmentario, el Asambleísta, escoge aquellas conductas que se miran como más lesiva, intolerantes

14 Siguiendo a Cerezo Mir, sobre el dolo: "es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue por ello un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto del dolo" -Op cit-

para la coexistencia pacífica de los ciudadanos. Aquí la pregunta que debemos hacernos ¿la marca como intangible debe ser tutelada penalmente?. La respuesta la imprimiremos luego de las siguientes reflexiones: si en un momento dado, se produce un ataque a todas las plantas de “Coca Cola” en el mundo, creemos que es posible reconstruirlas con la venta única y exclusiva del intangible; o, si retiramos la etiqueta de “Pilsener” en una botella de cerveza y ofertamos la venta del producto sin el signo distintivo, probablemente nadie la compra; o, si producimos clandestinamente un vino de muy mala calidad y lo etiquetamos con el signo distinto de “Protos”, lo que sucederá es que logremos las ventas requeridas engañando al público consumidor, produciendo un doble impacto de afección, tanto al titular marcario cuanto al consumidor.

Es evidente entonces que proteger la propiedad industrial desde la órbita del derecho penal no solo es una verdadera necesidad sino incluso una obligación del Estado, debiendo, a nuestro criterio, ser revisada la severidad de las sanciones, no siendo lógico, desde la perspectiva de dosimetría que el abigeato -por poner un ejemplo- tenga mayor punición que los actos lesivos a derechos de índole marcario.

Referencias bibliográficas

- BETATA, Victor. *Reconstrucción del Derecho Marcario*. Caracas. Editorial Jurídica de Venezuela.
- BREUER MORENO, Pedro. *Tratado de Marcas*. Buenos Aires
- DONNA, Edgardo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, RubinzalCulzoni.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español Parte General*, TECNOS.
- OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, Lexis Nexis Abelado – Perrot. Buenos Aires.
- SALAZAR ICAZA, Juan Carlos. *Derecho Penal Parte General*. Editorial EDINO.

Cuerpos normativos

- Código Orgánico Integral Penal.
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.
- Clasificación de Niza.
- Ley de Propiedad Intelectual -derogada-
Decisión 486.

REFORMAS Y RETOS EN LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN ECUADOR: HACIA UNA JUSTICIA PENAL EFICIENTE

*Santiago Vinicio Ruiz Castillo*¹⁵

Introducción

La suspensión condicional de la pena, establecida en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, representa un mecanismo jurídico de vital importancia en el sistema de justicia penal contemporáneo. Este instrumento legal ofrece una alternativa a la privación de libertad para procesados cuya condena no excede los cinco años y que no poseen otras sentencias vigentes, alineándose con los principios de un sistema de justicia más humanitario y eficaz.¹⁶ Su relevancia radica en el potencial para aliviar la sobrepoblación carcelaria y promover la reinserción social, adhiriéndose a los principios constitucionales de simplificación, eficacia y eficiencia procesal.

Para la aplicación de este mecanismo, se consideran factores como los antecedentes familiares y la naturaleza del delito, evaluando la necesidad real de ejecutar la pena en cada caso particular.¹⁷ Esta aproximación es especialmente significativa en contextos donde la reinserción social del procesado es prioritaria, permitiendo que los

15 Docente del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Técnica Particular de Loja. Master en Criminología y Delincuencia Juvenil. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Contacto: svruiz@utpl.edu.ec

16 Gabriela Sarmiento, "La suspensión condicional de la pena como mecanismo de descongestión del sistema penitenciario ecuatoriano," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 35, no. 1 (2019): 45

17 Carlos Vásquez y María Ramírez, "Análisis crítico de la suspensión condicional de la pena en el COIP," *Revista de Derecho UASB-Ecuador* 29 (2018): 72.

condenados, bajo condiciones específicas, eviten la prisión y mantengan su integración en la sociedad.

Sin embargo, la implementación práctica de la Suspensión Condicional de la Pena en Ecuador enfrenta desafíos significativos que limitan su efectividad. Estos obstáculos incluyen la reticencia judicial, el temor a equivocaciones por parte de los operadores de justicia, y un aparente desconocimiento detallado de su marco de aplicación. Estos factores han contribuido a una aplicación mínima del mecanismo, a pesar de las directrices claras establecidas en el COIP y las interpretaciones facilitadoras de la Corte Constitucional del Ecuador.

La sentencia N° 7-16-CN/19 de la Corte Constitucional marca un hito significativo en la evolución de este mecanismo, al permitir que los requisitos de suspensión puedan completarse en cualquier momento del proceso.¹⁸ Esta decisión refleja un esfuerzo por adaptar la normativa a las necesidades prácticas de la justicia penal, buscando superar las barreras que han limitado su aplicación efectiva.

Es importante señalar que la Suspensión Condicional de la Pena no es aplicable en casos de delitos sexuales ni de violencia intrafamiliar, lo que subraya la necesidad de un análisis cuidadoso de cada caso y sus circunstancias particulares.¹⁹ Esta limitación refleja la necesidad de un mayor entendimiento y promoción del mecanismo, ya que, en su forma ideal, podría contribuir significativamente a la humanización del sistema penal.²⁰

El presente estudio se propone analizar en profundidad las razones que subyacen a la limitada aplicación de la Suspensión Condicional

18 Galo Efraín López Cedeño y José Luis Chimbo Villacorte, "La suspensión condicional de la pena en el COIP," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 2, no. 1 (2014): 524.

19 Jorge M. Blum Carcelén, "La suspensión condicional de la pena, ¿un beneficio para el sentenciado?," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 1, no. 1 (2019): 23-42.

20 Luis García y Ana Benavides, "Retos y perspectivas de la suspensión condicional de la pena en Ecuador," *Revista Iuris* 3, no. 1 (2020): 33

de la Pena en Ecuador, explorando los desafíos y oportunidades que se presentan para su correcta implementación dentro del sistema de justicia penal ecuatoriano. El objetivo último es contribuir a un debate más amplio sobre la necesidad de reformar y optimizar las herramientas legales que permitan la rehabilitación y reinserción social del individuo, fortaleciendo así el sistema de justicia penal ecuatoriano en su conjunto.

La suspensión condicional de la pena

Definición

La Corte Constitucional del Ecuador conceptualiza la suspensión condicional de la pena como un beneficio penitenciario que conlleva deberes y obligaciones para el sentenciado. Este mecanismo se aplica a personas condenadas por delitos con penas menores a cinco años, con el objetivo de reducir el hacinamiento carcelario y permitir el cumplimiento de la condena sin privación de libertad, siempre bajo las condiciones establecidas por el órgano jurisdiccional.²¹

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, promulgado en 2014, establece los parámetros para la aplicación de este mecanismo²². Según el COIP, tras la admisión de culpabilidad por parte del condenado, el Juez de Garantías Penales determina en la audiencia final las condiciones de la sanción, cuya duración equivale a la de la pena suspendida.

La suspensión condicional de la pena se concibe como una alternativa a la privación de libertad, imponiendo reglas de conducta al condenado. Si estas condiciones se cumplen satisfactoriamente al término del plazo establecido, se extingue la acción penal. En caso

21 Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia No. 7-16-CN/19," 28 de agosto de 2019.

22 Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

contrario, o si se imputa un nuevo delito, la medida se revoca y se reinicia la persecución penal.

Este enfoque se alinea con corrientes filosóficas contemporáneas que abogan por medidas alternativas a la prisión. La suspensión condicional de la pena se orienta hacia la reeducación y resocialización del condenado, quien debe demostrar conciencia del acto cometido y voluntad de reinserirse en la sociedad. Sin embargo, el objetivo principal no es garantizar una rehabilitación permanente, sino prevenir la comisión de delitos durante el período de aplicación de las condiciones, buscando resultados más inmediatos y prácticos, como la reparación de daños a la víctima.²³

En el proceso de aplicación de este mecanismo, el fiscal desempeña un papel crucial. Aunque no tiene la autoridad final para otorgar la suspensión, puede recomendarla como parte de un acuerdo o al evaluar la conveniencia de proseguir con la persecución penal. Para llegar a tal acuerdo, solo se requiere la aprobación del acusado, quien debe admitir su participación en el delito y solicitar la suspensión condicional del proceso a través del fiscal. No obstante, es el juez quien, tras considerar la solicitud y las recomendaciones de la fiscalía, tiene la autoridad para otorgar dicha suspensión y establecer las condiciones que debe cumplir el condenado.²⁴

La implementación de la suspensión condicional de la pena representa un cambio significativo en el enfoque del sistema penal ecuatoriano, alejándose de un modelo puramente punitivo hacia uno que busca la rehabilitación y la reinserción social. Sin embargo, su aplicación efectiva enfrenta desafíos, incluyendo la necesidad de una mayor comprensión y aceptación por parte de los operadores de justicia y la sociedad en general.

23 Joaquín Cortés, "Alternativas a la pena privativa de libertad," *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (1998): 71-90.

24 Carlos Rojas Cárdenas, María Pino Andrade, Juan Andrade Santamaría, y Pedro Silva Montoya, "La suspensión condicional de la pena en Ecuador: análisis jurídico y práctico," *Revista Iuris* 2, no. 20 (2021): 217-236

Antecedentes históricos: *probation*, *sursis* y *diversión*

La suspensión condicional de la pena, como concepto y práctica legal, ha experimentado una evolución notable a lo largo del tiempo, reflejando los cambios en las corrientes filosóficas y en las teorías de la justicia penal. Desde los enfoques medievales basados en modelos vindicativos, expiacionistas o retributivos, que se enfocaban en el castigo corporal, hasta la evolución hacia modelos de rehabilitación y resocialización, la suspensión condicional de la pena se ha convertido en un instrumento legal que busca no solo sancionar, sino también reinsertar al infractor en la sociedad (Rubio 2012).

El concepto de suspensión condicional de la pena tiene sus raíces históricas en las tradiciones legales de Bélgica y Francia a fines del siglo XIX, y se ha influenciado en gran medida por el sistema anglosajón de “*probation*”. Según Reynolds (1983, 36), el término “*probation*” proviene del latín “*probare*”, que significa “probar, examen o ensayo”. Esta figura legal, conocida también como “*probation officer*” o “prueba de oficio”, se caracteriza por la supervisión y orientación de infractores que han recibido una suspensión condicional de la pena, con el objetivo de promover su reeducación y prevenir futuros delitos (JESCHECK 1980).

En el sistema anglosajón, la “*probation*” o “libertad condicional” se refiere al conjunto de medidas de seguimiento y apoyo que se aplican al condenado durante el período de prueba de la suspensión condicional de la pena. Este período busca facilitar la reinserción social del individuo y prevenir la reincidencia delictiva, adaptando las medidas a las necesidades y características específicas del condenado. Como destaca Eiras Nordenstahl e Iglesias (2014), la “*probation*” es un proceso voluntario al que el condenado debe someterse, y se realiza bajo la supervisión de un agente que verifica el cumplimiento de las condiciones impuestas. Si el condenado cumple satisfactoriamente con las reglas durante el período de prueba, la pena es extinguida.

En paralelo, el término “*sursis*”, de origen francés, es otra forma de referirse a la suspensión condicional de la pena. Ernesto Albán

Gómez (2011) describe el “sursis” como un mecanismo de individualización de la pena, mediante el cual el juez suspende la ejecución de la sanción penitenciaria del sentenciado (p. 315)²⁵. Esto implica que el condenado puede evitar la prisión siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones y normas de conducta durante un periodo determinado. En otras palabras, mientras que el “sursis” se refiere a la decisión judicial de suspender la ejecución de la pena, la “probation” abarca el proceso y el período de prueba durante el cual el condenado debe demostrar su capacidad para cumplir con las condiciones impuestas por el juez.

Estas dos figuras legales, “probation” y “sursis”, han influido profundamente en la evolución del concepto de suspensión condicional de la pena, destacando su función como herramientas para la reeducación, resocialización y reintegración del condenado, en lugar de simplemente imponer castigos retributivos o privativos de libertad.

El enfoque de la “probation” difiere notablemente del “sursis”, un sistema implementado oficialmente en Bélgica y Francia a través de la Ley Béranger en 1888 y 1891, respectivamente. Este mecanismo surgió como una respuesta a las críticas contra las penas cortas de prisión, ofreciendo una alternativa que permitía la libertad del condenado bajo ciertas condiciones, como el ser su primera condena, cumplir con un límite de gravedad de la pena y, en algunos casos, someterse a períodos de prueba y a la observancia de obligaciones específicas, todo con el objetivo final de lograr la reinserción social del individuo (1Library.Co, s.f.).²⁶

En Ecuador, la influencia de estos modelos se evidenció a partir de la reforma del Código Penal en 1971, manteniéndose en legislaciones sucesivas bajo denominaciones como “Suspensión del cumplimiento de la Pena” o “Condena Condicional”. Estas figuras jurídicas

25 Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano (Quito: Ediciones Legales, 2011), 315.

26 1Library.Co, “Suspensión condicional de la pena,” consultado el 1 de octubre de 2024, <https://1library.co/article/suspensi%C3%B3n-condicional-de-la-pena.y4w7363z>.

se fundamentaban en criterios relacionados con la personalidad del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo rodeaban, lo que permitía una evaluación más individualizada orientada hacia la rehabilitación del individuo (1Library.Co, s.f.).

La evolución tanto de la suspensión condicional de la pena como del sistema de “probation” refleja un cambio significativo en la percepción y tratamiento de los infractores, priorizando la reinserción social y la prevención por encima de la mera imposición del castigo. Aunque estos enfoques han sido objeto de debates y críticas, han demostrado su relevancia en el desarrollo de sistemas penales más humanos y eficaces en todo el mundo.

En el contexto ecuatoriano, la “probation” y el “sursis” son conceptos asociados con la suspensión condicional de la pena, regulada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Según el artículo 630 del COIP, el período de prueba puede ser solicitado siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

La pena privativa de libertad impuesta no debe exceder los cinco años.

La persona sentenciada no debe tener vigente otra sentencia o proceso en curso, ni haber sido beneficiada previamente por una salida alternativa en otra causa.

Los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta, deben indicar que no es necesaria la ejecución de la pena.

La suspensión no procederá en casos de ciertos delitos específicos (COIP 2014, art. 630).

Durante este período de prueba, el condenado debe cumplir con las condiciones y reglas impuestas por el juez, tales como la prohibición de cometer nuevos delitos y la restricción de ausentarse del territorio nacional sin autorización (COIP 2014, art. 631).

Asimismo, la suspensión condicional de la pena ha emergido como una herramienta fundamental en los sistemas penales modernos, proporcionando una alternativa viable a la tradicional pena privativa de libertad. En este contexto, la “diversión” se ha convertido en una opción innovadora que ha ganado relevancia en los últimos años. La “diversión”, también conocida como “desvío” o “desjudicialización”, consiste en la suspensión del proceso penal a cambio del cumplimiento de determinadas condiciones establecidas por el juez o fiscal. Este enfoque surgió en Estados Unidos durante la década de 1960, con financiamiento inicial de fondos federales, y tuvo una notable aceptación en ciudades como Boston. Sin embargo, en 1980, el apoyo económico federal fue suspendido, lo que provocó un descenso en su aplicación (Zaffaroni 2006).

La “diversión” implica la desestimación de los cargos por parte del fiscal, siempre y cuando el imputado acepte someterse a un período de prueba o a un programa de rehabilitación. En caso de que el imputado cumpla satisfactoriamente con las condiciones establecidas, la persecución penal se renuncia de manera definitiva, sin dejar consecuencias personales (Calón 1943)²⁷.

Una distinción crucial entre la “diversión” y la “probation” radica en el momento en que se aplican: la “diversión” ocurre antes del juicio, mientras que la “probation” requiere que se haya llevado a cabo un juicio y una condena. Además, el cumplimiento de las condiciones de la “diversión” evita la continuación del juicio para determinar la culpabilidad, mientras que el incumplimiento de las condiciones de la “probation” implica la ejecución de la pena (Camelo 2004).

En el caso de El Salvador, la regulación de la suspensión condicional de la pena establece que, una vez concedida, el juez o tribunal “especificará las condiciones a las que estará sometido el favorecido durante el período de prueba” (Spiegelberg 2003, 176)²⁸. De

27 Eugenio Cuello Calón, Derecho penal II, vol. 2 (Barcelona: Ed. Bosch, 1943).

28 S. Spiegelberg, Código Procesal Penal Comentado, 2ª ed. (San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental, 2003), 176.

esta manera, la “diversión” se configura como un enfoque que busca evitar el juicio y la condena mediante la imposición de un programa de rehabilitación o un período de prueba, siempre que el imputado acepte someterse a las condiciones establecidas por el organismo jurisdiccional. Este mecanismo ha sido implementado en diversos países, aunque presenta variaciones en cuanto a sus requisitos y consecuencias legales.

Esta evolución refleja la creciente tendencia hacia la implementación de alternativas penales que buscan la reinserción y resocialización del infractor, alineándose con un enfoque más humanitario y orientado a la prevención en el ámbito de la justicia penal contemporánea.

Principio de Mínima Intervención “Ultima Ratio”

El principio de mínima intervención penal, también conocido como el principio de subsidiariedad del derecho penal o “ultima ratio,” constituye un pilar fundamental dentro del derecho penal moderno. Este principio sostiene que el derecho penal debe ser utilizado por el Estado como un último recurso, reservándose su aplicación únicamente para las conductas más graves y lesivas para la sociedad, aquellas que no puedan ser abordadas eficazmente por otros medios de control social menos rigurosos y formales (Bacigalupo 1985).

La justificación de este principio radica en el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal. El carácter subsidiario implica que la intervención penal y la imposición de penas más graves, como la privación de libertad, solo deben aplicarse cuando otras alternativas menos severas resulten insuficientes para proteger los bienes jurídicos (Arzola 2002)²⁹. Por su parte, el carácter fragmentario se refiere a que el derecho penal debe intervenir exclusivamente en la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más graves que puedan sufrir, limitando así la aplicación de la violencia punitiva del Estado (Silva 1992).

29 A. Arzola, *Introducción al Derecho Penal* (Valencia, España: Vadell Hermanos, 2002).

En la legislación ecuatoriana, el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la Fiscalía General del Estado debe ejercer la acción penal pública conforme al principio de mínima intervención, entre otros principios. Esto significa que el fiscal debe aplicar el derecho penal de manera restringida, reservándolo para los casos más graves y lesivos para la sociedad, en consonancia con la protección de los derechos y libertades individuales (Constitución de la República del Ecuador 2008). A su vez, el legislador debe aplicar este principio al momento de tipificar las conductas delictivas y al establecer las penas correspondientes, evitando un uso excesivo del derecho penal.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador también establece las garantías del debido proceso y la proporcionalidad de las penas, lo que constituye una manifestación del principio de mínima intervención. Esta disposición limita el uso del derecho penal a aquellos casos en que sea verdaderamente necesario para proteger bienes jurídicos de relevancia (Constitución de la República del Ecuador 2008).

La obra de Cesare Beccaria, “De los Delitos y las Penas,” es una referencia clásica en el derecho penal liberal que subraya la importancia de las garantías constitucionales y denuncia la severidad y crueldad de las penas impuestas en el siglo XVIII. Beccaria abogaba por el principio de legalidad y proporcionalidad en el derecho penal, argumentando que las penas deben ser proporcionales al delito cometido y rechazando la pena de muerte y la tortura, promoviendo un enfoque educativo y humanitario de la pena (Beccaria 2016)³⁰.

El principio de mínima intervención se ve reforzado por la aplicación del principio de oportunidad, que permite al fiscal abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada en ciertos casos. Esto es aplicable cuando el hecho no compromete gravemente el interés público o cuando la pena máxima no supera los cinco años

30 Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona: Ed. Bosch, 1992)

de prisión, siempre y cuando no se trate de delitos graves como la violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, entre otros casos contemplados en la normativa penal.

El principio de mínima intervención penal tiene como objetivo descongestionar los conflictos sociales que, de manera tradicional, se dirimen en los tribunales penales, reservando el derecho penal únicamente para las conductas que verdaderamente lesionen bienes jurídicos fundamentales y que no puedan ser abordadas por otros medios menos lesivos. En consecuencia, este principio insta a que el derecho penal se enfoque en las conductas más dañinas y perjudiciales, evitando la criminalización de actos de menor gravedad que podrían ser gestionados de manera más efectiva por otros mecanismos legales o sociales.

Fundamentado en la idea de que el “ius puniendi” (derecho a castigar) del Estado debe ejercerse con moderación y proporcionalidad, el principio de mínima intervención busca evitar la criminalización excesiva y la sobreutilización del derecho penal. Está intrínsecamente relacionado con el principio de subsidiariedad, el cual establece que “el Derecho Penal debe ser la última ratio, la última herramienta a utilizar cuando otros medios de control social no sean suficientes” (Donna 2008, 45).³¹

Finalmente, el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal de “ultima ratio” dentro del enfoque garantista es clave para aliviar la carga de los conflictos sociales que han sido tradicionalmente resueltos en los tribunales penales. Esto no significa otorgar una facultad discrecional ilimitada al fiscal para decidir qué conductas perjudiciales deben ser perseguidas penalmente. En cambio, a través de la aplicación de directrices legislativas sobre el principio de oportunidad, el derecho penal debe emplearse únicamente en los casos más graves que atenten contra bienes jurídicos esenciales. De esta manera, se evita la idea errónea de que todos los conflictos humanos

31 Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal: Parte General* (Vol. I, 5ta ed., p. 45). Rubinzal-Culzoni Editores.

deben ser resueltos mediante sanciones que impliquen la privación de libertad (Murga 2005).

Principio de Legalidad

El principio de legalidad es un pilar fundamental del derecho penal, consagrado en la máxima latina “*nullum crimen, nullapoena sine lege,*” que significa “ningún crimen, ninguna pena sin ley previa.” Este principio establece que ninguna persona puede ser juzgada o sancionada por un acto que no esté previamente tipificado como delito en la ley, garantizando así la seguridad jurídica y la protección de los derechos individuales frente a posibles arbitrariedades del Estado.

El origen del principio de legalidad se remonta a la Ilustración, con pensadores como Montesquieu, Howard y Cesare Beccaria, quienes abogaron por un sistema de justicia basado en leyes claras, conocidas y aplicables para todos. En su influyente obra “*De los delitos y las penas,*” Beccaria (1764) afirmaba que “las leyes sólo pueden ser aquellas convenciones que obligan igualmente a todos los ciudadanos, y de las cuales ninguno puede pretender una excepción legítima” (p. 17³²). Beccaria subrayaba la necesidad de que la ley sea clara, pública y estable para evitar la arbitrariedad judicial, lo cual representa uno de los fundamentos del principio de legalidad. Antes de la adopción de este principio, los sistemas judiciales solían ser altamente discrecionales, permitiendo a los jueces imponer penas basadas en sus propios criterios. El establecimiento del principio de legalidad buscó limitar este poder y proteger a los individuos contra la arbitrariedad estatal, asegurando que todos sean juzgados de acuerdo con leyes previamente establecidas y de aplicación general (Beccaria 1764).

El principio de legalidad está consagrado en numerosas constituciones nacionales y en tratados internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos legales subrayan la necesidad de que las leyes penales sean claras, precisas

32 Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas* (p. 17). Milán: Società Tipografica.

y accesibles para que los ciudadanos tengan pleno conocimiento de lo que se considera un delito y de las penas asociadas a tal conducta.

Hans-Heinrich Jescheck destaca que “el principio de legalidad se erige como un baluarte contra la arbitrariedad y la injusticia, asegurando que el poder punitivo del Estado se ejerza dentro de los límites establecidos por la ley” (Jescheck, 2008, p. 102)³³. De esta manera, el principio de legalidad no solo protege a los individuos de la arbitrariedad, sino que también refuerza la previsibilidad y la objetividad en la aplicación del derecho penal.

En el contexto ecuatoriano, el principio de legalidad constituye la piedra angular del ordenamiento jurídico, garantizando que tanto los ciudadanos como las autoridades públicas estén sujetos a las leyes y al derecho. Esto refuerza el respeto a las garantías constitucionales y establece límites claros al ejercicio del poder punitivo del Estado, contribuyendo así a la construcción de un sistema de justicia más equitativo y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

Principio de Economía Procesal

El principio de economía procesal es un pilar fundamental en el derecho penal moderno y se distingue claramente de las prácticas del derecho penal inquisitivo. Mientras que el modelo inquisitivo a menudo se caracterizaba por procedimientos prolongados y complejos, el derecho penal contemporáneo busca optimizar los recursos disponibles para lograr una administración de justicia efectiva y eficiente. Este principio se enfoca en simplificar los procedimientos, emplear de manera racional los recursos, y reducir los tiempos procesales, con el objetivo de asegurar un sistema judicial más ágil y accesible. En el contexto de la suspensión condicional de la pena, el principio de economía procesal adquiere especial relevancia, ya que facilita el acceso a medidas alternativas a la privación de libertad.

33 Jescheck, H.-H. (2008). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídica.

El procesalista José Ovalle Favela (2010) sostiene que el principio de economía procesal exige la simplificación de los procedimientos y la delimitación precisa de los litigios. Esto implica que solo se deben admitir y practicar pruebas que sean pertinentes y relevantes para la resolución del caso, desechando aquellos recursos e incidentes que sean manifiestamente improcedentes³⁴. Según Ovalle Favela, este enfoque no solo contribuye a una mayor eficiencia en la administración de justicia, sino que también reduce la carga de trabajo de los tribunales y evita la dilación innecesaria de los procesos.

Por su parte, Luis Muñoz Sabaté (2009) destaca que “la economía procesal no solo contribuye a una administración de justicia más rápida, sino que también fortalece la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial”³⁵. Esta afirmación subraya la importancia de que la eficiencia procesal no es simplemente un tema de rapidez, sino que se relaciona directamente con la percepción y confianza del público en la capacidad del sistema judicial para resolver disputas de manera justa y oportuna.

La implementación del principio de economía procesal en la administración de justicia permite liberar al sistema judicial de una acumulación excesiva de expedientes que dificultan la impartición oportuna de justicia, afectando tanto a los operadores jurídicos como a los órganos jurisdiccionales y a los procesados. Su aplicación, por tanto, facilita la adopción de medidas que hagan la administración de justicia más eficaz y accesible. Según Asúa (2005), esto puede lograrse mediante la incorporación de herramientas tecnológicas y métodos de comunicación modernos que agilicen los trámites procesales³⁶.

El uso de tecnologías de la información, como la notificación vía correo electrónico, ha demostrado ser un recurso valioso para agilizar

34 Ovalle Favela, J. (2010). *La enseñanza de la Teoría General del Proceso*. Revista de la Facultad de Derecho de México, 104, 13-23.

35 Muñoz Sabaté, L. (2009). *Principios de derecho procesal penal*. Editorial Porrúa.

36 Jiménez de Asúa, L. (2005). *La teoría jurídica del delito: Cuadernos de Luis Jiménez de Asúa* (23). Madrid, España: Ed. Dykinson.

la tramitación de causas judiciales. Este método de notificación permite que las partes involucradas estén permanentemente informadas sobre las actuaciones judiciales, evitando la espera de documentos físicos y reduciendo significativamente los tiempos de espera, que en muchas ocasiones pueden exceder las 24 horas.

En esencia, el principio de economía procesal busca obtener el mayor resultado posible con el mínimo empleo de actividad procesal. Al hacerlo, evita las pretensiones de las partes de dilatar indebidamente el proceso, permitiendo así que el procedimiento judicial avance de manera eficiente y efectiva hacia la resolución del conflicto. De esta forma, el principio de economía procesal no solo garantiza un uso racional de los recursos, sino que también promueve la eficacia y la justicia en la resolución de los casos (Ovalle Favela 2010).

Procedimientos y Fundamentos de la Suspensión Condicional de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano

En el Ecuador, la suspensión condicional de la pena es un mecanismo jurídico que ofrece a las personas condenadas por infracciones o delitos, particularmente aquellos considerados de bajo riesgo, una alternativa al encarcelamiento. Este procedimiento permite a los jueces otorgar a los infractores la oportunidad de rehabilitarse sin la necesidad de cumplir su condena en prisión, con el objetivo de promover la reintegración social bajo condiciones específicas y bajo la supervisión judicial. Además, este mecanismo contribuye a reducir la sobrepoblación en los centros penitenciarios y mitiga los efectos negativos que el encarcelamiento puede tener sobre la reinserción social. Este enfoque refleja una orientación pragmática y humanista del sistema de justicia penal ecuatoriano, alineándose con las tendencias globales que priorizan la rehabilitación por encima del castigo punitivo, garantizando que solo aquellos que cumplen ciertos requisitos puedan beneficiarse de este mecanismo mediante una evaluación rigurosa realizada por fiscales y jueces durante las audiencias (Pérez, 2018)³⁷.

37 Pérez, A. (2018). *La suspensión condicional de la pena en el sistema penal ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

El contexto de la reforma del sistema de justicia penal en América Latina, y específicamente en Ecuador, ha visto la suspensión condicional de la pena como un avance significativo hacia un enfoque más rehabilitador y menos punitivo. Desde la década de 1980, muchos países latinoamericanos, incluido Ecuador, han modernizado sus sistemas de justicia penal, transitando de modelos inquisitivos a sistemas acusatorios basados en procedimientos orales y audiencias públicas (Gómez 2016, 78)³⁸.

El Ecuador adoptó un modelo acusatorio con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que incluye la suspensión condicional de la pena. Este mecanismo permite, bajo ciertas condiciones, que la ejecución de la pena privativa de libertad sea suspendida, brindando al infractor una oportunidad de reinserción social sin los efectos negativos del encarcelamiento (Asamblea Nacional 2014)³⁹.

Según el artículo 630 del COIP, cuando se presenta la solicitud de suspensión condicional de la pena, el juez debe convocar a una audiencia en la que participen la Fiscalía, el procesado y su defensor, así como la víctima si se considera necesario. Durante esta audiencia, se establecen las condiciones que el condenado debe cumplir durante el período de suspensión y el tiempo de vigencia de estas condiciones. Camilo Jaramillo (2015) subraya que la audiencia debe propiciar un diálogo y una negociación, buscando soluciones que beneficien tanto al condenado como a la víctima y promoviendo así un enfoque de justicia restaurativa⁴⁰.

La justicia restaurativa implica que la víctima, el infractor y cualquier otra persona implicada o afectada por el delito participen activamente en la resolución de los problemas derivados de la infracción. Ernesto Asúa argumenta que “la justicia restaurativa, facilitada a

38 Gómez, J. (2016). *Reformas penales en América Latina: Avances y desafíos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.

39 Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. RO-S 180 del 10 de febrero.

40 Jaramillo, C. (2015). *La suspensión condicional de la pena y la justicia restaurativa*. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica.

través de la suspensión condicional de la pena, ofrece una oportunidad única para que las víctimas obtengan reparación y los infractores asuman la responsabilidad de sus actos en un entorno colaborativo” (Asúa 2005).⁴¹

El procedimiento para la suspensión condicional de la pena se inicia con la solicitud presentada por el sentenciado o su defensor, ya sea durante la audiencia de juicio o dentro de las 24 horas posteriores a la misma (Zambrano Pasquel 2014). Esta solicitud debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 630 del COIP, como que la pena privativa de libertad no exceda los cinco años y que el sentenciado no tenga antecedentes penales previos (Asamblea Nacional del Ecuador 2014).⁴²

Una vez presentada la solicitud, el juez convoca a una audiencia pública en un plazo de 72 horas, donde participan el fiscal, el sentenciado y su defensor. Como señala Zavala Baquerizo (2016), “la audiencia constituye el espacio procesal donde se materializa el principio de inmediación y se garantiza el derecho a la defensa del sentenciado” (p. 245). Durante la audiencia, el fiscal expone los fundamentos de su acusación y la defensa argumenta a favor de la aplicación de la suspensión. Es importante destacar que, como menciona Vaca Andrade (2015), “el consentimiento informado del sentenciado es un requisito sine qua non para la aplicación de este mecanismo, respetando así el principio de no autoincriminación” (p. 389).

El juez evalúa la procedencia de la suspensión condicional considerando factores como la naturaleza del delito, las circunstancias de su comisión y la personalidad del infractor. En caso de aprobar la suspensión, el juez establece un período de prueba que oscila entre uno y tres años, durante el cual el sentenciado debe cumplir con condiciones específicas. Roxin (2019) enfatiza que “estas condiciones

41 Asúa, E. (2005). *Justicia restaurativa y suspensión condicional de la pena*. Madrid, España: Editorial Trotta.

42 Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. RO-S 180 del 10 de febrero.

deben ser proporcionales y orientadas a la rehabilitación del infractor y la reparación del daño causado” (p. 456).⁴³

El papel de la víctima en este proceso es significativo. Aunque su presencia en la audiencia no es obligatoria, su opinión debe ser tomada en cuenta por el juez. Según Zaffaroni (2018), “la participación de la víctima en el proceso de la suspensión condicional de la pena contribuye a la realización de la justicia restaurativa y fortalece la legitimidad del sistema penal” (p. 312)⁴⁴.

Al imponer las condiciones para la aplicación de la suspensión condicional, el juez debe sopesar diversos factores. Larrea Holguín (2016) menciona que “el juez debe ponderar las circunstancias individuales que generaron el hecho delictivo, las recomendaciones de la fiscalía y la defensa, y los requerimientos específicos del ofendido para garantizar una convivencia pacífica” (p. 423)⁴⁵.

Entre las condiciones que puede imponer el juez se encuentran la obligación de reparar los daños causados o pagar una indemnización a la víctima, la fijación del domicilio del condenado e informar cualquier cambio a la fiscalía, presentarse periódicamente ante la autoridad designada, y la prohibición de cometer un nuevo delito durante el período de suspensión. Durante este período de prueba, el juez de garantías penitenciarias supervisa el cumplimiento de las condiciones impuestas. Si el sentenciado cumple satisfactoriamente con las condiciones, el juez declara extinguida la pena; en caso contrario, la suspensión es revocada y se ordena el cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta (Rodríguez 2017, 89).

Este procedimiento demuestra el compromiso del sistema penal ecuatoriano con un enfoque de justicia que prioriza la rehabilitación y reintegración del infractor, y refuerza la importancia del

43 Roxin, C. (2019). *Derecho penal: Parte general*. Madrid, España: Editorial Civitas.

44 Zaffaroni, E. R. (2018). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

45 Larrea Holguín, C. (2016). *La suspensión condicional de la pena en el derecho ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica Cevallos.

principio de mínima intervención penal en el marco de la administración de justicia.

Conclusiones

- La suspensión condicional de la pena es una herramienta jurídica que permite a los sentenciados beneficiarse de este mecanismo en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta cinco años. Bajo este esquema, el condenado no cumple la pena en un centro de rehabilitación sino en libertad, siempre y cuando cumpla estrictamente con las condiciones impuestas por el juez.
- El derecho penal, caracterizado por ser una “ultima ratio,” debe ser aplicado como último recurso. En consecuencia, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) contempla mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad, entre ellos la suspensión condicional de la pena. Cuando se aplica de manera adecuada y en el momento oportuno, esta medida contribuye significativamente a reducir el hacinamiento carcelario y a promover la reintegración social.
- En la mayoría de los países que cuentan con un sólido estado de derecho, la suspensión condicional de la pena está contemplada como una forma de garantizar que las personas condenadas por delitos leves no cumplan la pena privativa de libertad. En su lugar, se les brinda una segunda oportunidad para reintegrarse a la sociedad, siempre que cumplan con los requisitos y condiciones establecidos por el juez. Este enfoque humaniza el sistema de justicia y fomenta la rehabilitación del infractor.
- El juez, en su papel de garante de la legalidad, debe asegurarse de que el procesado cumpla con las disposiciones emitidas por la administración de justicia. Asimismo, debe proteger los derechos de la víctima, asegurando su reparación integral y la restitución del bien jurídico lesionado,

garantizando así un equilibrio entre la reinserción del infractor y la justicia para la víctima.

- Es fundamental llevar a cabo un análisis comparativo de las legislaciones que regulan la suspensión condicional de la pena en otros países, con el objetivo de implementar en Ecuador prácticas más eficientes de supervisión y flexibilidad en los plazos y audiencias. Esto permitirá que esta institución jurídica se aplique de manera más justa y efectiva, contribuyendo a un sistema de justicia más equitativo y centrado en la rehabilitación.

Bibliografía

- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. RO-S 180 del 10 de febrero de 2014. Art. 631, Art. 632, Art. 633, Art. 635, Art. 636, Art. 637.
- Arzola, A. *Introducción al Derecho Penal*. Valencia, España: Vadell Hermanos, 2002.
- Bacigalupo, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1985.
- Calón, E. *Derecho penal II*, vol. 2. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1943.
- Cabanellas, G. "Estupro." En *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 30ª ed., vol. 1, pp. 55-57. España: Ed. Heliasta, 2002.
- Carlos Vásquez y María Ramírez, "Análisis crítico de la suspensión condicional de la pena en el COIP," *Revista de Derecho UASB-Ecuador* 29 (2018): 72
- Cabanellas, G. "Proceso penal." En *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 30ª ed., vol. 1, pp. 165-166. España: Ed. Heliasta, 2002.
- Calón, Eugenio Cuello. *Derecho penal II*. Vol. 2. Barcelona: Ed. Bosch, 1943.
- Cortés, R. *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*. San José, Costa Rica: Ed. IJSA, 1998.
- Donna, E. A. *Derecho Penal: Parte General*, tomo I, 5ª ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- Fontan, C., y G. Ledesma. *Derecho Penal: Parte especial*. Argentina: Ed. Abeledo – Perrot, 2002.
- García, R. *La suspensión del procedimiento a prueba en el proceso penal*. San José, Costa Rica: Ed. IJSA, 1998.
- Gabriela Sarmiento, "La suspensión condicional de la pena como mecanismo de descongestión del sistema penitenciario ecuatoriano," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 35, no. 1 (2019): 45

- Galo Efraín López Cedeño y José Luis Chimbo Villacorte, "La suspensión condicional de la pena en el COIP," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 2, no. 1 (2014): 524
- Grisanti, A. "El derecho de rectificación es un límite a la libertad de expresión e información." *Revista Comunicación* 73-75 (3), 27-35, 1991.
- Houed, M. "Suspensión del Proceso a Prueba." *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* 11 (2001): 14-25.
- Jaular Barrientos, D., y C. Torre Murga. *Formas sustitutivas de las Penas Privativas de Libertad: Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*, 6ª ed., vol. 2. España: Ed. MAD, S.L., 2005.
- Jiménez de Asúa, L. *La teoría jurídica del delito: Cuadernos de Luis Jiménez de Asúa*, 23. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2005.
- Jorge M. Blum Carcelén, "La suspensión condicional de la pena, ¿un beneficio para el sentenciado?," *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* 1, no. 1 (2019): 23-42.
- López Camelo, R., y G. Darío Jarque. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Bahía Blanca, Argentina: Ed. de la Universidad Nacional del Sur, 2004.
- López Cedeño, J., y D. Chimbo Villacorte. *Compilación de la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, Código Orgánico de Función Judicial y Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Ed. SofiGraf, 2014.
- Llobet, J. *Proceso Penal Comentado*. San José, Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional, 1998.
- Marino, E. *Suspensión del Procedimiento a prueba*. Buenos Aires, Argentina: Ed. del Puerto, 1993.
- Manzanero Rodríguez, L. "La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión." *Revista latinoamericana de Derecho* 1 (2) (2004): 10-15.
- Manzini, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Ed. del País, 1996.
- Navarro, S. "Conciliación y reparación entre la víctima y delincuente: una perspectiva para la solución de conflictos en materia penal." *Cuadernos para el sector justicia CONAMAJ* 3 (1995): 99-126.

- Núñez, R. *Tratado de Derecho Penal II*. Córdoba, España: Ed. Lerner, 1958.
- Ovalle, J. "La enseñanza de la Teoría General del Proceso." *Revista de la Facultad de Derecho de México* 104 (2010): 13-23.
- Reynolds, C. *The use of pretrial diversion, programs in spouse, abuse cases: a new solution to an old problem*. United States: C. Boardman Company, 1983.
- Silva, J. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1992.
- Rojas Cárdenas, J. A., E. E. Pino Andrade, D. R. Andrade Santamaría, y O. F. Silva Montoya. "La suspensión condicional de la pena." *Dilemas contemporáneos: Educación, política y valores* 8 (3) (2021): e00042. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i3.2666>.
- Soler, S. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina, 1973.
- Spiegelberg, S. *Código Procesal Penal Comentado*, 2ª ed. San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental, 2003.
- "Suspensión condicional." En *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Recuperado de <http://www.omeba.info/version-electronica/article.cfm?ref=102487>.
- Vaca Andrade, R. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, 2ª ed. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Viteri, M. *Medidas cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano*. Guayaquil, Ecuador: Ed. Soledad del Mar, s.f.

EL BULLYING ESCOLAR, UN ANÁLISIS DESDE LA VICTIMOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL

*María Augusta Jiron Encalada*⁴⁶

Victimología

La victimología, en su relación con el estudio del delito, se centra en el análisis de variables asociadas a la contención y comprensión de los procesos de victimización y desvictimización. Este enfoque permite que la victimología, considerada por diversos autores como una ciencia multidisciplinaria, estudie y evalúe los comportamientos de las víctimas, así como el proceso de victimización, lo cual facilita la identificación de riesgos y la implementación de medidas preventivas adecuadas.

Desde los años 90, el interés en el bullying ha crecido notablemente, impulsando múltiples investigaciones y el desarrollo de políticas educativas que buscan comprender este fenómeno y sus implicaciones. El acoso escolar presenta consecuencias que requieren un estudio profundo para identificar factores de riesgo, protección y estrategias de intervención efectiva⁴⁷. En el siglo XXI, la tecnología y las redes sociales han generado nuevas manifestaciones de acoso, conocidas como cyberbullying, las cuales exceden los espacios físicos escolares y afectan la privacidad de las víctimas en la esfera digital,

46 Máster en Derecho Penal, Máster en Criminología : Delincuencia y Victimología, Diplomado en Ciencias Penales y Criminología, Diplomado Head Start in Trial Advocacy & Evidence Law Program, Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja, Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

47 Peter K. Smith, *Bullying: Implications for Education* (New York: Routledge, 2020), 45.

un espacio social alternativo que facilita y consolida nuevas dinámicas de relación social.⁴⁸

Concepto

El bullying escolar es un fenómeno complejo y multifacético que implica una agresión intencional y repetida, dirigida a infligir daño o sufrimiento a otra persona en un contexto educativo. Este tipo de agresión suele perpetrarse por individuos o grupos y tiene como base un desequilibrio de poder. Olweus lo define como “una conducta agresiva no deseada, que implica un desequilibrio de poder real o percibido y que se repite o tiene el potencial de repetirse con el tiempo”⁴⁹. Esta definición es ampliamente aceptada en investigaciones sobre el tema y sirve de base para Múltiples estudios enfocados en comprender el impacto del acoso escolar y la dinámica de poder que lo caracteriza.

Estudios como los de Ttofi y Farrington resaltan que la intervención temprana y la educación en torno al bullying son efectivas para reducir su incidencia, especialmente cuando los programas fomentan la empatía, la resolución de conflictos y el desarrollo de habilidades sociales, tanto en víctimas como en agresores⁵⁰. Sin embargo, la investigación de Craig, Pepler y Blais revela que el bullying es un problema global, con manifestaciones y prevalencias variables según el contexto cultural y educativo⁵¹. Esto evidencia la necesidad de estrategias de intervención específicas para cada contexto, que sean culturalmente sensibles y adaptadas a las particularidades de cada comunidad escolar.⁵² Los autores subrayan que el diseño de medidas preventivas debe considerar las características de cada centro educativo, debido

48 Sameer Hinduja y Justin W. Patchin, *Cyberbullying: An International Perspective on Emerging Issues* (New York: Routledge, 2019), 105.

49 Dan Olweus, *Bullying at School: What We Know and What We Can Do* (Cambridge: Blackwell, 1994), 9.

50 *Ibid.*, 58.

51 Véase nota 8.

52 *Ibid.*, 470.

al impacto significativo del bullying en la vida de los estudiantes y la comunidad educativa en su conjunto.⁵³

Tipos de bullying

Bullying físico

El bullying físico se caracteriza por el uso de la fuerza para intimidar, causando daños físicos inmediatos y efectos psicológicos duraderos, como ansiedad y depresión, que afecta el rendimiento académico⁵⁴. La agresión física refuerza el ciclo de violencia, consolidando el poder del agresor sobre la víctima⁵⁵.

Bullying verbal

Menos visibles, el bullying verbal emplea insultos, amenazas y comentarios humillantes, dañando la autoestima de la víctima y creando un ambiente hostil. Esto puede derivar en problemas de salud mental a largo plazo, como sentimientos de inutilidad y desesperanza⁵⁶.

Bullying social o relacional

Este tipo implica la exclusión, rumores y manipulación social, dañando las redes de apoyo de la víctima y generando aislamiento y desesperanza. Es una forma sutil pero poderosa de acoso⁵⁷.

53 Peter K. Smith, *Bullying: Implications for Education* (New York: Routledge, 2020), 75.

54 Dan Olweus, *Bullying at School: What We Know and What We Can Do* (Cambridge: Blackwell, 1993), 14.

55 Dorothy Espelage y Susan Swearer, *Bullying in American Schools: A Socio-Ecological Perspective on Prevention and Intervention* (Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 2010), 29.

56 Ersilia Menesini y Christina Salmivalli, *Bullying in Schools: A Comprehensive Review* (London: Routledge, 2017), 242.

57 Ersilia Menesini y Christina Salmivalli, *Bullying in Schools: A Comprehensive Review* (London: Routledge, 2017), 242.

Cyberbullying

Utiliza plataformas digitales para acosar, extendiéndose más allá de las barreras físicas de la escuela y permitiendo a los agresores usar fotos, vídeos y publicaciones falsas para humillar. Hinduja y Patchin lo definen como “el uso de tecnologías digitales para acosar, amenazar o humillar a una persona”. El fácil acceso a la tecnología aumenta este riesgo, especialmente en menores sin supervisión adecuada, dificultando la prevención.⁵⁸

Actores del acoso escolar

Víctimas

Las víctimas de bullying se dividen principalmente en pasivas y provocadoras. Las víctimas pasivas, caracterizadas por su inseguridad y baja autoestima, son vistas como objetivos fáciles y tienden a evitar el conflicto, quedando más vulnerables.⁵⁹ Las víctimas provocadoras combinan comportamientos irritantes con rasgos de debilidad, lo cual puede intensificar la agresión en su contra, ya que su respuesta puede ser malinterpretada como una provocación, complicando su situación⁶⁰.

Agresores

Los agresores suelen mostrar comportamientos dominantes y carecen de empatía, utilizando el acoso para afirmar su posición social.⁶¹ Tienden a racionalizar sus actos y, aunque algunos poseen

58 Sameer Hinduja y Justin W. Patchin, *Cyberbullying: An International Perspective on Emerging Issues* (New York: Routledge, 2019), 63.

59 Peter K. Smith, *Bullying: Implications for Education* (New York: Routledge, 2020), 47.

60 Dorothy Espelage y Susan Swearer, *Bullying in American Schools: A Socio-Ecological Perspective on Prevention and Intervention* (Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 2010), 40.

61 Dan Olweus, *Bullying at School: What We Know and What We Can Do* (Cambridge: Blackwell, 1993), 24.

habilidades sociales, las emplean para manipular y controlar.⁶² El bullying puede ser un medio para ganar aceptación dentro de su grupo, especialmente en entornos donde se valora la agresión.⁶³

Espectadores

Los espectadores de bullying escolar pueden asumir diversos roles:

Refuerzos del agresor : Observan o animan, reforzando la conducta del agresor.⁶⁴

Defensores de la víctima : Intentan intervenir para proteger a la víctima, asumiendo riesgos personales.⁶⁵

Espectadores pasivos : Observan sin intervenir, lo que puede interpretarse como aprobación tácita, perpetuando el acoso.⁶⁶

Ayudantes del agresor : Participan activamente, intensificando la agresión.⁶⁷

Fases del bullying escolar

El bullying escolar suele comenzar con agresiones sutiles, que pasan desapercibidas por maestros y compañeros. En esta etapa inicial, el agresor evalúa la vulnerabilidad de la víctima y la reacción del

62 Ersilia Menesini y Christina Salmivalli, *Bullying in Schools: A Comprehensive Review* (London: Routledge, 2017), 249.

63 Ken Rigby, *Bullying in Schools: Addressing Desires for Power and Dominance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 80.

64 Wendy Craig, Debra Pepler, y Joseph Blais, "Responding to Bullying: What Works?", *School Psychology International* 28, no. 4 (2009): 470.

65 Ersilia Menesini y Christina Salmivalli, *Bullying in Schools: A Comprehensive Review* (London: Routledge, 2017), 252.

66 Peter K. Smith, *Bullying: Implications for Education* (New York: Routledge, 2020), 51.

67 Ken Rigby, *Bullying in Schools: Addressing Desires for Power and Dominance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 80.

entorno.⁶⁸ Posteriormente, el acoso se vuelve más frecuente y sistemático, estableciéndose como una constante en la vida de la víctima, quien se convierte en blanco de agresiones físicas, verbales o relacionales. Como explica Thornberg, “una vez que el agresor confirma que puede hostigar sin repercusiones, la intensidad y frecuencia del bullying aumentan”.⁶⁹

A medida que el acoso escala, las agresiones se intensifican y combinan diversas formas de violencia, agravando el daño físico y emocional en la víctima, lo cual repercute en su bienestar y rendimiento académico.⁷⁰ En la fase de intervención, se implementan medidas para detener el acoso, siendo efectivas las acciones rápidas y adecuadas. La mediación, medidas disciplinarias y el apoyo psicológico son fundamentales para romper el ciclo de violencia.⁷¹ Tras la intervención, la víctima comienza su recuperación, un proceso que puede requerir tiempo y apoyo constante de familiares, amigos y profesionales, así como estrategias de resiliencia para prevenir recurrencias.⁷²

Finalmente, la etapa de seguimiento asegura que el acoso no resurja y que la víctima progrese en su recuperación mediante el monitoreo y el apoyo continuo. Hymel y Swearer enfatizan la importancia de este seguimiento para garantizar la sostenibilidad de las intervenciones y evitar recaídas en comportamientos problemáticos.⁷³

68 Keith Sullivan, Mark Cleary y Ginny Sullivan, *Bullying in Secondary Schools: What It Looks Like and How To Manage It* (London: Paul Chapman Publishing, 2004), 52.

69 Robert Thornberg, *The Social Dynamics of Bullying in School* (New York: Routledge, 2015), 125.

70 Simon C. Hunter, James Boyle y David Warden, “Perceptions and Correlates of Peer-Victimization and Bullying,” *British Journal of Educational Psychology* 77, no. 1 (2007): 115.

71 Ken Rigby y Peter K. Smith, *Bullying in Schools: How Successful Can Interventions Be?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 142.

72 Paul O’Connell, Debra Pepler y Wendy Craig, “Peer Involvement in Bullying: Insights and Challenges for Intervention,” *Journal of Adolescence* 22, no. 4 (1999): 125.

73 Shelley Hymel y Susan M. Swearer, *Bullying and Children’s Peer Relationships* (New York: Springer, 2015), 297.

Perfiles

Perfil de la víctima y consecuencias psicológicas

Las víctimas de bullying suelen presentar características que las vuelven más vulnerables, como altos niveles de ansiedad y baja autoestima, lo que facilita que sean blancos de agresores.⁷⁴A menudo son introvertidas y percibidas como tímidas o reservadas, lo que dificulta que busquen ayuda o se defiendan, perpetuando el ciclo de acoso.⁷⁵La falta de habilidades sociales también las aísla y las hace más propensas a sufrir agresiones, ya que estas carencias limitan sus relaciones y las colocan en desventaja en situaciones de conflicto.⁷⁶En el caso del bullying relacional, la exclusión social y los rumores pueden dañar profundamente su bienestar emocional y relaciones, afectándolas igual de gravemente que la agresión física o verbal.⁷⁷

Las consecuencias psicológicas son significativas, destacando la disminución de la autoestima, ya que las víctimas internalizan los mensajes negativos de sus agresores, lo que provoca sentimientos de inutilidad y pérdida de identidad.⁷⁸También pueden desarrollar trastornos de estrés postraumático (TEPT), con síntomas como flashbacks, pesadillas y una vigilancia constante, que interfieren en su vida cotidiana.⁷⁹La crónica y el trastorno de ansiedad generalizada

74 Shakoore Lereya et al., "The Longitudinal Link Between Childhood Bullying and Mental Health," *American Journal of Psychiatry* 172, no. 9 (2015): 901.

75 Dale S. Hawker y Michael J. Boulton, "Twenty Years' Research on Peer Victimization and Psychosocial Maladjustment: A Meta-Analytic Review of Cross-Sectional Studies," *Child Psychology and Psychiatry Review* 41, no. 4 (2000): 446.

76 Clayton R. Cook et al., "Predictors of Bullying and Victimization in Childhood and Adolescence: A Meta-Analytic Investigation," *School Psychology Quarterly* 25, no. 2 (2010): 68.

77 Nicki R. Crick y Jennifer K. Grotpeter, "Relational Aggression, Gender, and Social-Psychological Adjustment," *Child Development* 66, no. 3 (1995): 711.

78 Ken Rigby, "Consequences of Bullying in Schools," *Canadian Journal of Psychiatry* 48, no. 9 (2003): 583.

79 J. Idsoe, H. Dyregrov, y A. Idsoe, "Bullying and PTSD Symptoms," *Journal of Abnormal Child Psychology* 40, no. 2 (2012): 82.

(TAG) son comunes entre las víctimas, limitando su capacidad de participar en actividades y afectando su desarrollo.⁸⁰ La depresión es otra consecuencia frecuente, asociada a tristeza persistente y falta de interés en actividades, lo que deteriora su calidad de vida e incluso puede llevar al suicidio, o “bullycide”, en los casos más graves.⁸¹ Estos trastornos muestran la gravedad del impacto del bullying, especialmente cuando las víctimas carecen de apoyo social.

Perfil del agresor y factores estimulantes

Los agresores en el bullying escolar pueden clasificarse en varias tipologías. Los agresores proactivos, estratégicos en su uso de la agresión, emplean el acoso como herramienta para ganar estatus o imponer control social.⁸² Los reactivos, en cambio, responden con agresión impulsiva ante provocaciones percibidas, actuando defensivamente y con mayor carga emocional.⁸³ Los agresores-víctimas combinan conductas de agresión y victimización, lo que aumenta su aislamiento y complica las intervenciones necesarias.⁸⁴ Otros, como los agresores relacionales, utilizan tácticas de manipulación social —exclusión, rumores y socavamiento de relaciones— para dañar a sus víctimas sin recurrir a la violencia física.⁸⁵ Los agresores de ciberbullying, por su

80 William E. Copeland et al., “Adult Psychiatric Outcomes of Bullying and Being Bullied by Peers in Childhood and Adolescence,” *JAMA Psychiatry* 70, no. 4 (2013): 392.

81 Anat Brunstein Klomek et al., “Childhood Bullying as a Risk for Later Depression and Suicidality,” *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry* 48, no. 9 (2009): 882.

82 Christina Salmivalli y Kaisa Peets, “Bullies, Victims, and Bully-Victims,” in *Handbook of Peer Interactions, Relationships, and Groups*, ed. Kenneth H. Rubin et al. (New York: Guilford Press, 2009), 158.

83 David Schwartz et al., “The Role of Victimization in the Development of Aggressive Behavior in Children and Adolescents,” *Developmental Psychology* 37, no. 6 (2001): 1254.

84 Dorothy Espelage y Melissa Holt, “Bullying and Victimization During Early Adolescence: Peer Influences and Psychosocial Correlates,” *Journal of Emotional Abuse* 2, no. 2-3 (2001): 711.

85 Nicki R. Crick y Jennifer K. Grotpeter, “Relational Aggression, Gender, and Social-Psychological Adjustment,” *Child Development* 66, no. 3 (1995): 720.

parte, emplean medios digitales para acosar, aprovechando el anonimato y el alcance ampliado de la tecnología.⁸⁶

Diversos factores personales, familiares y sociales pueden estimular la conducta de los agresores. Personalmente, muchos exhiben rasgos como la impulsividad y baja empatía, que facilitan comportamientos agresivos;⁸⁷ El entorno familiar también influye; niños de hogares con violencia o conflictos propensos a reproducir esos comportamientos con sus compañeros.⁸⁸ Socialmente, los grupos de pares y las normas culturales pueden normalizar el bullying, ya que la presión grupal y el deseo de pertenencia suelen motivar a los individuos a participar en acoso para ganar estatus.⁸⁹ Además, el entorno escolar juega un papel importante: en instituciones con un clima negativo y sin políticas claras contra el bullying, el acoso tiende a prosperar.⁹⁰ La percepción de impunidad también fortalece esta conducta; la falta de consecuencias puede reforzar en los agresores la idea de que el bullying es tolerado, incrementando su frecuencia.⁹¹

86 Michele L. Ybarra y Kimberly J. Mitchell, "Online Aggressor/Targets, Aggressors, and Targets: A Comparison of Associated Youth Characteristics," *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 45, no. 7 (2004): 1311.

87 Pouwel Jolien L., Jan Kornelis Dijkstra, René Veenstra, y Christian Berger, "Proactive and Reactive Aggression in Bullying: Differential Associations with the Need for Social Dominance and the Affiliation with Bullies," *Aggressive Behavior* 42, no. 2 (2016): 121.

88 Jing Wang, Ronald J. Iannotti, y Tonja R. Nansel, "School Bullying Among Adolescents in the United States: Physical, Verbal, Relational, and Cyber," *Journal of Adolescent Health* 45, no. 4 (2012): 405.

89 Philip C. Rodkin, Thomas W. Farmer, y Richard M. Pearl, "They're Cool: Social Status and Aggression in Middle School," *Developmental Psychology* 51, no. 3 (2015): 317.

90 Dewey G. Cornell et al., "A National Study of School Administrators' Assessments of Bullying Prevention Efforts," *Journal of Educational Psychology* 108, no. 1 (2016): 99.

91 Shelley Hymel et al., "Moving Beyond Observing and Reporting Bullying: Teaching for Transformative Educational Practice," *Theory Into Practice* 54, no. 3 (2015): 89.

Análisis Jurídico

Derecho Penal y bullying

El principio de legalidad en materia penal, cumple una notable labor, pues sin una adecuada descripción de la norma, no se constituye la conducta punible, y por lo tanto, no hay pena sin la determinación del delito. El uso del Derecho Penal es de última ratio, es decir, se recurre a él solo cuando los demás mecanismos son insuficientes.

El legislador ecuatoriano ha diseñado la estructura de las infracciones en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el artículo 18, que establece que una conducta debe ser típica, antijurídica y culpable para ser considerada una infracción penal. Esta estructura sigue los estudios de penalistas como Franz Von Liszt y Ernst VonBeling, quienes desarrollaron la teoría general del delito, la cual fue posteriormente ampliada por juristas como Jakobs y Roxin.

La importancia de la teoría general del delito radica en el estudio de la conducta punible, es decir, en el análisis y valoración de los elementos de conducta, tipicidad y antijuridicidad. Sin este análisis, no podríamos hablar de un delito.

Siguiendo el hilo conductor de las infracciones penales, el artículo 19 del COIP expresa: "Las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones."⁹² Esta clasificación permite entender que las infracciones penales incluyen tanto delitos como contravenciones. En cuanto a las consecuencias jurídicas, las penas para las contravenciones pueden ser privativas de libertad (con un máximo de hasta treinta días) o no privativas, mientras que los delitos pueden conllevar penas privativas de libertad mayores a treinta días y hasta cuarenta años.

92 Asamblea Nacional del Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Registro Oficial, 2014), Art. 19.

Responsabilidad penal en personas menores de dieciocho años

En Ecuador, la responsabilidad penal de los adolescentes se regula bajo el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), como establece el artículo 38 del COIP.⁹³ El acoso escolar se considera una contravención, aladecuar conductas como agresión, intimidación y difamación cuando se presentan en contextos de poder asimétrico.⁹⁴ Un análisis adecuado en cuanto a la estructura de la infracción penal facilita la identificación de actos de acoso, previene actos futuros y protege a las víctimas.⁹⁵

Conclusiones y limitaciones

Tras el estudio realizado, se han podido alcanzar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El bullying, tiene un origen histórico que ha permitido dar luces a los diversos estudios a lo largo de los años en la sociedad actual.

SEGUNDA. El bullying es un tipo de violencia que lleva implícito características como: intencionalidad, reiterativo y relación de poder manifiesta.

TERCERA. El bullying aparece desde los primeros años escolares se intensifica en ambientes escolares en los que docentes, compañeros y padres de familia ignoran o minimizan el problema.

CUARTA. Una intervención exitosa dependerá de una correcta identificación del tipo de víctima.

93 Asamblea Nacional del Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Registro Oficial, 2014), Art. 38.

94 Asamblea Nacional del Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Registro Oficial, 2014), Art. 154.3.

95 Ibid.

SEXTA. La responsabilidad penal en el acoso escolar está sujeta a la adecuación típica de los elementos objetivos.

SÉPTIMA. Los menores de edad en la legislación penal ecuatoriana son considerados inimputables por lo que no pueden cumplir el resultado de su acción lesiva en un centro de privación de libertad sino a través de medidas socioeducativas.

OCTAVA. La responsabilidad penal de un niño de haberse hallado culpable por el cometimiento de una contravención, no está sujeto siquiera al cumplimiento de medidas socio educativas sino a la guía y respaldo de sus tutores.

Referencias bibliográficas

- Arseneault, Louise, Lucy Bowes, y Suzet Shakoob. "Victimización por acoso escolar en jóvenes y problemas de salud mental: ¿Mucho ruido y pocas nueces?" *Psychological Medicine* 40, no. 5 (2010): 717-729.
- Baldry, Anna C., y David P. Farrington. "Matones y delincuentes: Características personales y estilos parentales." *Journal of Community & Applied Social Psychology* 10, no. 1 (2000): 17-31.
- Baldry, Anna C., y David P. Farrington. "Factores protectores como moderadores de factores de riesgo en el acoso escolar en la adolescencia." *Social Psychology of Education* 8, no. 3 (2005): 263-284.
- Baughman, Howard, Sarah Dearing, Emily Giammarco, y Philip Vernon. "Relaciones entre comportamientos de acoso y la Tríada Oscura: Un estudio con adultos." *Personality and Individual Differences* 52, no. 5 (2012): 571-575.
- Bowes, Lucy, Louise Arseneault, Barbara Maughan, Alice Taylor, Avshalom Caspi, y Terrie Moffitt. "Factores escolares, vecinales y familiares asociados con la participación de los niños en el acoso escolar: Un estudio longitudinal representativo a nivel nacional." *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry* 48, no. 5 (2009): 545-553.
- Bradshaw, Catherine, Amber Sawyer, y Lynette O'Brennan. "Acoso escolar y victimización entre pares: Diferencias perceptuales entre estudiantes y personal escolar." *School Psychology Review* 36, no. 3 (2013): 361-382.
- Bradshaw, Catherine, Tracy Waasdorp, y Stephen Johnson. "Superposición de formas verbales, relacionales, físicas y electrónicas de acoso en la adolescencia: Influencia del contexto escolar." *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology* 44, no. 3 (2015): 494-508.
- Campbell, Marilyn. "Ciberacoso: ¿Un problema antiguo con una nueva apariencia?" *Australian Journal of Guidance and Counselling* 15, no. 1 (2005): 68-76.

- Card, Noel A., y Ernest V. Hodges. "Victimización entre pares en escolares: Correlaciones, causas, consecuencias y consideraciones en la evaluación e intervención." *School Psychology Quarterly* 23, no. 4 (2008): 451-461.
- Compas, Bruce E., Jennifer Connor-Smith, Heidi Saltzman, Alexandra H. Thomsen, y Martha Wadsworth. "Afrontamiento del estrés durante la infancia y la adolescencia: Problemas, avances y potencial en la teoría y la investigación." *Psychological Bulletin* 127, no. 1 (2001): 87-127.
- Cook, Clayton R., Kirk R. Williams, Nancy G. Guerra, Tia Kim, y Stephanie Sadek. "Predictores del acoso escolar y la victimización en la infancia y la adolescencia: Una investigación meta-analítica." *School Psychology Quarterly* 25, no. 2 (2010): 65-83.
- Copeland, William E., Dieter Wolke, Adrian Angold, y E. Jane Costello. "Resultados psiquiátricos en adultos del acoso escolar y ser acosado por compañeros en la infancia y la adolescencia." *JAMA Psychiatry* 70, no. 4 (2013): 419-426.
- Cornell, Dewey G., Kirti Shukla, y Timothy R. Konold. "Clima escolar autoritativo y compromiso estudiantil, calificaciones y aspiraciones en escuelas secundarias y preparatorias." *AERA Open* 2, no. 2 (2016): 1-18.
- Cornell, Dewey G., y Matthew J. Mayer. "¿Por qué importan el orden y la seguridad escolar?" *Educational Researcher* 39, no. 1 (2010): 7-15.
- Craig, Wendy, Debra Pepler, y John Blais. "Respondiendo al acoso escolar: ¿Qué funciona?" *School Psychology International* 28, no. 4 (2009): 465-477.
- Creswell, John W. *Qualitative Inquiry & Research Design: Choosing Among Five Approaches*. 3ª ed. Los Ángeles: SAGE Publications, 2013.
- Creswell, John W., y Cheryl N. Poth. *Qualitative Inquiry and Research Design: Choosing Among Five Approaches*. 4ª ed. Los Ángeles: SAGE Publications, 2017.
- Crick, Nicki R., y Jennifer K. Grotpeter. "Agresión relacional, género y ajuste sociopsicológico." *Child Development* 66, no. 3 (1995): 710-722.

- Cross, Donna, Therese Shaw, Lynne Hearn, Michelle Epstein, Helen Monks, Lisa Lester, y Leanne Thomas. *Estudio de Prevalencia de Bullying Encubierto en Australia (ACBPS)*. Child HealthPromotionResearch Centre, Edith CowanUniversity, Perth, 2009.
- Denzin, Norman K., y Yvonna S. Lincoln, eds. *The SAGE Handbook of Qualitative Research*. 5ª ed. Los Ángeles: SAGE Publications, 2018.
- Dredge, Rebecca, Janine Gleeson, y Xochitl De la Piedad Garcia. "Ciberacoso en redes sociales: La perspectiva de la víctima adolescente." *Computers in Human Behavior* 36 (2014): 13-20.
- Espelage, Dorothy L., Sabina Low, Joshua Polanin, y Eric L. Brown. "El impacto de un programa de escuela secundaria para reducir la agresión, la victimización y la violencia sexual." *JournalofAdolescentHealth* 53, no. 2 (2013): 180-186.
- Espelage, Dorothy L., Joshua Polanin, y Sabina Low. "Percepciones de los maestros y el personal sobre el ambiente escolar como predictores de la agresión estudiantil, la victimización y la disposición a intervenir en situaciones de acoso." *SchoolPsychologyQuarterly* 29, no. 3 (2014): 287-305.
- Espelage, Dorothy L., y Melissa Holt. "Acoso escolar y victimización durante la adolescencia temprana: Influencias de los pares y correlatos psicosociales." *JournalofEmotional Abuse* 2, no. 2-3 (2001): 123-142.
- Espelage, Dorothy L., y Susan M. Swearer. *Bullying en las escuelas americanas: Una perspectiva socio-ecológica sobre prevención e intervención*. Mahwah, NJ: Lawrence ErlbaumAssociates, 2010.
- Espelage, Dorothy L., y Susan M. Swearer. "Investigación sobre el acoso escolar y la victimización: ¿Qué hemos aprendido y hacia dónde vamos?" *SchoolPsychologyReview* 32, no. 3 (2003): 365-383.
- Farrington, David P., y Maria M. Ttofi. "Programas escolares para reducir el acoso escolar y la victimización." *Campbell SystematicReviews* 5, no. 1 (2009): 1-148.
- Finkelhor, David, Heather Turner, Sherry L. Hamby, y Richard K. Ormrod. *Polivictimización: Exposición de*

- los niños a múltiples tipos de violencia, crimen y abuso. National Survey of Children's Exposure to Violence, 2011.
- Flyvbjerg, Bent. "Case Study." En *The SAGE Handbook of Qualitative Research*, editado por Norman K. Denzin y Yvonna S. Lincoln, 301-316. 4ª ed. Los Ángeles: SAGE Publications, 2011.
- Gini, Gianluca, y Tiziana Pozzoli. "Niños acosados y problemas psicosomáticos: Un metaanálisis." *Pediatrics* 132, no. 4 (2013): 720-729.
- Goldson, Barry. *¿Juventud en crisis? <Pandillas>, territorialidad y violencia*. Londres: Routledge, 2013.
- Grantham-McGregor, Sally, Yvonne Cheung, Santiago Cueto, Paul Glewwe, Linda Richter, Betsy Strupp, e International Child Development Steering Group. "Potencial de desarrollo en los primeros 5 años para los niños en países en desarrollo." *The Lancet* 369, no. 9555 (2007): 60-70.
- Gruskin, Sofia, Daniel Bogecho, y Laura Ferguson. "Enfoques basados en derechos para políticas y programas de salud: Articulaciones, ambigüedades y evaluación." *Journal of Public Health Policy* 31, no. 4 (2010): 529-545.
- Guerra, Nancy G., Kirk R. Williams, y Stephanie Sadek. "Comprendiendo el acoso y la victimización durante la niñez y la adolescencia: Un estudio de métodos mixtos." *Child Development* 82, no. 1 (2011): 295-310.
- Hawker, Deborah S. J., y Michael J. Boulton. "Veinte años de investigación sobre victimización entre pares y desajuste psicosocial: Una revisión meta-analítica de estudios transversales." *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 41, no. 4 (2000): 441-455.
- Haynie, Denise L., Tonja Nansel, Patricia Eitel, Amy D. Crump, Kristin Saylor, Keunhee Yu, y Bruce Simons-Morton. "Matones, víctimas y matones/víctimas: Grupos distintos de jóvenes en riesgo." *Journal of Early Adolescence* 21, no. 1 (2001): 29-49.
- Hill, Malcolm, John Davis, Alan Prout, y Kay Tisdall. "Avanzando la agenda de participación." *Children & Society* 18, no. 2 (2004): 77-96.

- Hinduja, Sameer, y Justin W. Patchin. "Acoso, ciberacoso y suicidio." *Archives of Suicide Research* 14, no. 3 (2010): 206-221.
- Hinduja, Sameer, y Justin W. Patchin. *Más allá del patio escolar: Prevención y respuesta al ciberacoso*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Corwin Press, 2015.
- Hinduja, Sameer, y Justin W. Patchin. "Conectando el suicidio adolescente con la gravedad del acoso y el ciberacoso." *Journal of School Violence* 17, no. 4 (2018): 453-464.
- Hunter, Simon, James Boyle, y David Warden. "Percepciones y correlatos de la victimización y el acoso entre pares." *British Journal of Educational Psychology* 77, no. 4 (2007): 797-810.
- Hunter, Simon, y James Boyle. "Evaluación y uso de estrategias de afrontamiento en víctimas de acoso escolar." *British Journal of Educational Psychology* 74, no. 1 (2004): 83-107.
- Hymel, Shelley, Rachel McClure, Melanie Miller, y Elise Shumka. "Abordando el acoso escolar: Teoría, investigación y práctica basada en la evidencia." *Canadian Journal of School Psychology* 30, no. 3 (2015): 173-178.
- Hymel, Shelley, y Susan M. Swearer. "Cuatro décadas de investigación sobre el acoso escolar: Una introducción." *American Psychologist* 70, no. 4 (2015): 293-299.
- Idsoe, Thormod, Atle Dyregrov, y Einar C. Idsoe. "Acoso escolar y síntomas de TEPT." *Journal of Abnormal Child Psychology* 40, no. 6 (2012): 901-911.
- Invernizzi, Antonella, y Jane Williams. *Los Derechos Humanos de los Niños: De las Visiones a la Implementación*. Farnham: Ashgate, 2011.
- Jolliffe, Darrick, y David P. Farrington. "Examinando la relación entre la baja empatía y el acoso escolar." *Aggressive Behavior* 32, no. 6 (2006): 540-550.
- Jones, Peter, y Stuart Welch. *Repensando los derechos de los niños: Actitudes en la sociedad contemporánea*. Nueva York: Continuum International Publishing Group, 2010.
- Juvonen, Jaana, Yueyan Wang, y Guadalupe Espinoza. "Experiencias de acoso y rendimiento académico comprometido en los grados

- de la escuela media." *Journal of Early Adolescence* 31, no. 1 (2011): 152-173.
- Juvonen, Jaana, y Sandra Graham. "Acoso escolar: El poder de los acosadores y la difícil situación de las víctimas." *Annual Review of Psychology* 65 (2014): 159-185.
- Kaltiala, R., Matti Rimpelä, Mauri Marttunen, Arja Rimpelä, y Päivi Rantanen. "Acoso escolar, depresión e ideación suicida en adolescentes finlandeses: Encuesta escolar." *BMJ* 319, no. 7206 (1999): 348-351.
- Killen, Melanie, y Adam Rutland. "Los niños y la exclusión social: Moralidad, prejuicio e identidad grupal." *Child Development Perspectives* 5, no. 1 (2011): 33-38.
- Klomek, Anat B., Andre Sourander, y Madelyn Gould. "La asociación entre el suicidio y el acoso escolar desde la infancia hasta la adultez joven: Una revisión de hallazgos de investigaciones transversales y longitudinales." *Canadian Journal of Psychiatry* 55, no. 5 (2010): 282-288.
- Kowalski, Robin M., Gianluca Giumetti, Amanda Schroeder, y Micah Lattanner. "Acoso en la era digital: Una revisión crítica y un metaanálisis de la investigación sobre ciberacoso entre jóvenes." *Psychological Bulletin* 140, no. 4 (2014): 1073-1137.
- Kowalski, Robin M., Susan P. Limber, y Patricia W. Agatston. *Ciberacoso: Acoso en la era digital*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2012.
- Lansdown, Gerison. "La realización de los derechos de participación de los niños: Reflexiones críticas." *International Journal of Children's Rights* 18, no. 4 (2010): 649-668.
- Lee, Yuxiang. "Reforma de la justicia juvenil y los derechos de los niños en China." *International Journal of Law, Crime and Justice* 41, no. 2 (2013): 66-82.
- Lereya, Suzet, William E. Copeland, E. Jane Costello, y Dieter Wolke. "Consecuencias para la salud mental en adultos del acoso y maltrato entre pares en la infancia: Dos cohortes en dos países." *The Lancet Psychiatry* 2, no. 6 (2015): 524-531.

- Lereya, Suzet, Muthanna Samara, y Dieter Wolke. "Comportamiento parental y el riesgo de convertirse en víctima y en acosador/víctima: Un estudio de meta-análisis." *Child Abuse & Neglect* 37, no. 12 (2013): 1091-1108.
- Loeber, Rolf, y David P. Farrington. *De la delincuencia juvenil al crimen adulto: Carreras criminales, políticas de justicia y prevención*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Lundy, Laura. "'La voz' no es suficiente: Conceptualizando el Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño." *British Educational Research Journal* 33, no. 6 (2007): 927-942.
- Lundy, Laura. "Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el bienestar infantil." En *Handbook of Child Well-Being*, 2439-2462. Dordrecht: Springer, 2014.
- Lundy, Laura. "¿En defensa del tokenismo? Implementación del derecho de los niños a participar en la toma de decisiones colectivas." *Childhood* 25, no. 3 (2018): 340-354.
- Luthar, Suniya S., Dante Cicchetti, y Bronwyn Becker. "El constructo de la resiliencia: Una evaluación crítica y directrices para el trabajo futuro." *Child Development* 71, no. 3 (2000): 543-562.
- Maher, Gerard. "La Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño, 1924." *The International Journal of Children's Rights* 28, no. 1 (2020): 18-43.
- Marini, Zopito, Andres Dane, Sandra Bosacki, y YLC-CURA. "Víctimas directas e indirectas del acoso escolar: Diferentes factores de riesgo psicosocial asociados con adolescentes involucrados en el acoso y la victimización." *Aggressive Behavior* 32, no. 6 (2006): 551-569.
- Marshall, Catherine, y Gretchen B. Rossman. *Designing Qualitative Research*. 6ª ed. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2016.
- Menesini, Ersilia, y Christina Salmivalli. "Bullying en las escuelas: el estado del conocimiento y las intervenciones efectivas." *Psychology, Health y Medicine* 22, no. 1 (2017): 240-253.
- Merriam, Sharan B. *Qualitative Research: A Guide to Design and Implementation*. 3ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2009.

- Ministerio de Educación de Ecuador. *Políticas y protocolos para la prevención del bullying en las escuelas*. Quito, Ecuador: Ministerio de Educación, 2021.
- Mishna, Faye, Debra Pepler, y Judith Wiener. "Factores asociados con las percepciones y respuestas a situaciones de acoso escolar por parte de niños, padres, maestros y directores." *Victims&Offenders* 1, no. 3 (2006): 255-288.
- Mishna, Faye, Michael Saini, y Steven Solomon. "Continuo y en línea: Percepciones de los niños y jóvenes sobre el ciberacoso." *Children and Youth Services Review* 31, no. 12 (2009): 1222-1228.
- Monks, Claire P., Peter K. Smith, y John Swettenham. "Acoso en diferentes contextos: Similitudes, diferencias y el papel de la teoría." *Aggression and Violent Behavior* 14, no. 2 (2009): 146-156.
- Nishina, Adrienne, Jaana Juvonen, y Melissa S. Witkow. "Palos y piedras pueden romper mis huesos, pero los nombres me harán sentir enfermo: Consecuencias psicosociales, somáticas y escolares del acoso entre pares." *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology* 34, no. 1 (2005): 37-48.
- O'Connell, Paul, Debra Pepler, y Wendy Craig. "Participación de los pares en el acoso escolar: Perspectivas y desafíos para la intervención." *Journal of Adolescence* 22, no. 4 (1999): 437-452.
- Olweus, Dan. *La agresión en las escuelas: Matones y chicos azotados*. Nueva York: Hemisphere, 1978.
- Olweus, Dan. *Bullying en la escuela: Lo que sabemos y lo que podemos hacer*. Oxford: Blackwell, 1993.
- Olweus, Dan. "Bullying en la escuela: Resultados a largo plazo para las víctimas y un programa de intervención escolar efectivo." En *Comportamiento agresivo: Perspectivas actuales*, editado por L. R. Huesmann, 97-130. Nueva York: Plenum Press, 1994.
- Patchin, Justin W., y Sameer Hinduja. *Ciberacoso: Investigación y perspectivas*. Cyberbullying Research Center, 2020.
- Percy, Barbara, y Nicholas Thomas. *Un manual sobre la participación de los niños y jóvenes: Perspectivas desde la teoría y la práctica*. Nueva York: Routledge, 2010.

- Perry, David G., Stephen J. Kusel, y Louise C. Perry. "Víctimas de agresión entre pares." *Developmental Psychology* 24, no. 6 (1988): 807-814.
- Pouwels, Jan L., Tom H. Lansu, Antonius H. Cillessen, y Giel P. Bijlstra. "Roles de los participantes en el acoso escolar en la adolescencia: Características de estatus, comportamiento social y criterios de asignación." *Aggressive Behavior* 42, no. 3 (2016): 239-253.
- Puhl, Rebecca M., y Janet D. Latner. "Estigma, obesidad y la salud de los niños de la nación." *Psychological Bulletin* 133, no. 4 (2007): 557-580.
- Reijntjes, Albert, Jan H. Kamphuis, Peter Prinzie, y Michael J. Telch. "Victimización entre pares y problemas internalizantes en niños: Un meta-análisis de estudios longitudinales." *Child Abuse y Neglect* 34, no. 4 (2010): 243-252.
- Rigby, Ken. "Consecuencias del acoso escolar." *Canadian Journal of Psychiatry* 48, no. 9 (2003): 583-590.
- Rigby, Ken. "Acoso Escolar: Abordando Deseos, No Solo Comportamientos." *Education and Society* 30, no. 1 (2012): 75-80.
- Rigby, Ken. *Intervenciones contra el acoso escolar en las escuelas: Seis enfoques básicos*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2012.
- Rigby, Ken, y Peter K. Smith. "¿Realmente está aumentando el acoso escolar?" *Social Psychology of Education* 14, no. 4 (2011): 441-455.
- Rivers, Ian, y Peter K. Smith. "Tipos de comportamiento de acoso y sus correlatos." *Aggressive Behavior* 20, no. 5 (1994): 359-368.
- Rodkin, Philip C., Dorothy L. Espelage, y Laura D. Hanish. "Un marco relacional para entender el acoso escolar: Antecedentes y resultados del desarrollo." *American Psychologist* 70, no. 4 (2015): 311-321.
- Rutter, Michael. "La resiliencia como un concepto dinámico." *Development and Psychopathology* 24, no. 2 (2012): 335-344.
- Salmivalli, Christina. "Bullying y el grupo de pares: Una revisión." *Aggression and Violent Behavior* 15, no. 2 (2010): 112-120.

- Salmivalli, Christina, Elina Nieminen, y Monique Voeten. "Víctimas y agresores de acoso directo e indirecto: ¿A quién recurren?" *Journal of School Psychology* 43, no. 5 (2005): 419-434.
- Salmivalli, Christina, y Kaisa Peets. "Acosadores, víctimas y acosadores-víctimas." En *Handbook of Bullying in Schools: An International Perspective*, 144-159. Nueva York: Routledge, 2009.
- Schneider, S., L. O'Donnell, A. Stueve, y R. W. Coulter. "Ciberacoso, acoso escolar y angustia psicológica: Un censo regional de estudiantes de secundaria." *American Journal of Public Health* 102, no. 1 (2012): 171-177.
- Schwartz, David, Kenneth A. Dodge, y John D. Coie. "La aparición de la victimización crónica entre pares en grupos de juego de niños." *Child Development* 64, no. 6 (1993): 1755-1772.
- Schwartz, David, Laura Proctor, y Dorothy Chien. "La víctima agresiva del acoso escolar: Disregulación emocional y conductual como una vía hacia la victimización por pares." *Development and Psychopathology* 13, no. 1 (2001): 83-110.
- Seals, Dorothy, y Jerry Young. "Acoso escolar y victimización: Prevalencia y relación con género, nivel de grado, etnicidad, autoestima y depresión." *Adolescence* 38, no. 152 (2003): 735-747.
- Sherr, Lorraine, Kathy Roberts, y N. Gandhi. "Experiencias de violencia infantil en el cuidado institucional/orfanato." *Psychology, Health & Medicine* 22, no. 1 (2017): 31-57.
- Slonje, Robert, Peter K. Smith, y Ann Frisén. "La naturaleza del ciberacoso y estrategias para su prevención." *Computers in Human Behavior* 29, no. 1 (2013): 26-32.
- Slonje, Robert, y Peter K. Smith. "Ciberacoso: ¿Otro tipo principal de acoso?" *Scandinavian Journal of Psychology* 49, no. 2 (2008): 147-154.
- Smith, Peter K. "Bullying: Definición, tipos, causas, consecuencias e intervención." En *Manual de violencia escolar y seguridad escolar: Investigación y práctica internacional*, editado por S. Jimerson y M. J. Furlong, 39-54. Nueva York: Routledge, 2020.

- Smith, Peter K., Debra Pepler, y Ken Rigby. *Acoso escolar: ¿Qué tan exitosas pueden ser las intervenciones?* Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Smith, Peter K., y Shu Shu. "Lo que pueden hacer las buenas escuelas sobre el acoso escolar: Hallazgos de una encuesta en escuelas inglesas después de una década de investigación y acción." *Childhood* 7, no. 2 (2000): 193-212.
- Sourander, Andre, L. Helstelä, H. Helenius, y J. Piha. "Persistencia del acoso escolar desde la infancia hasta la adolescencia: Un estudio longitudinal de seguimiento de 8 años." *Child Abuse y Neglect* 24, no. 7 (2000): 873-881.
- Stake, Robert E. *Multiple Case Study Analysis*. Nueva York: Guilford Press, 2006.
- Sullivan, Keith, Mark Cleary, y Gina Sullivan. *Acoso en las escuelas secundarias: Cómo se ve y cómo manejarlo*. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2004.
- Swearer, Susan M., Dorothy L. Espelage, Tracy Vaillancourt, y Shelley Hymel. "¿Qué se puede hacer sobre el acoso escolar? Vinculando la investigación con la práctica educativa." *Educational Researcher* 39, no. 1 (2010): 38-47.
- Swearer, Susan M., Dorothy L. Espelage, y Scott Napolitano. *Prevención e intervención del acoso escolar: Estrategias realistas para las escuelas*. Nueva York: Guilford Press, 2010.
- Thornberg, Robert. "El acoso escolar como una acción colectiva: Procesos de estigmatización y lucha de identidad." *Children y Society* 29, no. 4 (2015): 310-320.
- Thornberg, Robert, y Tomas Jungert. "Comportamiento de los espectadores en situaciones de acoso: Sensibilidad moral básica, desvinculación moral y autoeficacia del defensor." *Journal of Adolescence* 36, no. 3 (2013): 475-483.
- Thornberg, Robert, y Siv Knutsen. "Explicaciones de los adolescentes sobre el acoso escolar." *Childhood* 18, no. 2 (2011): 269-281.

- Todres, Jonathan. "Avanzando: Los méritos de un enfoque de ley de salud pública para el tráfico de personas." *Georgia StateUniversityLawReview* 27, no. 4 (2011): 313-345.
- Tokunaga, Robert S. "Siguiéndote a casa desde la escuela: Una revisión crítica y síntesis de la investigación." *Computers in Human Behavior* 26, no. 3 (2010): 277-287. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2009.11.014>.
- Tomaševski, Katarina. *Educación denegada: Costos y remedios*. Londres: ZedBooks, 2003.
- Ttofi, Maria M., David P. Farrington, Friedrich Lösel, y Rolf Loeber. "¿Las víctimas de acoso escolar tienden a deprimirse más tarde en la vida? Una revisión sistemática y un meta-análisis de estudios longitudinales." *JournalofAggression, Conflict and PeaceResearch* 3, no. 2 (2011): 63-73.
- Ttofi, Maria M., y David P. Farrington. "Efectividad de los programas escolares para reducir el bullying: Una revisión sistemática y meta-analítica." *Journalof Experimental Criminology* 7, no. 1 (2011): 27-56.
- UNESCO. *Violencia y acoso escolar: Informe mundial*. París: UNESCO, 2019.
- UNICEF. *Una cara familiar: La violencia en la vida de niños y adolescentes*. Nueva York: UNICEF, 2020.
- Vaillancourt, Tracy, Patricia McDougall, Shelley Hymel, y ShantaSunderani. "¿Respeto o miedo? La relación entre el poder y el comportamiento de acoso." *Social Development* 19, no. 1 (2010): 160-180.
- Veenstra, René, SiegwartLindenberg, AlbertineOldehinkel, Andrea De Winter, Frank C. Verhulst, y Johan Ormel. "Acoso y victimización en las escuelas primarias: Una comparación entre acosadores, víctimas, acosadores/víctimas y preadolescentes no involucrados." *DevelopmentalPsychology* 41, no. 4 (2005): 672-682.
- Volk, Anthony A., Andrew P. Dane, y Zopito A. Marini. "¿Qué es el acoso escolar? Una redefinición teórica." *DevelopmentalReview* 34, no. 4 (2014): 327-343.
- Wang, Jing, Ronald J. Iannotti, y Tonja R. Nansel. "Patrones de comportamientos de acoso en adolescentes: Físico, verbal,

- exclusión, rumores y cibernético." *Journal of School Psychology* 50, no. 4 (2012): 521-534.
- Ybarra, Michele L., Michael Diener-West, y Phillip J. Leaf. "Examinando la superposición entre el acoso en Internet y el acoso escolar: Implicaciones para la intervención escolar." *Journal of Adolescent Health* 41, no. 6, Suppl 1 (2007): S42-S50.
- Ybarra, Michele L., y Kimberly J. Mitchell. "Agresores/objetivos en línea, agresores y objetivos: Una comparación de las características asociadas de los jóvenes." *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 45, no. 7 (2004): 1308-1316.
- Yin, Robert K. *Case Study Research and Applications: Design and Methods*. 6ª ed. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2017.

EL FENÓMENO DEL CHILD GROOMING: SOBRE LOS PROBLEMAS EN SU DENOMINACIÓN Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

Mgtr. Eduardo Xavier Castillo Martínez⁹⁶

Introducción

En la actualidad las tecnologías se han convertido en parte fundamental de nuestro entorno, ello debido a la gran variedad de servicios que nos ofrecen, por ejemplo: enviar y recibir un correo electrónico, hacer una llamada telefónica sin importar las distancias, o realizar una transferencia de dinero en breves minutos a través de tu banca electrónica, son algunos de los numerosos ejemplos y situaciones a las que todos en algún momento hemos recurrido.

Por otra parte no debemos olvidar la creciente cantidad de usuarios en redes sociales como Facebook o Twitter, entre otras, mecanismos que hoy por hoy nos permiten entrar en contacto con cientos de personas en tiempo real y acceder a muy variada información, cuestiones que en otra época no habríamos siquiera imaginado.

⁹⁶ Filiación: Universidad Técnica Particular de Loja. Ecuador. Email: excastillo@utpl.edu.ec. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7698-7372>. Magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca – España, estudios de maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – sede Ecuador. En la actualidad realiza estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Católica Argentina – UCA. Acreditado como Mediador, mención en Mediación Familiar por la Universidad de los Hemisferios; Abogado por la Universidad Nacional de Loja. Docente de grado, posgrado y miembro del Equipo de Acreditación de la Carrera de Derecho de la UTPL.

Sin embargo, los avances de las tecnologías también traen consigo un lado negativo y oscuro, y es que, muchos se han aprovechado de los servicios que éstas les brindan para incurrir en actos ilícitos, lo cual ha conllevado a la aparición de nuevas figuras delictivas, una de ellas es el *child grooming*.

La enorme potencialidad del fenómeno internet ha supuesto un cambio en nuestro modelo social, favorecido por un acceso masivo y sencillo para todos los usuarios, que ha derivado en una sociedad que transmite continuamente información, intercambia contenidos e incluso establece contactos con otras personas, conocidos o desconocidos⁹⁷, siendo los menores de edad los más perjudicados.

Es precisamente, las facilidades que representa el empleo de las redes, las cuales permiten que se establezca el contacto entre un menor de edad y un posible delincuente sexual⁹⁸.

En lo que se refiere específicamente al caso español, este tuvo su origen mediante reforma aplicada por la Ley Orgánica 5/2010, de fecha 22 de junio, la cual introdujo en su art. 183 bis del Código Penal el delito del *child grooming*, misma que actualmente se reformó mediante Ley Orgánica 1/2015 en el art. 183 ter.

En este sentido la trascendencia que implica el estudio de este tema se refleja en la importancia que autores como Díaz Cortés⁹⁹,

97 María Teresa Heredero Campo, *Protección de datos, menores e internet*, en *Fotodertics 3.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, (Comares S.L, Granada, 2015), 267.

98 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 40 y 41.

99 Lina Mariola Díaz Cortés, *Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through Tics (Contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores)*, (Universidad de Salamanca, 2011), 4-14.

González Tascón¹⁰⁰, Rial Boubeta¹⁰¹, le otorgan al mismo, pues estos autores, entre otros, refieren que la tipificación de este tipo penal tiene especial relevancia en tanto que con los nuevos avances y adelantos tecnológicos también se presentan conductas que la sociedad rechaza, y para que se constituyan en un delito y puedan ser normadas deben ser tipificadas, sobre todo si lo que está en juego son derechos fundamentales del menor.

De tal forma en nuestro caso, abordar un tema tan controversial como lo es el *child grooming*, sin dudas ha llevado a topar cuestiones que quizá para algunos aún hoy en día no se encuentran totalmente zanjadas, y con ello me refiero ciertamente a aquel debate existente desde sus orígenes en torno a su conceptualización.

Así, se pretende aproximar al lector a conocer de forma breve aquello que constituye lo más relevante en cuanto a los antecedentes del *child grooming*; abordaremos las diferentes consideraciones respecto a su denominación, y el debate que existe en el contexto europeo, para finalmente ubicar al lector en las fases de desarrollo de este tipo penal.

El fenómeno del *child grooming*: sobre los problemas en su denominación y su conceptualización

El contacto que realiza un adulto a un menor a través de las diferentes redes electrónicas, también conocidas como TIC's (Tecnologías de la información y la comunicación), es determinado y conocido en el ámbito jurídico internacional como *child grooming*, sin embargo el término que hemos referido aún es motivo de debate a nivel doctrinal. Ello ha llevado a que en la actualidad aún no se pueda encontrar

100 María Martha González Tascón, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las Tics*, (Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Oviedo, 2011) 211.

101 Antonio Rial Boubeta, *Actitudes, percepciones y usos de internet y las redes sociales entre los adolescentes gallegos: Estado de la cuestión y retos inmediatos*, (Coruña, 2012), Consulta 24-97-2024, <http://www.adafad.org/pdf/ixjornada/par.pdf>.

un concepto concreto, distinto del término de origen anglosajón que lo engloba, de ello que el fenómeno en sí mismo tiene un cierto aire de obscuridad cuando se pretende el estudio de su denominación.

Así ciertamente sabemos que estamos hablando del –acoso– de un adulto a un menor a través de las TICs, pero aún no existe un común acuerdo, en si a esta conducta se le debe denominar *child grooming*.

El debate también radica en la idea de que si al hablar o escuchar simplemente sobre el *child grooming*, debemos pensar en que, es aquel que puede ser cometido únicamente a través de las Tics, o como bien lo indica Ramos Vásquez se lo puede cometer también persona a persona, de ello se hará referencia a continuación, con el fin de formar nuestro propio criterio acerca del *child grooming*.

El presente trabajo tiene por objetivo conocer brevemente cuáles son los antecedentes del *child grooming*; las razones por las que actualmente su denominación aún sigue en debate; nos referiremos a los problemas que este delito presenta en cuanto a su conceptualización y para ello analizaremos algunas conceptualizaciones de autores estudiosos del tema; y, por último y no menos importante, abordaremos las fases que presenta el delito como tal.

Diferentes conceptualizaciones frente al fenómeno del *child grooming*, análisis desde el contexto europeo

Igual que la ciencia ha tenido un gran avance dentro de nuestra sociedad, a la par de esta también lo ha tenido la tecnología, y, es que gracias a estas hoy en día muchas ramas como la medicina, la ingeniería, la arquitectura, la electrónica se han beneficiado y con ello han contribuido al desarrollo de toda una sociedad. Es por ello, que ahora es posible realizar actividades que nuestros ancestros si quiera lo imaginaron, como por ejemplo calentar los alimentos en cuestión de unos pocos minutos, o, comunicarse con un familiar o un amigo sin importar la distancia que los separe al uno del otro.

Sin embargo, Morillas Fernández, alega que tal como la tecnología abre las puertas de comunicación entre los seres humanos, por consiguiente también la aparición de nuevas formas delictivas¹⁰², por ejemplo la delictiva a través del internet relativa a la pornografía infantil.

Y es que una de las ventajas que tienen las nuevas tecnologías de la información y comunicación, es el acceso fácil a redes electrónicas como el internet y actividad a la que muchos niños y adolescentes dedican gran parte de su tiempo para relacionarse e interactuar con sus amigos; ignorando en muchos de los casos los problemas y consecuencias que acarrea su mal uso.

De las diferentes denominaciones que se le han otorgado a esta conducta se puede señalar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007 o también conocido como Convenio de Lanzarote, en el cual se alude a este fenómeno y a la necesidad de su incriminación en el art. 23, el cual implantaba la necesidad de establecer como delito las proposiciones a niños con contenido sexual a través de las tecnologías de la información y comunicación con la expresión *solicitationofchildrenfor sexual purposes*, de ahí que ya encontramos una primera variante a la denominación a la conducta.¹⁰³

Por otra parte la Directiva 2011/93/UE de fecha 13 de diciembre de 2011 al referirse a este fenómeno prefiere utilizar el vocablo *soliciting*, referente a la lucha contra los abusos y la explotación sexuales de menores y la pornografía infantil en su art. 6, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo; “ dicha directiva apareció

102 David Lorenzo Morillas Fernández, *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, (Dykinson S.L, Madrid, 2005), 79.

103 Carolina Villacampa Estiarte, *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, (Vol. XXXIV, España, 2014), 641.

publicada en el DOUE (Diario oficial de la Unión Europea) como Directiva 2011/93/UE-cfr. DOUE L 335, de 17.12.2011”¹⁰⁴.

Sobre este aspecto siguiendo a Villacampa Estiarte, nos refiere que el término preferido en España por el legislador, desde que se adoptó la Reforma a la Ley Orgánica 5/2010 de fecha 22 de junio que modificó el Código Penal, al incluir el *child grooming* como delito utilizó el vocablo *grooming* o *childgrooming*; a tal punto que en la exposición de motivos de la referida reformada ley, se utilizó el segundo de éstos términos, vocablo que en lo posterior ha sido ampliado en el uso de diferentes términos por la doctrina.¹⁰⁵

Por otra parte Villacampa Estiarte al referirse al *child grooming*, no considera adecuado utilizar el término acoso cibernético o ciberacoso, pues si bien el *child grooming* puede constituir una manifestación del género acoso, no significa que designarlo como tal, sea suficiente para determinarlo; por otra parte si no se acompaña del apelativo sexual, no sería suficientemente expresivo del proceso al que se refiere¹⁰⁶.

Además nos indica que, si para concretar la expresión añadimos el calificativo sexual, se correría el riesgo de que este delito sea confundido con el delito de acoso sexual, cuya fenomenología poco tiene que ver con el online *child grooming*¹⁰⁷.

Asimismo, Villacampa nos señala que si se quiere una denominación del *child grooming* más adecuada podría referirse a dicho delito

104 Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015),19.

105 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 19, 20.

106 Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), 21.

107 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 21.

como una especie del género acoso¹⁰⁸. Sin embargo, la misma pone en duda dicha adscripción, en base a lo que se indica a continuación.

Nos menciona que en el *child grooming* la aproximación del victimario a la víctima acontece bajo la seducción, por lo tanto, de acuerdo con la autora, no podría generarse los efectos que por su naturaleza provoca tanto el acoso moral y el psicológico¹⁰⁹.

Los efectos a los que se hace mención pueden deducirse así: en cuanto al acoso psicológico, cuando se influye en el estado emocional de una persona, lo cual implica perturbación del equilibrio emocional que todos precisamos para nuestro bienestar; mientras que el acoso moral implica una situación donde los sentimientos y sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores se muestran a lo largo del proceso de sometimiento¹¹⁰.

Frente a las consideraciones antes señaladas, Villacampa, al referirse a este tipo de conductas se debería tomar en cuenta el anglicismo grooming, pues dicha designación es la utilizada de manera generalizada desde sus inicios.

Frente a ello, es relevante resaltar la postura que mantiene Pérez Ferrer, y es que, la autora refiere que desde el punto de vista psicológico, las conductas sexuales con menores conllevan importantes riesgos de tipo emocional, sufriendo por tanto secuelas de este tipo, lo cual además puede llevar a generar en el menor problemas interpersonales o psíquicos como estrés postraumático, sentimientos de desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, ansiedad, angustia, miedo, etc. De lo cual deduce que el acoso en la víctima que lo ha sufrido puede tener efectos devastadores, ya que

108 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 22.

109 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 22, 23.

110 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 23.

menoscaba no sólo la indemnidad sexual del menor sino también el proceso de formación de su personalidad.

Por otra parte el autor Ramos Vázquez, sobre el *child grooming* nos señala “*se viene definiendo el child grooming como la acción encaminada a establecer una relación y control emocional sobre un niño/a, cuya finalidad última es la de abusar sexualmente del/la menor*”¹¹¹.

En el contexto del mismo autor, y desarrollando mejor la definición antes indicada, “*el grooming describiría, pues, un proceso gradual mediante el que una persona establece una relación de confianza con menores, relación enmascarada como de amistad, en la que abundan los regalos y las muestras de atención y afecto y que, gradualmente, deriva en un contenido sexual en un modo que resulta natural y no intimidatorio para el propio menor. La finalidad última, por supuesto, es la de aumentar la vulnerabilidad del menor con vistas a mantener relaciones sexuales con él*”¹¹².

Seguidamente Ramos Vázquez, realiza un estudio sobre la regulación del *child grooming* en otras legislaciones, para ello, se basa en las normativas establecidas en Canadá, Escocia, Reino Unido y Australia. Estableciendo así que el aspecto común que tienen estas legislaciones es el contacto con el menor con una finalidad sexual, dicho contacto sería a través de un medio electrónico. Ante ello, el autor considera que es inapropiado referirse al grooming como una conducta que se realiza solamente a través de medios electrónicos con fines sexuales, y nos señala que también se puede realizar dicha conducta en un encuentro cara a cara¹¹³.

Al respecto Ramos considera que el *grooming* es toda fase de regalos, conversaciones, etc., de lo que se destaca que las legislaciones

111 José Ramón Ramos Vázquez: *El llamado delito de Child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, Pág. 2.

112 Ramos, *El llamado delito de Child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, 2, 3.

113 José Ramón Ramos Vázquez, *El llamado delito de Child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, 9.

a las que anteriormente se hicieron referencia no es el *grooming* en sí mismo, sino sobre si ese *grooming* estaba preordenado al abuso¹¹⁴.

Por último también se alude a que se está sobre priorizando el *grooming* al hacer referencia a que lo cometa un extraño, especialmente aquellos conocidos a través del internet, cuando el *grooming* puede también darse en el propio ámbito familiar o escolar del menor¹¹⁵.

Los efectos a los que se hace mención pueden deducirse así: en cuanto al acoso psicológico, cuando se influye en el estado emocional de una persona, lo cual implica perturbación del equilibrio emocional que todos precisamos para nuestro bienestar; mientras que el acoso moral implica una situación donde los sentimientos y sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores se muestran a lo largo del proceso de sometimiento¹¹⁶.

En la misma línea Rodríguez Magariños, define al *Child grooming* o *embaucamiento telemático a niños* como una nueva plataforma delictiva que compromete la indemnidad sexual de los menores en Internet ya que, tras numerosas melifluas actividades, se contacta telemáticamente con un menor para poder aprovecharse de él¹¹⁷.

Por su parte, para Barrera Ibáñez, son aquellas acciones deliberadas por parte de un adulto con el fin de establecer lazos de amistad con un menor en internet, cuyo objetivo principal es obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del

114 Ramos, *El llamado delito de Child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, 9.

115 SIN TEXTO

116 Villacampa, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 23.

117 Faustino Gudín Rodríguez Magariños, *Algunas Consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming*, (Aranzandi S.A, Pamplona, 2012), Consulta 26-09-2024, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3910084>

menor o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos¹¹⁸.

Dicho lo anterior, es necesario indicar que en la actualidad no existe una definición generalizada con respecto a este delito, por ello al investigar encontramos que existen autores que le dan a este tipo de delito varias denominaciones; así podemos encontrar: “ciberacoso” a menores o acoso cibernético” a menores¹¹⁹, “acceso a niños con fines sexuales a través de las Tics”¹²⁰, “contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”¹²¹, “seducción informática”¹²².

Sin embargo, y después del breve análisis realizado, se puede llegar a concluir que el *grooming* no solo se lo puede realizar a través de las redes electrónicas, sino también en un encuentro cara a cara, y en cuanto a la finalidad, además de un encuentro de tipo sexual con el menor, también puede suceder que el objetivo sea otro diferente como por ejemplo obtener fotografías, excitación, etc.

- **Fases o etapas a través de las que se desarrolla el *childgrooming***

Recordemos que el *child grooming*, es un proceso mediante el cual un adulto un adulto mediante engaños contacta con un menor con el objeto de ganar su confianza para luego establecer lazos de amistad, este contacto lo realiza a través de internet o personalmente, del

118 Silvia Barrera Ibáñez, *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de Internet*, en *Menores e Internet*, (Thomson Reuters Aranzandi, Pamplona, 2013), 414.

119 Miriam Cugat Mauri, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en García J. Álvarez, J.L González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Tirant lo Blanch, Valencia), 2010, 227.

120 Marta González Tascón, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, (España, 2010), pág. 207.

121 Lina Mariola Díaz Cortés, *El denominado “Child grooming” del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2138, (España, 2012), 7.

122 Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte especial*. Sexta Edición. (Atelier, Barcelona, 2010), 240.

mismo modo es importante referir que estos lazos de amistad los obtiene mediante el engaño, su finalidad es un posible encuentro sexual con el menor.

Villacampa Estiarte, considera que “partiendo de la consideración del *child grooming* como proceso de socialización mediante el cual un delincuente interactúa con un menor en orden de prepararlo para el abuso sexual, lo primero que debe hacer el abusador, incluso antes de entablar una relación con un menor, es seleccionar a la víctima, circunstancia que a menudo, se dice, acostumbra a implicar que el ofensor se introduce en chats –más recientemente en redes sociales– enmascarando su identidad con la de un niño o adolescente”¹²³

Una vez que el delincuente selecciona al menor, se presentan cinco fases, las mismas están basadas en un estudio realizado en 2003, de autoría de Rachel O’Connell, titulado *Typology of Cyberexploitation and Online Grooming Practices*¹²⁴:

- **Fase de establecimiento de amistad**

En esta fase el ofensor conoce al niño. La duración de esta fase varía en todos los casos, depende del nivel de contacto que el ofensor mantiene con la víctima.

“En esta fase el ofensor requiere a la víctima una información básica, lo cual presenta una doble finalidad: la primera, consiste en confirmar que efectivamente ha iniciado una relación con el menor y la segunda, consiste en confirmar si el menor se adecúa a su predilección. También se suelen solicitar fotografías generalmente se limitan a aquellas en que aparece sólo la cara del menor, o en instantáneas tomadas en vacaciones familiares o en circunstancias de este tipo; hay que esperar

123 Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), 32.

124 Rachel O’Connell, “A Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices”, (University of Central Lancashire, 2003), Consulta 22-09-2024, <https://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/17/Groomingreport.pdf>

a un momento posterior para que las solicitudes escalen hasta pedir imágenes sexuales del menor.¹²⁵

Esto se relaciona con lo indicado por Barrera Ibáñez¹²⁶, quién al referirse al delito del *child grooming* nos menciona como característico de este delito que en primer lugar el adulto va a intentar establecer contacto a través de las redes sociales o chats con un menor para establecer lazos de amistad, fingiendo ser un niño o niña -según el caso-.

Para la autora, Mendoza Calderón, al referirse a las fases del grooming también coincide con la primera fase que es el hecho de establecer amistad con el menor, en la cual el adulto trata de conocer cuáles son los gustos del menor con el objeto de alcanzar la confianza¹²⁷.

En resumen podemos decir que lo que el agresor pretende una vez que ha seleccionado a su víctima y ha entablado una amistad con la misma, es asegurarse por medio de fotografías si se trata de la misma persona que le habla desde el otro lado, por ello solicita las imágenes actualizadas, incluso para tener conocimiento de quienes están a su alrededor y el peligro que estos puedan llegar a representar más adelante.

• Fase de conformación de la relación

La cual es una extensión de la primera fase, en la cual el adulto puede iniciar conversaciones relacionadas con la vida del menor, como el colegio o cuestiones domésticas. No todos los ofensores lo hacen, pero es habitual que tiendan a crear la ilusión en el niño de ser buenos amigos, e incluso su mejor amigo. En definitiva, dando la

125 Villacampa, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 33.

126 Silvia Barrera Ibáñez, *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de Internet*, en *Menores e Internet*, (Thomson Reuters Aranzandi, Pamplona, 2013), 415.

127 Silvia Mendoza Calderón, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 100.

aparición de ser un amigo interesado en los problemas de la víctima, el sujeto activo se gana la confianza de ésta¹²⁸.

Remitiéndonos nuevamente al estudio realizado por Barrera Ibáñez, ella también nos señala que el adulto una vez genere un lazo de amistad con el menor, posteriormente va a comenzar a obtener información a través de cualquier red informática como por ejemplo Messenger¹²⁹.

A esto también se puede agregar confesiones personales e íntimas entre el menor y el acosador¹³⁰.

En este caso, es evidente que lo que quiere lograr el delincuente es *ganar su confianza*, por ello, se muestra interesado en todo lo que tiene que ver con su vida, lo que le pasa, lo que siente, lo que quiere. Si el menor no siente esto en ningún otro ámbito (familia, amigos cercanos), es fácil que el delincuente logre su objetivo.

- **Fase de valoración del riesgo**

En aquellos casos en que el ofensor pasa a preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de observación de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor, así sobre cuestiones como en qué lugar de la casa tiene el ordenador y cuáles son los otros usuarios del ordenador. Generalmente se trata de un estadio estrechamente relacionado con el anterior, pues el *groomer* acostumbra a calibrar los riesgos al tiempo que refuerza su relación con el menor. En este caso de lo que se trata es de valorar las posibilidades de éxito que tiene el ofensor, de manera que parece que éste

128 Barrera, *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de internet*, en *Menores e internet*, 33.

129 Barrera, *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de internet*, en *Menores e internet*, 415.

130 Silvia Mendoza Calderón, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 100.

pretende garantizarse que el menor se halle socialmente aislado en cuanto a relaciones de apoyo o que sea vulnerable en algún sentido¹³¹.

Sobre este punto creo que el hecho de obtener este tipo de información le ayuda también al *groomer* a utilizar los datos que puede obtener para reforzar aún más los lazos de amistad a través de la confianza.

- **Fase de exclusividad**

Cuando la conversación se torna más personal o privada y el niño es incitado a revelar problemas personales. En esta fase se acostumbra a compartir secretos tanto del menor como del posible abusador, el sujeto activo en este caso enfatiza la idea de la importancia mutua y del secreto de la relación y a menudo introduce el tema de la confianza justamente en este estadio. El sujeto activo conduce la interacción de forma muy intencional y en general intensificándola rápidamente, tornándola de cada vez más personal, emocional y eventualmente sexual. No se observan diferencias en función de la edad de la víctima, ni en la forma en que el delincuente se aproxima al menor, ni en la naturaleza de la sugestión sexual, ni en el grado de coerción aplicado¹³².

En esta fase, el agresor ya ha logrado obtener confianza por parte de la víctima aunque no en un cien por ciento, por ello el agresor ya siente la confianza de hablarle de temas sexuales sin ningún reparo, y tanto es así que logra convencer a la víctima para que este no cuente nada a nadie.

- **Fase sexual**

Se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en el que la confianza entre ambos parece ya instalada. Normalmente en esta parte es cuando normalmente se producen la

131 Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), 33.

132 Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), 34.

mayor parte de cambios caracterizadores de estas conductas en la conversación. El marco relacional de mutua confianza que ha creado el adulto conduce a que el niño lo conciba como un mentor o como un posible futuro amante. Esta es quizá la parte más compleja del proceso, en el que pueden emerger distintos patrones y sub-estadios.

“En el caso de los predadores que quieren mantener una relación física con los menores, la progresión en esta fase es gradual. Al principio la naturaleza sexual de la conversión online puede ser implícita, pero progresivamente va derivando a intercambios explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño. Eventualmente, si el ofensor busca acabar teniendo un contacto sexual presencial con el menor, puede valorar el riesgo que supone, con solicitudes del tipo de pedirle al menor que destruya el rastro de las conversaciones que han mantenido hasta el momento”¹³³.

En este mismo sentido también se alude a que, cuando se ha obtenido la confianza necesaria con el menor, el adulto comienza el *ciberacoso* y la extorsión de la víctima, al objeto de obtener material pornográfico o establecer contacto físico con el menor para concretar el abuso sexual, y en muchas ocasiones se dice que el menor accede al chantaje ya que éste siente miedo o temor de que las imágenes que en el proceso fueron intercambiadas sean expuestas ante sus amigos o familiares.¹³⁴

También se apunta a la idea de la producción de términos específicamente sexuales y la petición a los menores a participar en actos de naturaleza sexual, grabación de imágenes o toma de fotografías.¹³⁵

133 Villacampa, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 34, 35.

134 Silvia Barrera Ibáñez, *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de Internet*, en *Menores e Internet*, (Thomson Reuters Aranzandi, Pamplona, 2013), 415.

135 Silvia Mendoza Calderón, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 100.

En esta fase el ofensor ya ha logrado obtener completa confianza por parte del menor, lo cual lo faculta para lograr su objetivo inicial que es el contacto sexual, y si el menor se resiste es probable que se utilice el chantaje, intimidación, acoso, es decir, la manipulación psicológica del menor.

Conclusiones

Es importante resaltar que el fenómeno del *grooming* en base a los antecedentes que hemos expuesto y a los estudios referidos sobre el mismo, tiene un importante impacto social dentro de la sociedad, ya que las víctimas por lo regular son los menores de edad; ante ello, se refleja desde ya su importancia e implementación en el ámbito legal.

En cuanto a su denominación, como ya se ha visto, en el campo doctrinal son variadas. Sin embargo, y como ya lo he sugerido en el punto pertinente, al referirse al fenómeno *child grooming*, y tomando en consideración el propio texto de la norma el cual indica que se realiza "...a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación...", me parece adecuado utilizar el término *online child grooming*.

No obstante, es adecuado señalar que este tipo de fenómeno, también se lo puede realizar mediante contacto de persona a persona.

También se debe referir que, al no existir un término generalizado con el cual podamos referir el fenómeno del *child grooming*, objeto de nuestro estudio, llegar a establecer un concepto sobre el mismo también presenta sus propias dificultades. Sin embargo, se puede establecer este fenómeno como: *El proceso mediante el cual un adulto a través de engaños gana la confianza del menor, con el objeto de contactar con el menor y cometer algún tipo de delito sexual, este proceso puede realizarse a través de internet y/o de manera personal.*

Finalmente hemos hecho referencia a las fases del *child grooming*, en el cual, hemos podido establecer específicamente cinco, mismas que han sido corroboradas por diferentes autores y que se identifican

con el proceso *mismo* del *grooming*, esto es: fase de amistad, conformación de la relación, valoración del riesgo, de exclusividad y sexual (en algunos casos).

Bibliografía

- Barrera Ibáñez, Silvia. *Investigación Criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de Internet*, en *Menores e Internet*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzandi, 2013.
- Cugat Mauri, Miriam. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en García J. Álvarez, J.L González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Díaz Cortés, Lina Mariola. *Algunas consideraciones sobre el meeting a childfollowing sexual grooming through Tics (Contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores)*, Universidad de Salamanca, 2011.
- Díaz Cortés, Lina Mariola. *El denominado "Child grooming" del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio*, en Boletín del Ministerio de Justicia, número 2138. España, 2012.
- González Tascón, María Martha. *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las Tics*, *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Oviedo: 2011.
- González Tascón, Marta. *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, en *Estudios Penales y Criminológicos*. España; 2010.
- Herederero Campo, María Teresa. *Protección de datos, menores e internet*, en *Fotodertics 3.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares S.L, 2015.
- Jiménez, Queralt, *Derecho Penal Español. Parte especial*. Sexta Edición. Barcelona: Atelier, 2010.
- Lina Mariola Díaz Cortés, *El denominado "Child grooming" del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio*. Boletín del Ministerio de Justicia, número 2138. España: 2012.
- Mendoza Calderón, Silvia. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Morillas Fernández, David Lorenzo. *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de pornografía infanti. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*. Madrid: Dykinson S.L, 2005.

- O'Connell, Rachel. *A Typology of Child Cyberexploitaton and Online Grooming Pratices*. University of Central Lacanshire, 2003, Consulta 22-09-2024, <https://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/17/Groomingreport.pdf>
- Ramos Vázquez, José Ramón. *El llamado delito de Child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*.
- Rial Boubeta, Antonio. *Actitudes, percepciones y usos de internet y las redes sociales entre los adolescentes gallegos: Estado de la cuestión y retos inmediatos*. Coruña: 2012. Consulta 24-97-2024, <http://www.adafad.org/pdf/ixjornada/par.pdf>.
- RodríguezMagariños, Faustino Gudín. *Algunas Consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming*. Aranzandi S.A: Pamplona, 2012. Consulta 26-09-2024, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3910084>
- Villacampa Estiarte, Carolina. *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Villacampa Estiarte, Carolina. *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación, en Estudios Penales y Criminológicos*. España: Vol. XXXIV, 2014.

EL ABORTO POR VIOLACIÓN EN ECUADOR Y LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA

*Silvana Esperanza Erazo Bustamante*¹³⁶

Introducción

El tema del aborto y la bioética ha sido, a lo largo de los años, muy polémico y ha merecido debates complejos abordados desde diferentes puntos de vista, legales, morales, religiosos, científicos. El centro principal de los debates ha sido y sigue siendo en torno al inicio de la vida humana y a los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo frente a los derechos del *nasciturus*.

Según algunas posturas, la vida comienza desde el momento de la concepción, mientras otras posturas argumentan que la vida comienza en etapas posteriores al desarrollo fetal. Así mismo, hay quienes defienden el derecho a la mujer a decidir cuándo y cuántos hijos tener, por tanto, el derecho a tomar la decisión de interrumpir un embarazo no deseado; sin embargo, también están quienes defienden el derecho a la vida del que está por nacer. La bioética intenta hacer un balance entre los derechos de la mujer y los derechos del *nasciturus* aplicando los principios que rigen su accionar.

¹³⁶ Doctora (Ph.D.) en “Fundamentos de Derecho Político” por la UNED-España. Diplomado en Bioética por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Nacional de Loja. Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República por la Universidad Nacional de Loja. Docente-Investigadora en la UTPL, aproximadamente, 20 años. Miembro del Grupo de Investigación Estudios sobre Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Humanos, ECLADH. Miembro del Comité de Ética de Investigación en Seres Humanos, CEISH-UTPL. Directora de la Maestría en Derecho Penal, Mención Derecho Procesal Penal. Autora de libros y artículos científicos.

Es importante resaltar que el derecho a la vida está reconocido en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen que dicho derecho inicia desde la concepción. La Constitución de la República del Ecuador (2008), al respecto, acoge los postulados de los mencionados instrumentos internacionales y consagra el derecho a la inviolabilidad de la vida, dejando claro que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección, desde la concepción (Art. 45).

El Código Orgánico Integral Penal (2014), acorde a la normativa constitucional, tipifica el delito de aborto, garantizando con esto, el derecho a la vida del *nasciturus*.

Por su parte, la bioética, disciplina surgida en la segunda mitad del siglo XX, aborda cuestiones éticas relacionadas con la vida y la salud, apoyada, para ello, en principios que rigen el actuar, especialmente, de los profesionales de la salud, cuidando, en todo momento, que se respete y se proteja la vida y la salud, puesto que, entre sus finalidades, está atender la vida humana y resguardar su inviolabilidad.

El aborto, que consiste en la interrupción del embarazo, atenta contra el derecho a la vida del ser que está por nacer, apartándose de las disposiciones constitucionales y de derechos humanos y alejándose, así mismo, de los principios de la bioética.

En Ecuador, como se mencionó, el aborto es delito, sin embargo, existen dos supuestos de despenalización: cuando se practica para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (Art. 150, numeral 1, COIP); y, cuando el embarazo es producto de una violación. Este segundo supuesto de despenalización del aborto fue aprobado por la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, que declaró la inconstitucionalidad del numeral 2, del Art. 150 del COIP que despenalizaba el aborto si el embarazo era consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

El aborto por violación, aunque ampliamente discutido en el ámbito jurídico y social, sigue siendo un tema controversial en vista de que se confrontan los derechos de la mujer con los derechos del *nasciturus*. Es importante abordar este tema con argumentos jurídicos sólidos fundamentados en principios esenciales del derecho, de los derechos humanos y de la bioética.

Tomando en consideración dichos argumentos, en el presente trabajo, se hará un análisis sobre la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, de la Corte Constitucional del Ecuador, que despenalizó el aborto por violación.

Palabras clave: derecho a la vida, aborto por violación, bioética

El derecho a la vida y la bioética

Uno de los derechos fundamentales que prevalecen en el ámbito jurídico internacional es el derecho a la vida, reconocido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, considerado el documento más importante a nivel mundial, puesto que ha sido traducido en más de 400 idiomas. Dicha Declaración, en el Art. 3, establece: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Sin duda alguna, el *nasciturus* es un individuo de la especie humana por consiguiente está amparado por este precepto universal.

La vida, entonces, es un derecho inherente a todo ser humano, es decir, no es creación del hombre ni de la ley, nace con el ser humano; al ser un derecho intrínseco, su goce y ejercicio no está sujeto a condición alguna. Los instrumentos internacionales reconocen este derecho, como un derecho humano y las constituciones de los diferentes países del mundo, lo consagran como derecho fundamental; tal reconocimiento permite su garantía y el establecimiento de mecanismos para evitar su vulneración. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Cuadernillo de Jurisprudencia, sobre el derecho a la vida, establece que “El derecho a la vida es un derecho humano

fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo” (2021).

El derecho a la vida constituye el derecho humano más importante, puesto que, si desaparece el titular de este derecho, automáticamente desaparecen los demás derechos humanos. “Sobra ponderar la relevancia que tiene este tema. En primer lugar, por razón de la misma naturaleza de ese derecho, que precede a todos los otros, puesto que es la condición de posibilidad de los demás, porque abolido el derecho a la vida, desaparece cualquier otro derecho posible”¹³⁷ La protección del derecho a la vida se extiende hacia el *nasciturus*, por su condición de ser humano, de allí que los instrumentos internacionales reconocen este derecho a partir del momento de la concepción. Así, el Art. 4.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual el Ecuador es parte, establece que: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Los diversos estudios científicos han demostrado que la vida inicia desde el momento de la concepción y es a partir de este momento en que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida. Según Sadler, citado por Rodríguez (2019),

El inicio de la vida humana es concreto y único; es el momento de la concepción o fecundación, que se da cuando el gameto femenino (óvulo) se une con el masculino (espermatozoide) en la trompa uterina, generando un nuevo ser vivo de la especie humana (p. 15).

Por su parte, nuestra Constitución reconoce y garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida (Art. 66.2), y establece, dentro de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que es deber del Estado,

¹³⁷ Vergés Ramírez, S. (1997). *Derechos Humanos: fundamentación*. Editorial TECOS S.A. Madrid. P. 127

reconocer y garantizar la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (Art. 45).

Uno de los mecanismos para garantizar el derecho a la vida desde la concepción, es la tipificación del delito de aborto, delito que está prescrito en nuestro ordenamiento jurídico. El Código Orgánico Integral Penal (2014), COIP, contempla la figura del delito de aborto, en los Arts. 147, 148 y 149, cuando hace referencia al aborto con muerte, aborto no consentido y aborto consentido, en su orden.

En el aborto con muerte se configura un delito preterintencional, en vista de que, aunque los medios empleados tienen como fin producir el aborto, el resultado es la muerte de la madre, acto que sacrifica dos vidas, la del hijo y la de la madre; el primer sacrificio, con intención y el segundo, sin intención. Nuestra ley sanciona con una pena más grave, cuando el aborto con muerte se ha practicado sin el consentimiento de la mujer, esto es, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, caso contrario, si la mujer hubiese dado su consentimiento, la pena privativa de libertad sería de siete a diez años.

Con respecto al aborto no consentido, éste se lo practica contra la voluntad de la mujer, violentando no solo la vida del ser que está por nacer, sino también el derecho de la mujer a ser madre. Este tipo de aborto está sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Finalmente, en el aborto consentido prima la voluntad de la mujer de interrumpir el embarazo, por tal razón, la ley sanciona tanto a la persona que lo practica (uno a tres años de pena privativa de libertad), como a la mujer que consiente en dicha práctica o cause su propio aborto (seis meses a dos años de pena privativa de libertad).

La tipificación del delito de aborto, tal como está concebido en nuestra legislación penal, garantiza el derecho a la vida del que está por nacer, guardando relación con el texto constitucional.

Sin embargo, el COIP, establece dos supuestos de despenalización del delito de aborto, supuestos que debe cumplir los requisitos previstos en el Art. 150, que establece:

El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

- 1) Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
- 2) Si el embarazo es consecuencia de una violación.

En estos supuestos de despenalización se exige la intervención de un profesional de la salud capacitado, hecho que garantiza que la práctica del aborto no pondrá en riesgo la vida de la madre, práctica que, además, debe realizarse con el consentimiento de la mujer o de las personas que la ley indica, cuando la madre no puede dar dicho consentimiento.

El texto de la ley es ambiguo, pues la falta de claridad y precisión en el procedimiento para llevar a cabo el aborto puede dar lugar al abuso de estos supuestos de despenalización. En el primer supuesto, no se exige el informe de los facultativos de la salud sobre el peligro que corre la madre si continúa con el embarazo, sin embargo, la intención del legislador es proteger la vida de la madre ya constituida, frente a la vida del ser que está por nacer, cuya vida puede perfeccionarse con el nacimiento o puede truncarse por causas diferentes al aborto. En el segundo supuesto, no se requiere que se compruebe el delito de violación, lo que da lugar a que se abuse de esta causal y se pretenda un aborto legal, aunque no haya existido tal violación. Es importante recalcar que, este segundo supuesto de despenalización está regulado por la Ley Orgánica que regula la interrupción

voluntaria del embarazo para niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación.

La medicina y la ciencia en general deben estar al servicio de la humanidad, crear vida, no destruirla; con esta finalidad surgió la bioética, la ética de la vida, cuidando que los avances científicos ayuden al progreso de la humanidad, sin vulnerar el derecho a la dignidad; su principal misión: resguardar la inviolabilidad de la vida humana. Para tal efecto, se crean los principios fundamentales de la bioética, entre los que destacamos:

Principio de autonomía: decisión del paciente de ser informado, en forma clara y precisa, sobre su tratamiento y consecuencias, para que pueda tomar una decisión adecuada sobre sí mismo. La madre tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, pero el *nasciturus* también tiene derechos que deben ser respetados, entre ellos, el derecho a la inviolabilidad de la vida que constituye un bien supremo que debe ser respetado en todas sus fases. Si bien, la autonomía de la mujer es un principio importante, sus límites se alcanzan cuando su decisión afecta gravemente la vida de otro ser humano.

Principio de beneficencia: los tratamientos que se aplican al paciente deben procurar siempre su bienestar, incluso contra su voluntad. Bienestar para la madre y bienestar para el hijo que lleva en su vientre.

Principio de no maleficencia: no perjudicar a nadie. En la aplicación de un tratamiento o medicamento, no causar daño a ningún paciente, lo que implica que dicha aplicación debe ser realizada por un profesional capacitado. El aborto implica causar un daño irreversible a un ser humano, lo que va en contra del deber ético de no hacer daño.

Principio de justicia: todos los seres humanos son iguales, por tanto, se debe tratar a todos los pacientes de igual forma, sin discriminación de ninguna clase. Madre e hijo tienen los mismos derechos. La despenalización del aborto discrimina al *nasciturus* al negar su

derecho fundamental a la vida, creando una desigualdad entre seres humanos basada en las circunstancias de su concepción.

Estos principios son interdependientes, es decir, la aplicación de uno permite la aplicación de los demás, o, al contrario, no aplicar uno de los principios, implica que no se puedan aplicar otro u otros; lo que significa que se deben aplicar todos los principios para que la bioética pueda cumplir su finalidad, respetando, en todo momento, la dignidad del ser humano.

Uno de los objetivos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), es “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos” (Art. 2, c). Por su parte, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (1997), hace referencia a la primacía del ser humano, cuando manifiesta que: “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia” (Art. 2).

El *nasciturus* es un ser humano, poseedor de una dignidad intrínseca y titular del derecho a la vida. Los derechos humanos son inalienables, por tanto, no se puede privar a ningún individuo del ejercicio de estos derechos. El aborto atenta contra el derecho a la vida de un ser inocente e indefenso y es obligación del Estado, por mandato constitucional, garantizar el ejercicio de sus derechos y evitar su vulneración.

Antecedentes de la despenalización del aborto por violación¹³⁸

Con fecha 28 de abril de 2021, el pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS,

¹³⁸ Los datos de los antecedentes son extraídos de la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS de la Corte Constitucional del Ecuador

aprobó la despenalización del aborto por violación atendiendo favorablemente las solicitudes de varios organismos que presentaron acción de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal, COIP. La causa se identificó con el No. 34-19-IN. La mencionada sentencia declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “*en una mujer que padezca de una discapacidad mental*” contenida en el Art. 150 numeral 2 del COIP.

La primera acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 del COIP, fue presentada el 30 de julio de 2019 por algunas mujeres, por sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos.

El 10 de noviembre de 2020, otro grupo de mujeres, por sus propios derechos y, en algunos casos, en representación de otros organismos defensores de los derechos humanos, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del Art. 150 del COIP, solicitando medidas cautelares.

De igual forma, otro grupo de personas, presentaron acción de inconstitucionalidad contra la misma norma, el 18 de noviembre de 2020. El 10 de diciembre de 2020, se presentó, por otro grupo de personas, una acción de inconstitucionalidad similar, y lo mismo sucedió el 11 de marzo de 2021, el 22 de marzo de 2021 y el 8 de abril de 2021, fechas en las que fueron presentadas acciones de inconstitucionalidad del numeral 2 del Art. 150 del COIP. La Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador, en diferentes fechas, dependiendo de la fecha de presentación de la acción, avocó conocimiento de las causas, las admitió a trámite, respectivamente, y dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas. El 21 de abril de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó la priorización de la causa y sus casos acumulados. En esta

causa se presentaron *amicicuriae* tanto a favor como en contra de la despenalización del aborto por violación.

Las normas impugnadas por las diferentes personas y organismos son los Arts. 149 y 150 numeral 2 del COIP; sin embargo, para efectos de este estudio, vamos a hacer referencia al Art. 150, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

La generalidad de accionantes solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la frase “*que padezca de discapacidad mental*” contenida en el referido numeral 2 del Art. 150 del COIP, invocando varias normativas de la Constitución de la República del Ecuador que hacen relación a los derechos de libertad contenidas en el Art. 66 de nuestra Carta Magna. Así mismo, sostienen los accionantes, que existe una incompatibilidad normativa con tratados, observaciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Manifiestan, finalmente, que las normas impugnadas suponen una penalización a la interrupción del embarazo en casos tan graves que vulneran el derecho a una vida digna, argumentando que “no considerar que el hecho de una violación redujo a tal punto el libre albedrío, en una de las decisiones más íntimas como es la sexualidad, y exigir que esa mujer que no pudo decidir si tener o no relaciones sexuales, deba además vivir una maternidad impuesta por temor al castigo legal, constituye discriminación en razón del género y una verdadera tortura”¹³⁹.

El Art. 436, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador, establece que la Corte Constitucional tiene como atribución “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”. La frase “*que padezca de discapacidad mental*”, según los accionantes, violenta el derecho a una vida digna y el derecho a la

139 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS. 28 de abril de 2021

integridad personal, derechos reconocidos y garantizados por nuestra Constitución en el Art. 66, numerales 2 y 3. De igual forma, consideran que se vulneran otros derechos, como el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a opinar y expresar el pensamiento libremente, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual, y, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, derechos contemplados en los numerales 4, 5, 6, 9 y 10 de la norma constitucional indicada.

Frente a todos los argumentos presentados por los accionantes, analizados por la Corte Constitucional del Ecuador, este organismo resolvió declarar la inconstitucionalidad por el fondo del Art. 150, numeral 2, del COIP, en la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental”. En su decisión, la Corte Constitucional dispuso que el Defensor del Pueblo, con la participación de la sociedad civil, prepare, en un plazo máximo de dos meses, un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación y lo presente a la Asamblea Nacional. Finalmente, dispone que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de seis meses, desde la presentación del proyecto, discuta dicho proyecto y que se respete, para su aprobación, los criterios y estándares generales establecidos en la sentencia para regular la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres víctimas de violación sexual.

Con estos antecedentes se aprobó y entró en vigencia, el 29 de abril de 2022, la Ley Orgánica que Regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en Caso de Violación.

Argumentos de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del numeral 2 del Art. 150 del COIP¹⁴⁰

Los principales argumentos que llevaron a la Corte Constitucional del Ecuador a declarar la inconstitucionalidad del numeral 2 del

140 La información de los argumentos es extraída de la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS de la Corte Constitucional del Ecuador

Art. 150 del COIP se centran en la violación sexual. Este máximo organismo de control constitucional hace énfasis en las secuelas negativas para la mujer, al considerar a la violación sexual como un acto violento, agresivo, cruel, inhumano, capaz de producir en la víctima graves traumas físicos y psicológicos que, en algunas ocasiones, ha llevado a las víctimas al suicidio. Manifiesta la Corte, que estas secuelas se agravan más cuando, como resultado de la violación, se produce un embarazo no deseado y que obligar a una mujer violada a proseguir con el embarazo es revictimizarla e incrementar los trastornos emocionales, muchos más cuando la víctima carece de apoyo familiar y debe abandonar sus estudios, cambiando de esta manera, su proyecto de vida.

Otro argumento que resalta la Corte Constitucional es el tema de la maternidad forzada de víctimas de violación, considerando que este acto atenta contra el derecho a la integridad física al menoscabar la libre disposición y goce de su cuerpo. Así mismo, afecta su derecho a la autonomía y control de su cuerpo y su vida; violenta el derecho a la integridad psíquica en vista de que genera traumas y problemas de salud mental; atenta contra la integridad moral porque provoca un rechazo social y familiar; y, atenta contra la integridad sexual porque limita su autonomía y control de su sexualidad y reproducción.

Este Organismo Constitucional considera que, invocar la protección del *nasciturus* para penalizar el aborto consentido en casos de violación, no es suficiente, por sí sola, para restringir los derechos de las mujeres víctimas de una violación; que, para penalizar este supuesto de aborto, deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva el uso del poder punitivo del Estado.

Otro argumento utilizado por la Corte Constitucional se base en el criterio de idoneidad, considerando que con la imposición de una sanción penal no se logra el fin perseguido por el legislador de proteger al *nasciturus*, por las siguientes razones:

- a) La imposición de una pena no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir. No

hay evidencias de que la criminalización de esta conducta constituya una medida persuasiva, más bien promueve la búsqueda de la clandestinidad y procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida.

- b) Según datos de la Organización Mundial de la Salud, OMS, en los países en desarrollo cada año hay alrededor de 7 millones de mujeres que son hospitalizadas como consecuencia de una interrupción voluntaria del embarazo realizada sin condiciones de seguridad. Conforme el Ministerio de Salud Pública, un 15.6% del total de muertes maternas en Ecuador corresponden a abortos realizados de forma clandestina.
- c) La penalización del aborto por violación es una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales.
- d) La criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa de libertad no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional del no nacido.

Con respecto al criterio de necesidad de la medida, la mencionada Corte manifiesta que existen alternativas menos gravosas para la protección del *nasciturus* y hace alusión al principio de mínima intervención penal por el cual el Estado no debe sancionar todas las conductas penales sino únicamente las que se consideran un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos, recordando que, por su afectación a la libertad, el derecho penal es de *última ratio*.

La Corte Constitucional, en la sentencia en análisis, enfatiza en que las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, la prevención y sanción de los delitos de violencia sexual, fortalecer la educación sexual y desarrollar políticas integrales sobre salud sexual y reproductiva. La penalización del aborto, insiste la Corte, es en exceso gravosa, pues con el afán de proteger al *nasciturus* termina

atentando contra la vida y la salud de la madre, más aún cuando ésta, por evadir la penalización, recurre a prácticas clandestinas que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad.

Finalmente, otro argumento de la Corte es el que se relaciona con la proporcionalidad en estricto sentido de la medida (vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido). En base a este criterio considera que la sanción penal no está justificada, pues la ley penal logra muy poco con esta medida para proteger al *nasciturus*; y, se pierde mucho al permitir el ejercicio del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación, en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad.

En general, manifiesta la Corte, la penalización del aborto por violación constituye un sacrificio desmedido e injustificado que solo revictimiza y afecta los derechos constitucionales de las madres, sin que con ello se obtengan beneficios o se logre consolidar realmente una protección en favor del *nasciturus*. En la tipificación de este delito en casos de violación de mujeres sin una discapacidad mental, la balanza se inclina exclusivamente hacia el *nasciturus* dejando de lado la protección de los derechos constitucionales de las víctimas de violación, pese a que estos tienen igual jerarquía y aplicabilidad. Por consiguiente, la sanción penal impuesta a las víctimas de violación, que no padecen una discapacidad mental, al decir de la Corte Constitucional, no es proporcional y por tanto es inconstitucional.

La Corte Constitucional, para fundamentar su decisión, hace, además, un análisis del derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el Art. 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, CRE, considerando que el Art. 150 numeral 2 del COIP, es contrario a este derecho al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental. Establece que la discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables y que, en el caso analizado, implicaría consecuencias jurídicas distintas para

dos personas que se encuentran en una situación análoga, mujeres que tienen una discapacidad mental y aquellas que no la tienen: para aquellas mujeres violadas sin una condición de discapacidad mental que interrumpen voluntariamente su embarazo se establece una pena privativa de libertad, mientras que para las mujeres que tienen una discapacidad mental no se establece ninguna penalidad. Enfatiza la Corte que, independientemente de su condición o capacidad mental, existe una violación sexual, pues en ambos casos hay ausencia de consentimiento de la víctima, por tanto, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida ni un criterio objetivo, ambos grupos de mujeres ven vulnerados los mismos derechos constitucionales y sufren las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación. De igual forma, manifiestan que la discapacidad mental no es la única situación de vulnerabilidad que enfrentan las mujeres, que un delito tan atroz como el de violación que trae consigo un embarazo no deseado también deja a la mujer en una situación de vulnerabilidad, por tanto, merece una protección prioritaria, especializada y reforzada, por consiguiente, la Corte encuentra que la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” del Art. 150, numeral 2, del COIP, es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento, indicando, además, que el mencionado artículo debe quedar redactado de la siguiente forma:

“Art. 150.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación”

Aclara la Corte que, por la redacción del artículo 150 del COIP, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de su numeral 2, deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para

todos los sujetos activos del mismo, esto es, tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del médico u otro profesional de la salud que realice el procedimiento.

Es importante referirse a los efectos de la sentencia, según la Corte Constitucional del Ecuador, quien se basa en el Art. 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, al indicar que la sentencia en análisis tiene “efectos generales hacia el futuro”, por tanto, ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la frase declarada inconstitucional en los términos en los que la Corte se ha pronunciado, dejando claro que esto no interfiere con la aplicación del principio de favorabilidad penal previsto en la Constitución.

Dispone la Corte que el legislador genere un marco regulatorio apropiado que regle el aborto consentido en caso de violación; sin embargo, la sentencia tendrá efectos desde su publicación en el Registro Oficial, por tanto, la falta de regulación no podrá ser pretexto para incumplir la decisión, ni sancionar a mujeres o médicos que interrumpan voluntariamente un embarazo producto de una violación sexual. La CC ha establecido algunos parámetros mínimos a seguir por parte de jueces y tribunales, mientras no exista marco regulatorio, y para el legislador cuando desarrolle la normativa pertinente, con el fin de garantizar los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación, parámetros que se resumen a continuación:

- a) En ningún caso se podrá penalizar la interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación; esto, en vista de que el proceso penal, en muchos casos, supera el tiempo de gestación y promovería la maternidad forzada de las víctimas.
- b) En los casos de niñas y adolescentes que no cuenten con autorización de su representante legal, las autoridades competentes preverán mecanismos adecuados y confidenciales para que las víctimas puedan realizar su denuncia, examen

médico, declaración jurada o lo que corresponda conforme se determine normativamente. Estas medidas son especialmente necesarias en los casos en que la violación se haya perpetrado dentro del círculo íntimo o familiar de la niña o adolescente donde sus victimarios ejercen poder sobre ellas y pueden incluso tener su representación legal.

- c) Según lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en la sentencia de Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la protección de la vida desde la concepción es gradual e incremental según el desarrollo del nasciturus, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación requiere de una legislación que fije los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser efectuada legalmente, lo que incluye la necesidad de fijación de un tiempo máximo de gestación permitido.
- d) Toda autoridad pública involucrada debe tomar en consideración los estándares y parámetros recomendados por el derecho internacional para garantizar que sus actuaciones respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, debe tenerse en consideración que su implementación requiere no solo de una legislación adecuada, sino también de la implementación de políticas públicas para asegurar una atención médica, psicológica, legal y de trabajo social que sea inmediata, segura y digna para aquellas mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo.

Una vez establecidos los parámetros antes indicados, la Corte Constitucional dispone que el Defensor del Pueblo prepare y presente un proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual que, sobre la base de los criterios establecidos en la sentencia en análisis y evidencia médica, científica, establezca condiciones y requisitos para que exista un adecuado balance entre la protección

del *nasciturus* y los derechos constitucionales de las mujeres víctimas de violación.

En base a todo lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- a) Declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal en la frase *“en una mujer que padezca de discapacidad mental”*.

Estos son los argumentos utilizados por la Corte Constitucional del Ecuador para declarar la inconstitucionalidad del Art. 150, numeral 2, del COIP.

Análisis de la sentencia no. 34-19-In/21 y acumulados

Se ha hecho una descripción, resumida, de la despenalización del aborto por violación, cuyo antecedente es la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS. De igual forma, sucintamente, hemos hecho alusión a los argumentos de la Corte Constitucional para despenalizar este supuesto de aborto. Es necesario, por tanto, realizar un análisis de los apartados antes mencionados a fin de llevar al lector a reflexionar sobre estos polémicos temas que siguen siendo de discusión y debate por los profesionales del derecho y por la ciudadanía en general.

Es importante, iniciar este análisis, indicando que la sentencia tuvo dos votos salvados: de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce y de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, lo que confirma que el tema es polémico y existen criterios a favor y en contra de la despenalización del aborto por violación.

Las mencionadas juezas, con respecto al derecho a la vida, coinciden en que éste está reconocido y protegido en la Constitución de la República del Ecuador y en algunos tratados internacionales protectores de derechos humanos, desde la concepción, haciendo alusión al Art. 45 de la CRE, que reza: “... El Estado reconocerá y garantizará la

vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”; al Art. 66, numeral 1, del mismo cuerpo constitucional, que reconoce y garantiza “el derecho a la inviolabilidad de la vida...”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6, que establece: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; la Convención Americana de Derecho Humanos, CADH, cuyo Art. 4.1 manifiesta que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; entre otros.

La Jueza Constitucional, Carmen Corral Ponce, textualmente, manifiesta: “La necesidad existencial de vivir, de trascender, de alcanzar la realización del proyecto de vida es concomitante y connatural al ser humano, más aún desde su inicio; si no se ampara al *nasciturus* en su desarrollo vital, se lo dejaría del todo desprotegido e indefenso, expuesto a pareceres y posiciones, con su proyecto de vida truncado; por ello, la única opción constitucionalmente válida es la defensa de su existencia”. Coincidimos totalmente con esta postura.

Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos protegen el derecho a la vida desde la concepción¹⁴¹ y también lo hace nuestra Constitución que lo consagra como un derecho fundamental. La vida es un derecho que le corresponde a todo ser humano, sin discriminación alguna, es intrínseco, por tanto, se lo debe respetar y proteger en todo momento, de manera especial, desde la concepción, momento en el que inicia la vida y en el que su titular merece mayor atención y cuidado al tratarse de un ser humano completamente indefenso y vulnerable. El *nasciturus* es un ser humano, de allí que las constituciones de los diferentes países lo reconocen y protegen.

141 Se refiere a la fijación del óvulo fertilizado y al blastocito resultante en el endometrio uterino, y así conducir al inicio del embarazo o gestación (Gual-Castro, Carlos. Revista Médica del Hospital General de México. Vol. 75. Núm. 4. Páginas 238-246 (octubre 2012). *El inicio del embarazo en la mujer, la planificación familiar y el uso de anticonceptivos*. Conferencia Dr. Eduardo Liceaga.

El derecho a la vida es inviolable, nuestra Constitución claramente lo manifiesta cuando en el Art. 66.1 reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, por consiguiente, no se puede coartar la vida del *nasciturus*, todo acto, acción u omisión, tendiente a ello debe ser penalizado puesto que se trata de uno de los actos más graves ya que atenta contra el derecho a la vida de un ser inocente e indefenso.

La Corte Constitucional, en la sentencia en análisis, resalta la importancia del derecho a la vida y afirma, como así es, que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y aplicabilidad; sin embargo, prioriza el derecho de la mujer a la autonomía y control de su cuerpo y su vida, el derecho al control de su sexualidad y reproducción, el derecho a su integridad psíquica, a su integridad moral, entre otros.

Como lo hemos mencionado, los derechos fundamentales tienen el mismo nivel jerárquico y, además, son inalienables e irrenunciables, sin embargo, en caso de colisión se debe ponderar qué derecho merece mayor protección en el caso concreto, aplicando el principio de proporcionalidad que exige “entre otras cosas, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquél que goza de prioridad; y, por tanto, a igual efectividad, debe preferirse siempre la solución menos gravosa”¹⁴². El derecho a la vida no puede ser desplazado por otro derecho porque, como se indicó en líneas anteriores, si desaparece el titular del derecho a la vida, de forma automática desaparecen los restantes derechos, una vez que se interrumpe la vida, este derecho no puede restituirse, por consiguiente, en caso de colisión de derechos fundamentales es indudable que cualquier otro derecho debe ceder al derecho a la vida; en tal virtud, es importante establecer un sistema efectivo de control de constitucionalidad de las leyes que permita que los derechos humanos alcancen su función protectora.

142 Díez-Picazo, L.M. (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Arazandi, S.A. (p. 54)

La mujer goza de derechos constitucionales que deben ser respetados por todos, pero sus derechos no pueden sobreponerse al derecho a la vida del *nasciturus*. Si bien es cierto, la violación es uno de los delitos más graves y traumáticos que deja muchas secuelas negativas, físicas y psicológicas, no solo a las víctimas directas, sino a todo el núcleo familiar, esas secuelas no van a desaparecer con la práctica del aborto, todo lo contrario, se van a incrementar. El aborto no es la solución al problema de violación sexual. En un análisis de proporcionalidad, la vida del *nasciturus* no debería verse sacrificada por la búsqueda de aliviar el sufrimiento, por muy intenso que ese sea, de la madre. La protección del derecho a la vida debe ser prioritaria.

El Estado debe proteger a las víctimas de violación y crear políticas públicas para una verdadera reparación integral, más aún cuando, producto de dicha violación, la mujer queda embarazada; debe acompañarla y apoyarla durante todo su proceso de gestación; velar por su salud y la del hijo que lleva en su vientre, puesto que los dos gozan, en igualdad de condiciones, del derecho a la vida consagrado en la Constitución. La madre, una vez que haya nacido su hijo, podrá decidir si desea tenerlo a su lado o darlo en adopción, y si esta última opción es la decisión de la madre, el Estado debe ayudar a viabilizar esta opción, con esto le brinda a la madre la posibilidad de no asumir la crianza de su hijo, pero, sobre todo, sin recurrir a la terminación de una vida humana.

La maternidad forzada, que atenta contra algunos derechos de la mujer, como la integridad física y psíquica, el derecho a la autonomía y control de su cuerpo, entre otros, también es un argumento utilizado por la Corte Constitucional en su sentencia. Como lo había mencionado, la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 45, establece que el Estado debe proteger la vida desde la concepción, lo que significa que el *nasciturus* es sujeto de derechos y su vida debe ser protegida. Cuando el derecho a la vida colisiona con otros derechos fundamentales se debe aplicar el principio de proporcionalidad, que hemos analizado, y que nos indica que la vida no puede ceder a otros derechos.

El criterio de idoneidad, expuesto por la Corte, merece un análisis detallado en vista de que existen algunas razones para su argumento. Indica el Órgano Constitucional, que la pena no evita que las mujeres violadas aborten y que, más bien, esto promueve la búsqueda de la clandestinidad para la práctica abortiva poniendo en riesgo la salud y la vida de la mujer. Si bien es cierto, puede darse casos como estos, la solución no es despenalizar el aborto, sino que el Estado mejore las condiciones de acceso a servicios de salud y atención integral para las víctimas de violación y desarrollar políticas públicas que protejan a la madre y al *nasciturus*, brindando atención médica durante el embarazo, apoyo psicológico y social, programas de adopción si la madre no desea criar al niño, etc. Penalizar el aborto es fortalecer la protección jurídica que merece la vida del *nasciturus*.

Otra razón del criterio de idoneidad de la Corte Constitucional está basada en las estadísticas de la OMS sobre las mujeres hospitalizadas por abortos sin condiciones de seguridad y el porcentaje de muertes maternas por abortos clandestinos. La despenalización del aborto como una medida de salud pública es un argumento superficial. El Estado tiene la obligación de proteger las dos vidas: la de la madre y la del *nasciturus*. El hecho de que muchas mujeres recurran a abortos clandestinos revela fallas en el sistema de salud y el acceso a servicios de apoyo para las víctimas de violación. Para evitar esta realidad es necesario mejorar las condiciones de atención y garantizar que las mujeres tengan acceso a los cuidados necesarios durante el embarazo y el postparto lo que sería una ayuda fundamental para que las mujeres no vean el aborto como su única salida. El uso de estadísticas sobre abortos clandestinos y sus consecuencias no puede justificar la terminación de vidas humanas. De igual forma, la despenalización del aborto no garantiza que no se realicen abortos clandestinos; en países en donde el aborto es legal, también existen abortos clandestinos debido a barreras sociales, económicas, culturales, etc. Es necesario mejorar el sistema de salud pública, fortalecer los programas de salud sexual y reproductiva y brindar a las mujeres embarazadas acceso a servicios de calidad.

La aplicación del principio de mínima intervención penal es otro de los argumentos en los que se basa la Corte Constitucional para despenalizar el aborto por violación, enfatizando que el Derecho Penal es de *última ratio*. Debemos mencionar que este principio no puede ser mencionado para justificar la despenalización de actos que impliquen la privación de la vida de un ser humano. La vida del *nasciturus* es un bien jurídico de máxima relevancia en vista de que se trata de un derecho fundamental del que dependen todos los demás derechos. El derecho a la vida del que está por nacer no puede ser sacrificado en aras de una interpretación amplia del principio de mínima intervención penal. El principio de proporcionalidad, que guía la intervención penal, exige que, en caso de colisión entre el derecho a la vida y otros derechos, como la autonomía de la mujer, se privilegia la vida del concebido debido a su carácter absoluto e irreversible.

El derecho penal, como instrumento de control social, tiene la función de proteger los bienes jurídicos más importantes de las personas, y el más esencial de todos es el derecho a la vida. La protección de la vida, especialmente de aquellos más vulnerables como el *nasciturus*, justifica la intervención penal en casos de aborto, inclusive de aborto por violación. Si bien es cierto, el derecho penal debe ser de *última ratio*, esto no significa que no deba intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la vida. De hecho, la no intervención del derecho penal en esos casos podría enviar un mensaje contradictorio sobre la protección de la vida y los derechos de los más indefensos. La protección de la vida desde la concepción es un deber constitucional del Estado ecuatoriano y el derecho penal, lejos de ser una herramienta excesiva, es necesario para proteger este bien jurídico fundamental.

En resumen, la Corte Constitucional pone por encima del derecho a la vida del *nasciturus*, el derecho a abortar (como lo refiere) en caso de violación, abriendo la posibilidad a que se practique el aborto en forma libre e indiscriminada, porque cualquier mujer con un embarazo no deseado, podría decir que fue violada para obtener el permiso de abortar, en vista de que, según la decisión de la Corte, no se debe comprobar la existencia del delito de violación, es suficiente con una

denuncia, una declaración juramentada o un examen médico para dar por sentado que la mujer fue violada y que, además, producto de esta agresión sexual, quedó embarazada.

Como lo hemos manifestado en varias ocasiones, la Constitución garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida, vida que inicia desde el momento de la concepción, de allí que la protección constitucional alcanza al no nacido, sin importar la forma cómo fue concebido puesto que dicha forma no le quita la cualidad de persona y, por consiguiente, no le quita ninguno de los derechos que le corresponden como tal.

La Corte Constitucional, en la sentencia analizada, desconoce el derecho fundamental a la vida del *nasciturus*, consagrado en la Constitución y que lo protege desde la concepción. El *nasciturus* no es responsable de ningún delito, sin embargo, la Corte Constitucional, al despenalizar el aborto por violación, permite que se le arrebate la vida y lo deja en total indefensión, estableciendo toda forma de discriminación contra este ser humano inocente.

Finalizo este trabajo haciendo las mismas preguntas de reflexión que realizó la Jueza Constitucional, Carmen Faviola Corral Ponce, en su voto salvado: “¿quién defiende al *nasciturus*?, ¿cómo se explica que el derecho a vivir ha sido arrancando y arrebatado a seres indefensos e inocentes?; y, en definitiva ¿si no es la Corte Constitucional, entonces quién hace respetar la Constitución?”

Conclusiones

Uno de los principios más sólidos de la bioética es el de la inviolabilidad de la vida humana que sostiene que la vida debe ser respetada y protegida en todas sus etapas, desde la concepción. El *nasciturus* es un ser humano en desarrollo, con un código genético único y una identidad biológica propia, lo que lo convierte en un individuo desde el momento de la concepción.

El aborto por violación plantea dilemas éticos y jurídicos complejos, sin embargo, el derecho a la vida del *nasciturus* debe ser defendido como un principio fundamental. Ninguna circunstancia, por muy grave y dolorosa que sea, justifica la privación de la vida de un ser humano inocente e indefenso, cuya vida y dignidad debe ser protegida desde el momento de su concepción. La vida del *nasciturus* tiene un valor intrínseco que no puede ser negado ni subordinado a las circunstancias de su origen.

La verdadera solución no radica en la despenalización del aborto por violación, sino en un enfoque que respete y proteja tanto a la madre como al *nasciturus*. Esto implica ofrecer apoyo integral a las mujeres víctimas de violación, garantizando acceso a atención médica, psicológica y social, sin recurrir a la eliminación de una vida. La defensa del derecho a la vida del *nasciturus*, desde el derecho y la bioética, es esencial para preservar la dignidad humana y construir una sociedad que valore la vida en todas sus formas y circunstancias.

Referencias bibliográficas

- Código Orgánico Integral Penal (2014). Asamblea Nacional del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Asamblea Constituyente.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 21: Derecho a la vida / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH. Recuperado de chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglcfindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21_2021.pdf
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (1997). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Recuperado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Diez-Picazo, L.M. (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Arazandi, S.A.
- Gual-Castro, Carlos. Revista Médica del Hospital General de México. Vol. 75. Núm. 4. Páginas 238-246 (octubre 2012). *El inicio del embarazo en la mujer, la planificación familiar y el uso de anticonceptivos. Conferencia Dr. Eduardo Liceaga*. Recuperado de: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-del-hospital-general-325-articulo-ei-inicio-del-embarazo-mujer-X0185106312842590#:~:text=Los%20t%C3%A9rminos%20fertilizaci%C3%B3n%20o%20fecundaci%C3%B3n%20no%20son%20sin%C3%B3nimos%20de%20concepci%C3%B3n.&text=La%20>

concepci%C3%B3n%20o%20embarazo%20se,de%20la%20mujer%20(embri%C3%B3n).

- Rodríguez López, Amanda (2019). *Sexualidad y fecundidad. Reflexiones sobre el inicio de la vida humana*. Universidad de La Sabana. Recuperado de https://books.google.com.ec/=O7Hsde_xS0tZn50nrgwOfFsezw#v=onepage&q=inicio%20de%20la%20vida%20humana&f=false Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS de la Corte Constitucional del Ecuador (2021). Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=34-19-IN/21>
- Vergés Ramírez, S. (1997). *Derechos Humanos: fundamentación*. Editorial TECOS S.A. Madrid.

LAS PRISIONES DE ECUADOR. UN INFIERNO TERRENAL EN AMÉRICA LATINA

*Henry Antonio Armijos Campoverde*¹⁴³

Introducción

La crisis carcelaria que afecta al Ecuador si bien es una de las más complejas que han afectado al país en la última década e incluso es considerada como la peor que ha enfrentado el Ecuador desde que empezó la historia republicana, representa un escenario de padecimiento para los privados de libertad.

Por lo que, ante un fenómeno de esta magnitud, resulta indispensable observar a profundidad cuáles son los factores que han llevado a que la situación carcelaria en el Ecuador se haya agravado tan significativamente en los últimos años.

En este contexto, el abordaje del tema abarca una referencia historiográfica sobre el origen de la prisión en Ecuador para poder entender la anacronía del problema. En un segundo momento se analiza la gestión y la política pública implementada por los gobiernos de Rafael Correa, Lenin Moreno y Guillermo Lasso, esto permite obtener una radiografía sobre la gravedad del problema e identificar si existen expectativas esperanzadoras de solución al problema.

El estudio parte principalmente de la observación documental, en especial se analizan los Informes de la Defensoría del Pueblo sobre las visitas realizadas a los Centros de privación de libertad-CPL, los

143 Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja. Abogado por la Universidad Técnica Particular de Loja. Magister en Derecho Penal, mención en Procesal Penal por la UTPL. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la UTPL. Autor de varios artículos y obras en Derecho penal y Ejecución de penas.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH en base a sus visitas, y de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional. A través de estas fuentes se procura contribuir al establecimiento de las causas reales que afectan el sistema penitenciario y cómo estas no corresponden a hechos aislados o a situaciones recientes, sino que son el resultado de un conjunto de malas administraciones e ineficientes políticas públicas.

Así pues, los datos cuantitativos y cualitativos obtenidos del resultado de esta investigación han reflejado como causas principales de la crisis penitenciaria las deficientes políticas públicas, el hacinamiento, uso indiscriminado de la prisión preventiva y la precaria infraestructura carcelaria.

Antecedentes históricos del sistema penitenciario en el Ecuador (siglo XX y XXI)

El sistema penitenciario ecuatoriano inició como un proyecto aparentemente funcional, pero en la práctica dominado por la improvisación y ambigüedad puesto que la institucionalidad del sistema fue desarrollándose en la marcha, de manera precaria y utilizando los antiguos sistemas de la beneficencia y la represión (Goetschel, 2005).¹⁴⁴

La primera prisión estructura que tuvo el Ecuador fue un proyecto de nación que se le atribuyó como una de sus mayores obras al presidente García Moreno, tanto así que se le denominó "Penal García Moreno", contaba con una infraestructura semejante a la europea y estadounidense, y estaba ubicado en la capital del país (Goetschel, 1999). Aunque se desconoce cuál era la verdadera capacidad que tuvo el panóptico García Moreno, lo que sí se sabe es que no todas las prisiones del Ecuador estuvieron estructuradas como esta, pues

¹⁴⁴ Ana María Goetschel, "El Discurso Sobre La Delincuencia y La Constitución Del Estado Liberal (Período Garciano y Liberal)," *Procesos. Revista Ecuatoriana De Historia* Vol.8 (1996): 83-98.

la mayoría de las prisiones que existían se encontraban en casas que era adecuadas con ciertas medidas de seguridad.¹⁴⁵

Otra evidencia del carácter improvisado del sistema carcelario del Ecuador se reflejaba en el tratamiento a la delincuencia femenina pues hasta inicios del siglo XX el país no contaba con una cárcel de mujeres y las criminales eran enviadas a distintos centros que más bien eran como casas de guarda, caracterizadas por la represión y que estaban a cargo de las religiosas del Buen Pastor.¹⁴⁶

Posteriormente, a inicios y mediados del siglo XX se construyeron nuevas edificaciones carcelarias entre las más importantes estaba el penal García Moreno, la penitenciaría Modelo del Litoral, las cárceles de mujeres de Quito y Guayaquil; gran parte de estos centros surgieron en los años setenta por iniciativa de la Dirección Nacional de Prisiones que era una institución dependiente del Ministerio de Gobierno.¹⁴⁷

En los años ochenta, empezaron a intensificarse los problemas que afectan a nuestro sistema carcelario incluso en la actualidad tales como la ausencia de políticas penitenciarias, precariedad de la infraestructura carcelaria, hacinamiento, escasez de trabajo o actividades de recreación para los detenidos, falta de sistemas de clasificación, poca preparación del personal penitenciario. Todas estas son situaciones que ha venido arrastrando el sistema carcelario desde su creación.

145 Carolina Larco Chacón, "Historia de Las Prisiones En Ecuador (1874-1980)," in *Historia de Las Prisiones Sudamericanas. Entre Experiencias Locales e Historia Comparada (Siglos XIX y XX)*, ed. José Daniel Cesano, Jorge Nuñez, and Luis González Alvo (Tucumán: Editorial Humanitas, 2019).

146 Larco Chacón, 284.

147 Jenny Pontón and Andreina Torres, "Cárceles Del Ecuador: Los Efectos de La Criminalización Por Drogas," *URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 1, no. 1 (2007).

Políticas criminales de los tres últimos gobiernos del Ecuador

Este análisis incluye las políticas criminales implementadas por los gobiernos de Rafael Correa Delgado, Lenin Moreno Garcés y Guillermo Lasso.

Gobierno del Ec. Rafael Correa Delgado

El Sistema Penitenciario Ecuatoriano durante el Gobierno de Rafael Correa inició una época de transformaciones en 2007, cuando se declaró el estado de emergencia en todas las cárceles del país debido a las precarias condiciones, el abandono del sistema penitenciario, la sobrepoblación y la violación de derechos humanos¹⁴⁸.

La transformación fundamental llegó en 2008 con la nueva Constitución que estableció un “Estado constitucional de derechos y justicia”². Como sostiene Vázquez, esta fue una transformación del sistema jurídico ecuatoriano legitimada por la democracia¹⁴⁹.

El presidente Correa ejerció el poder por dos periodos, ejecutando el “Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013” y el “Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017”. Durante el primer periodo, el gobierno reconoció problemas graves en los centros de rehabilitación social como discriminación, marginación de personas privadas de libertad, falta de recursos económicos e incompatibilidad del modelo carcelario con las normas internacionales¹⁵⁰.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo señala que el sistema penitenciario ecuatoriano había estado en total abandono,

148 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, *Plan Nacional Del Buen Vivir 2009 - 2013* (Quito, 2009), 303.

149 Andrés Sebastián Cevallos Altamirano, Patricia Lissette Martínez Vaca, and Erick A. Panchi De Jesús, “¿Crisis Carcelaria En Un Estado Constitucional de Derechos?,” *Revista Ruptura* Vol.3 (2021): 291–336.

150 Andrés Sebastián Cevallos Altamirano, Patricia Lissette Martínez Vaca, and Erick A. Panchi De Jesús, “¿Crisis Carcelaria En Un Estado Constitucional de Derechos?,” *Revista Ruptura* Vol.3 (2021): 291–336.

lo que repercutió en la implementación de programas integrales de rehabilitación, agravado por la cultura de corrupción en el sistema penitenciario¹⁵¹.

Para 2012, Ecuador presentaba una población de 20,869 personas privadas de libertad. El Observatorio Hemisférico de Seguridad reportó que América Latina en 2010 llegó a tener 383 PPL por 100 mil habitantes, mientras que Ecuador alcanzó 143.1 PPL por cada 100 mil habitantes en diciembre de 2012¹⁵².

En el segundo periodo (2013-2017), según datos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la infraestructura carcelaria nacional contaba con 35 centros de rehabilitación social, 11 Centros para Adolescentes Infractores, 3 casas de confianza y 10 centros de Detención Provisional¹⁵³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", documentó graves problemas en la región, incluyendo Ecuador¹⁵⁴. Entre 2005 y 2010, la CIDH registró un promedio de 172 reclusos fallecidos por hechos violentos en los centros carcelarios ecuatorianos¹⁵⁵.

En fin, el gobierno de Rafael Correa en Ecuador abordó la crisis penitenciaria como parte de su modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, implementando reformas para mejorar las condiciones de vida y derechos humanos de las personas privadas de libertad. Los planes nacionales de Buen Vivir (2009-2013 y 2013-2017)

151 SENPLADES.

152 (SENPLADES, 2013, p. 204)

153 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, *Buen Vivir. Plan Nacional 2013-2017* (Quito: Senplades, 2013), <http://documentos.senplades.gob.ec/Plan Nacional Buen Vivir 2013-2017.pdf>.

154 Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, "Informe Sobre Los Derechos Humanos de Las Personas Privadas de La Libertad En Las Américas," 2011.

155 CIDH, 6.

priorizaron la rehabilitación social, invirtiendo en infraestructura penitenciaria y elevando los derechos de los reclusos a un rango constitucional. Sin embargo, estos avances enfrentaron múltiples desafíos, entre los que destacan la marginación social, la insuficiencia de recursos, y la falta de alineación con normas internacionales.

Aunque se lograron mejoras en términos de construcción de nuevas instalaciones y reducción parcial de hacinamiento, los problemas estructurales persistieron. El modelo penitenciario siguió presentando altos índices de violencia, corrupción y uso excesivo de la prisión preventiva, sin una política integral de rehabilitación y reinserción que abordara los factores sociales y económicos subyacentes. A pesar de la intención de promover un sistema carcelario justo y humano, la implementación de las políticas mostró limitaciones, lo que sugiere que el enfoque prevaleció más en mantener el control y la seguridad que en propiciar una rehabilitación efectiva y sostenible para las personas privadas de libertad.

Gobierno del Lic. Lenin Moreno Garcés

El período gubernamental de Lenin Moreno, que se extendió desde mayo de 2017 hasta mayo de 2021, se desarrolló bajo el auspicio del partido oficialista, que nuevamente retuvo la presidencia e implementó un modelo de gestión denominado “Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida”¹⁵⁶. Este plan, en materia de rehabilitación social, presentaba objetivos limitados, enfocándose principalmente en el respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas privadas de libertad, y propuestas para fortalecer el sistema penal mediante la aplicación de penas no privativas de libertad, buscando así reducir el hacinamiento carcelario¹⁵⁷.

156 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, *Plan Nacional de Desarrollo “Toda Una Vida” 2017-2021* (Quito: Senplades, 2017).

157 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, *Plan Nacional de Desarrollo “Toda Una Vida” 2017-2021* (Quito: Senplades, 2017).

La Defensoría del Pueblo de Ecuador, en su Informe Anual 2018, reveló una crisis profunda en el sistema penitenciario, donde el hacinamiento y la sobrepoblación emergieron como problemas fundamentales¹⁵⁸. La insuficiencia de espacio impactó severamente en la calidad de vida de los reclusos, restringiendo su acceso a necesidades básicas y evidenciando el deterioro progresivo de las instalaciones. La institución identificó como problemas críticos¹⁵⁹:

El deterioro sistemático de la infraestructura carcelaria, consecuencia de la escasa asignación presupuestaria gubernamental para su mantenimiento.

La deficiencia en el abastecimiento y acceso a agua de calidad, comprometiendo la salud y vida de los reclusos.

La desarticulación entre las actividades de rehabilitación y el plan individualizado de cumplimiento de la pena.

La carencia de personal profesional capacitado para implementar los ejes de tratamiento y rehabilitación.

El inadecuado manejo de la vinculación familiar y social de los reclusos.

La insuficiencia de espacios destinados a visitas familiares e íntimas.

Las deficiencias en la gestión del contacto de los internos con el mundo exterior.

Las limitaciones en la prestación de servicios de salud efectivos.

158 Defensoría del Pueblo del Ecuador DPE and Mecanismo Nacional de prevención de la tortura MNPT, "Informe Anual 2018," 2019.

159 Defensoría del Pueblo del Ecuador DPE and Mecanismo Nacional de prevención de la tortura MNPT, "Informe Anual 2018," 2019.

La ausencia de criterios adecuados para la separación y clasificación de los internos.

La intensificación del hacinamiento y la sobrepoblación.

Los retrasos en el otorgamiento de beneficios penitenciarios.

Las condiciones precarias e insalubres que deterioran la calidad de vida de los reclusos.

Para 2019, la situación se agravó considerablemente. Además de persistir los problemas identificados en 2018, el informe de la Defensoría del Pueblo documentó un incremento significativo en la violencia, resultando en un número considerable de muertos y heridos⁵. Esta situación llevó al gobierno de Moreno a declarar el estado de excepción en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social, medida que resultó insuficiente para contener la violencia. Durante ese año se registraron 38 muertes violentas, aunque la ausencia de estadísticas oficiales evidencia la falta de transparencia y gestión en el ámbito penitenciario¹⁶⁰.

El deterioro y colapso del Sistema Nacional de Rehabilitación Social comenzó a intensificarse desde 2018, impulsado por el crecimiento exponencial de la violencia intracarcelaria y el fortalecimiento de bandas delincuenciales vinculadas al narcotráfico, que operaban sus actividades ilícitas desde el interior de los centros de privación de libertad⁷. La violencia escaló hasta alcanzar niveles sin precedentes, caracterizados por prácticas deshumanizantes que generaron conmoción nacional, particularmente en la Penitenciaría del Litoral en Guayaquil¹⁶¹.

La crisis carcelaria alcanzó su punto más crítico entre 2020 y 2021, cuando los enfrentamientos entre bandas delictivas resultaron en

160 Defensoría del Pueblo del Ecuador DPE and Mecanismo Nacional de prevención de la tortura MNPT, "Informe Anual 2019," 2020.

161 Secretaría de Derechos Humanos SDH, "Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025" (2022), 122.

aproximadamente 320 privados de libertad fallecidos, principalmente en las masacres ocurridas en la Penitenciaría del Litoral, en el Turi y en Latacunga¹⁶². La corrupción sistémica se evidencia en la presencia de armamento de alto calibre dentro de las instalaciones penitenciarias, incluyendo metralletas, pistolas automáticas y revólveres, a pesar de las prohibiciones legales existentes¹⁶³. Es de conocimiento público que las prácticas de extorsión y chantaje son comunes en las cárceles, controladas por los líderes de las organizaciones criminales

Gobierno del Sr. Guillermo Lasso

El gobierno de Guillermo Lasso (mayo 2021-noviembre 2023) centró su gestión en el Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025, cuyo eje de seguridad integral abarca el ámbito cibernético y penitenciario, elementos clave para la estabilidad nacional. Al abordar los desafíos en seguridad, es crucial considerar no solo las metas cuantitativas, sino también las condiciones subyacentes que han contribuido a incumplimientos y crisis actuales.

El Eje de seguridad del gobierno de Lasso se enfocó a combatir la delincuencia y el crimen organizado; y en esta línea también buscó mejorar el Sistema de Rehabilitación Social. La motivación del eje de seguridad destaca la crisis del sistema penitenciario rodeada de hacinamiento, infraestructura precaria y vulnerabilidad de los derechos de los privados de libertad, lo que ha contribuido al incremento de amotinamientos, masacres y violencia al más alto nivel.¹⁶⁴

Según el Eje de seguridad del gobierno de Lasso observa que desde el 2020 se han registrado más de 118 eventos violentos al interior de los recintos carcelarios y consideran que su agravamiento se debió a la falta capacidad para controlar las prisiones. En definitiva, resalta

162 Secretaría de Derechos Humanos SDH, "Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025" (2022), 122.

163 SDH, 123.

164 Secretaría Nacional de Planificación SNP, "Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025" (Quito, 2021), 75.

el reto que representa el hacinamiento y la capacidad instalada de la infraestructura que no permite atender la privación de libertad en condiciones respeto y garantía por los derechos fundamentales que conservan los privados de libertad.¹⁶⁵

Sin embargo, los intentos por controlar el sistema penitenciario ecuatoriano fueron fallidos en el gobierno de Lasso que se vio frustrado por la muerte cruzada que sólo le permitió gobernar hasta noviembre de 2023.

Al término del gobierno de Lasso se observa un sistema de rehabilitación social caotizado y un ambiente de inseguridad alarmante en todo el país por el incremento de la delincuencia, el crimen organizado y la lucha por controlar las zonas de influencia para el tráfico de droga. En definitiva, la crisis carcelaria no pudo ser manejada de forma eficiente; por lo que el Sistema de Rehabilitación Social sigue rodeado de hacinamiento, violencia y muerte tanto de personas privadas de libertad como de ciudadanos en las calles, sobre todo en Guayaquil, Durán y Esmeraldas.¹⁶⁶

El problema carcelario persiste bajo los mismos indicadores de crisis como son: hacinamiento, infraestructura vetusta y algunos con serios daños por los atentados violentos de los que han sido objeto; falta de separación y clasificación de los privados de libertad según lo establecido en la norma penal; falta de programas de rehabilitación, falta de presupuesto y personal capacitado para la gestión penitenciaria, entre los más importantes.¹⁶⁷

165 Secretaría Nacional de Planificación SNP, “Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025” (Quito, 2021), 75..

166 Defensoría del Pueblo del Ecuador DPE, “Defensoría Del Pueblo Del Ecuador Acudiré Ante La Función Judicial Para Tratar La Grave Situación de Hacinamiento , Violencia y Falta de Medios de Vida Del Sistema de Rehabilitación Social Del País” (Quito, 2019).

167 SDH, Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025, 112.

Metodología

Es indispensable en toda investigación que se emplee una metodología adecuada, pues esta permitirá examinar el conocimiento empírico para que a través de este se puedan realizar contribuciones de carácter fiable. Por esta razón, para la generación de los conocimientos que se materializaran en este artículo científico se debió consultar documentos digitales e impresos, los cuales constituyen una de las fuentes para la recopilación de información, a través de los cuales se ha constatado los hechos ocurridos en el sistema carcelario ecuatoriano en los últimos cinco años lo que a su vez permite cumplir con los objetivos planteados en esta investigación y facilita la comprensión de este fenómeno. En definitiva, el enfoque de esta investigación se sustenta en el método socio-jurídico que busca identificar la problemática social en las cárceles ecuatorianas y relacionar con la norma jurídica; es decir, acercar la sociedad y el derecho.¹⁶⁸

De tal modo que, en esta investigación se ha empleado un enfoque cualitativo con una técnica de observación documental¹⁶⁹. Es cualitativo porque brinda una fundamentación bibliográfica apropiada, lo que permite la aplicación del análisis inductivo e interpretativo de manera recurrente. Además, el uso del método inductivo-deductivo conlleva a razonar sobre las circunstancias del fenómeno investigado y con ello se pueden obtener resultados que aporten significativamente a la investigación.

Bajo esta perspectiva, para desarrollar esta investigación se consultaron aproximadamente 50 fuentes de información entre las que se incluyen artículos científicos publicados en revistas indexadas, libros físicos y electrónicos, doctrina correspondiente al fenómeno de estudio, leyes nacionales y acuerdos internacionales vigentes y ratificados por el Ecuador, jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana

168 Javier Díaz Díaz, "La Investigación Jurídica y La Investigación Socio-Jurídica: Entre El Método Jurídico de Investigación y El Método Científico," *Revista Iustitia*, 2008, 201-6.

169 Sampieri, R. F. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill / Interamericana Editores S.A. DE C.V

de Derechos Humanos, decretos ejecutivos y por último, estados de excepción dictados para controlar la situación carcelaria.

Por lo que, de las fuentes consultadas se seleccionaron 37, las cuales permiten dar sustento a los objetivos planteados y además refuerzan el carácter científico de esta investigación que se fundamenta en la observación documental de fuentes confiables.

Por otro lado, los criterios de inclusión considerados para seleccionar las fuentes a utilizar en esta investigación fueron: a) selección de artículos publicados en los últimos cinco años, con excepción de aquellos que contribuyan con el relato histórico de la situación carcelaria en el país. b) normativa nacional e internacional referente a los derechos de las personas privadas de libertad. c) decretos ejecutivos y estados de excepción dictados en los últimos tres años. d) jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los privados de libertad. e) reportes e informes de las instituciones públicas sobre la situación penitenciaria en el Ecuador publicados en los últimos diez años. f) reportajes y noticias de los medios de comunicación locales dentro de los últimos cinco años.

Resultados discusión

El Sistema de Rehabilitación Social ha pasado por varias crisis carcelarias, con la emisión de distintos estados de emergencia y de excepción del SNRS (2007, 2011, 2019, 2020 y 2021), sin embargo, ninguna ha venido acompañada de un plan integral que ataque a las problemáticas estructurales que aquejan al referido sistema.¹⁷⁰ En este sentido, se puede intuir que la problemática penitenciaria no parte de una única causa, sino que su origen es multicausal por ende requiere de soluciones multidimensionales (laborales, económicas, derechos humanos, sociales, seguridad, ética, salud, cultura, deporte, etc.

Sin embargo, los estados de excepción contemplados en la Constitución, Arts. 164-166 en casos de conmoción interna se ha

170 SDH, Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025, 123.

justificado en el estado de necesidad y legalidad, pero sin resultados positivos, más a través de esta figura se ha suspendido los derechos de los privados de libertad como la comunicación con el exterior, el derecho a recibir visitas, el derecho de reunión y de expresión, etc. La única ventaja para el gobierno al utilizar esta figura jurídica ha sido la concentración de poder que le otorga la Constitución en el ámbito concreto.

Pero, pese a que los estados de excepción fueron declarados legales y constitucionales, la Corte Constitucional advierte que este mecanismo no ha sido efectivo para solucionar el problema carcelario, más bien considera que el problema carcelario obedece a la falta de actuación oportuna y adecuada por parte del Estado, lo que más bien, ha traído como consecuencia la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los privados de libertad. Según la Corte Constitucional, las fallas en el sistema penitenciario ecuatoriano son estructurales y derivadas del tráfico de drogas, tráfico de armas, hacinamiento y crimen organizado.¹⁷¹

La Corte Constitucional llama la atención al Estado ecuatoriano y afirma que la crisis penitenciaria obedece más bien a actuaciones deficientes e irresponsables del ejecutivo y los organismos encargados del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Ante esta situación propone un trabajo coordinado para soluciones estructurales entre las diferentes funciones del Estado. En este sentido condena de forma enfática que las medidas extraordinarias adoptadas en el marco del estado de excepción para controlar y prevenir la violencia generada en los centros de privación de libertad no hayan mostrado resultados tangibles y recalca la posición especial de garante que tiene el Estado frente a los derechos de las personas privadas de libertad, quienes se encuentran bajo su custodia y responsabilidad, y el deber de responder por las acciones u omisiones que vulneran derechos.¹⁷²

171 Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado. Causa No.4-20-EE y 6-20-EE, 2021

172 CCE, p.3.

De la misma manera, a través de la revisión de pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha observado que entre el 2020 y 2021, de forma recurrente la problemática carcelaria ha vulnerado los derechos de los privados de libertad en el siguiente sentido:

En 2019 el hacinamiento alcanzó la máxima sobrepoblación carcelaria que comprende el 38.26% de las personas sin sentencia condenatoria y el 61.74% con sentencia condenatoria.

Uso excesivo de la prisión preventiva y penas privativas de libertad que se contraponen al mandato constitucional, que la contempla como una medida excepcional. La infraestructura está deteriorada por la falta de mantenimiento. Existe personal limitado para la gestión penitenciaria y la aplicación de los programas de rehabilitación. Carencia de dotación de agua potable. Limitados recursos presupuestarios. Incremento de la violencia y masacres. Prácticas de extorsión entre los mismos presos o de parte de los funcionarios penitenciarios. Aislamiento en celdas de castigo, denominadas “celdas de reflexión” como una forma de sanción disciplinaria. Violencia sexual que no es denunciada por el temor a represalias. Deficiencia en el servicio de salud.

Falta de gestión y concesión de beneficios penitenciarios para casos de enfermos terminales (generalmente con cáncer a la médula ósea, cáncer de mama, carcinoma basocelular, cáncer de pulmón, entre otros), aquellos que padecen enfermedades crónicas o catastróficas (artritis reumatoidea deformante) y de los reclusos con discapacidad del 8% que además están en una edad entre los 75 y más años por lo cual no representarían una peligrosidad para la sociedad.¹⁷³

Por otro lado, al analizar el problema de la infraestructura carcelaria, la vetustez de los centros carcelarios responde a que cuatro

173 Sentencia No.365-18-JH/21 y Acumulados, 2021; Caso No.679-18-JP y acumulados, 2020

fueron construidos entre 1860 y 1900; seis entre 1915 y 1954; y la mayoría a partir de 1964.¹⁷⁴

De los hallazgos encontrados en el desarrollo de la investigación se entiende que el problema carcelario ha sido continuo pero que a partir de los gobiernos de Moreno y Lasso se han acentuado debido al enfoque represivo, de control y seguridad, más que, de políticas públicas de rehabilitación. En este contexto, recomienda dos medidas para reducir la violencia intracarcelaria:

Despoblar las cárceles a través de indultos, mecanismos para sustituir las penas y adelantar la caducidad de la prisión preventiva.

Abrir las cárceles a través de regímenes de visitas flexibles que permitan a las familias involucrarse en la práctica de los centros de reclusión.

Por lo tanto, la realidad penitenciaria requiere de un enfoque más integral que aborde no solo la cantidad de reclusos, sino también la calidad de las condiciones de vida y las medidas preventivas de seguridad. La falta de prevención de la violencia entre reclusos y la insuficiencia en la protección de los derechos fundamentales son cuestiones que requieren una atención inmediata y estratégica.

Al parecer, las deficientes políticas públicas criminales inician con la eliminación del Ministerio de Justicia y Culto en el 2018; creándose dos instituciones como son la Secretaría de Derechos Humanos y el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) que no tienen la misma connotación ni rango de un Ministerio para afrontar la crisis.

La creación del SNAI solo contribuyó al debilitamiento de la institucionalidad del sistema penitenciario ecuatoriano, puesto que este es un servicio, por lo cual no tiene rectoría ni presencia territorial en

174 Organización de Estados Americanos OEA and Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, *Informe Sobre Los Derechos Humanos de Las Personas Privadas de Libertad En Las Américas*, 2011, 179.

comparación con un Ministerio, así como tampoco emite políticas públicas sobre rehabilitación. Si bien existe un secretario del Órgano Técnico quien hace las funciones de director de la institución; sin embargo, no se han establecido claramente las funciones de esta institución, ni las políticas penitenciarias, ni un mecanismo eficiente para la rendición de cuentas.

Al respecto, la Corte Constitucional respecto a la situación carcelaria ocasionada por la creación de la Secretaría de Derechos Humanos y el SNAI ha manifestado: “las instituciones responsables no cuentan con las condiciones mínimas para realizar gestión organizada, eficiente y sostenible que brinde soluciones estructurales y que por ende resulta permeable ante la violencia social en los centros de privación de libertad”.¹⁷⁵

Resulta bastante evidente que el diseño de política integral planteado por el SNAI para el 2021 fue completamente ineficiente puesto que en ese año se presentaron dos de las peores masacres de la historia penitenciaria del Ecuador, en las que murieron más de 300 reos. De igual modo, la gestión de la información fue uno de los factores que permitió la reincidencia de los asesinatos dentro de las penitenciarías puesto que se desconocía el número de presos, así como sus identificaciones personales. Todo lo que refleja, que para el 2021 no existía una apropiada gobernanza del sistema penitenciario y más bien eran los privados de la libertad respaldados por las organizaciones criminales quienes gobernaban los centros de rehabilitación social.¹⁷⁶

Hacinamiento

El hacinamiento como uno de los factores acuciantes de la crisis penitenciaria presenta cifras que no han presentado mayor variación desde el 2017 al 2019, siendo así que, en 2017 el hacinamiento estuvo en 32.10%, en 2018 estuvo en un 36% y en 2019 en el 34.30%; sin

¹⁷⁵ CCE, Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado.

¹⁷⁶ News Mundo BBC, “Ecuador: Nueva Masacre En La Cárcel de Guayaquil Deja ‘Alrededor de 68 Muertos,’” 14 nov., 2021.

embargo, entre el 2020 y 2021 hubo un decrecimiento que llegó al 28.29% según lo ha declarado el gobierno nacional, pero los expertos penitenciarios aseguran que las cifras reales son significativamente superiores, lo cual es bastante evidente pues la administración penitenciaria ha demostrado su incapacidad en lo que respecta a la gestión de la información.¹⁷⁷

De alguna manera, el hacinamiento decreció en el 2020, debido al brote de la pandemia de coronavirus, que hizo que el presidente de turno decretara que todos los reos pertenecientes a grupos de riesgo cumplieran su condena bajo el régimen de arresto domiciliario. Esto permitió que alrededor de 971 reos abandonaran los centros penitenciarios, y como consecuencia los índices de inseguridad en las calles aumentaron porque gran parte de los agentes policiales en lugar de estar patrullando las calles estaban afuera de las casas de los reos controlando que estos no abandonaran sus domicilios.¹⁷⁸

El hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano o degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos según los tratados internacionales que abordan la temática. En consecuencia, cuando el colapso de un sistema penitenciario o de un centro penitenciario determinado conlleva a la imposibilidad material de ofrecer condiciones dignas a las personas privadas de libertad.¹⁷⁹

De acuerdo con los informes presentados por el SNAI del período comprendido entre 2017-2021, la prisión preventiva ha sido dictada con mayor frecuencia en estos últimos cinco años. Dado que, en el 2017 un 34.42% de los reos estaban con prisión preventiva, en el 2018 esta cifra aumenta a un 36.10%, en el 2019 un 33.98%, en el 2020 un 38.74% y en el 2021 un 37.80%, lo que corresponde a un total

177 (CIDH, 2020; Defensoría del Pueblo, 2019; Defensoría del Pueblo, 2018)

178 Defensoría del Pueblo, 2021)

179 Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, "Personas Privadas de Libertad En Ecuador" (Washington, 2022).

de 14.598 reos con prisión preventiva en este último año. Por consiguiente, estas cifras demuestran como el excesivo uso de la prisión preventiva influye en el hacinamiento carcelario, puesto que la prisión preventiva es una medida de ultima ratio y el juzgador debería ordenar cualquier otra medida de las previstas en la ley, antes que la prisión preventiva.¹⁸⁰

De acuerdo con lo previsto en los art.522 y 534 del COIP, la prisión preventiva es una medida cautelar que se utiliza para garantizar la comparecencia del procesado al juicio y con ello el cumplimiento de la pena también. El juez es quien ordena la prisión preventiva a petición del fiscal y para hacerlo debe observar que existan suficientes elementos de convicción o indicios de que la persona intenta huir o de que no comparecerá a las diligencias procesales correspondientes al caso.

De la misma manera, el art.77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que la prisión preventiva es de carácter excepcional. De modo que, esta es una herramienta que permite que el proceso penal se desarrolle con fluidez sin los obstáculos que pudieran presentarse por la falta de comparecencia del procesado. Sin embargo, es imprescindible que los jueces respeten las garantías constitucionales puesto que la prisión preventiva en el proceso penal debe ser considerada como la excepción y no como la regla general.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el abuso de la prisión preventiva es uno de los signos más determinantes del fracaso del sistema de administración de justicia, lo cual es inaceptable en una sociedad democrática, en donde debe prevalecer el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia¹⁸¹.

180 Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas privadas de la Libertad y a Adolescentes infractores SNAI, "Informe de Rendición de Cuentas SNAI 2021," 2022.

181 OEA and CIDH, *Informe Sobre Los Derechos Humanos de Las Personas Privadas de Libertad En Las Américas*.

Por otro lado, en cuanto al problema de la infraestructura carcelaria la en su visita en diciembre de 2021 observó que existe una deficiente infraestructura carcelaria. Esto concuerda con los pronunciamientos constantes de la Defensoría del Pueblo respecto de las visitas que ha realizado a los diferentes CPL en base a lo cual ha sostenido que algunos centros de detención no cuentan con adecuadas condiciones sanitarias y de ventilación, hay falta de espacio en las celdas y pabellones. Además, las instalaciones carcelarias carecen de mantenimiento al igual que las redes eléctricas, sanitarias e incluso los espacios destinados para recepción de visitas. Esto ha sucedido debido a que la administración penitenciaria se ha enfocado en el mantenimiento de las “mega cárceles” dejando en abandono a las cárceles antiguas.¹⁸²

Del mismo modo, la Asamblea Nacional en sus visitas a los centros de rehabilitación social concluyeron que no existe una adecuada gestión de desechos, por lo que los privados de libertad deben orinar en botellas, lo que concuerda en la apreciación que hace el Banco Interamericano de Desarrollo sobre la situación carcelaria en el Ecuador que determinó que el 20% de los centros de privación de libertad carecen de agua potable, tal como sucede en el Centro Cotopaxi No.1 donde los reos solo reciben agua dos horas al día, la cual la recogen en los mismos baldes en donde hacen sus necesidades fisiológicas.

Estos informes reflejan la situación de vulneración de derechos y las condiciones de indignidad en la que viven los privados de libertad en los centros de rehabilitación social, lo cual atenta contra las garantías establecidas en la Constitución a favor de las personas privadas de libertad, así como contra los tratados humanos en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador.

Conclusiones

La crisis carcelaria en Ecuador se origina en un debilitamiento institucional que ha afectado áreas esenciales como el encarcelamiento,

182 Defensoría del Pueblo, 2019; Defensoría del Pueblo, 2018

la política de drogas, el hacinamiento, la creación de mega cárceles y el uso excesivo de la prisión preventiva, además de obstáculos legales y administrativos para acceder a beneficios penitenciarios e indultos.

La creación del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad (SNAI) intensificó la crisis penitenciaria, revelando la falta de condiciones mínimas para una gestión organizada y sostenible y una vulnerabilidad ante la violencia dentro de los centros de privación de libertad.

La administración deficiente del sistema penitenciario ecuatoriano es un problema estructural que demanda reformas profundas, ya que los principios fundamentales de los centros de rehabilitación social han sido sistemáticamente ignorados por las autoridades encargadas.

La sobreutilización de la prisión preventiva y los altos niveles de hacinamiento responden a una política pública que busca encarcelar a cualquier infractor para garantizar el orden social, aunque esto es contrario a los principios constitucionales y a los compromisos internacionales en derechos humanos.

Las condiciones precarias de los centros de privación de libertad impiden la rehabilitación y resocialización de los reclusos, quienes, al salir, enfrentan serios problemas de salud física y mental. Es urgente que el gobierno realice una reestructuración integral del sistema penitenciario, reasigne competencias, incremente el presupuesto para mejorar la infraestructura carcelaria y aplique la prisión preventiva conforme a lo establecido en la ley y la Constitución.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf
- BBC Mundo. (14 de noviembre de 2021). Ecuador: nueva masacre en la cárcel de Guayaquil deja “alrededor de 68 muertos”. Londres, Inglaterra.
- Cevallos, A. P. (2021). Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos. *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho*, 291-336. Obtenido de <https://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/63/39>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Informe sobre las Personas Privadas de Libertad en el Ecuador*. Washington : Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Auto de fase de seguimiento Causa No. 4-20 EE y 6-20 EE*. Quito. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/840-seguimiento-al-cumplimiento-de-los-dict%C3%A1menes-4-20-ee-20-y-6-20-ee-20-estado-de-excepci%C3%B3n-en-sistema-nacional-de-rehabilitaci%C3%B3n-social.html>
- Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe Anual 2019*. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- Defensoría del Pueblo. (2021). *Crisis Penitenciaria en Ecuador*. Quito: Oficio Nro. DPE-DDP-2021-S/N-O.
- Goetschel, A. (1999). *Mujeres e imaginario: Quito en los inicios de la modernidad*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Goetschel, A. (2005). *Moral y orden: el discurso sobre la delincuencia y la constitución del estado ecuatoriano hacia finales del XIX y comienzos*

- del XX (períodos garciano y liberal)*. Quito: Corporación Editora Nacional. Obtenido de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/58409.pdf>
- González, J. (2018). Los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Una reflexión doctrinaria y normativa en contraste con la realidad penitenciaria en Ecuador. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 189-208. Obtenido de <https://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/63/39>
- Lozada, A. &. (2015). *Manual de argumentación constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Obtenido de <https://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/63/39>
- Pontón, J. y. (mayo de 2007). *Cárceles del Ecuador: los efectos de la criminalización por drogas*. Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=1071>
- Sampieri, R. F. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill / Interamericana Editores S.A. DE C.V.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2013). *observatorioplanificacióncepal.org*. Recuperado el 22 de abril de 2022, de <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/Ecuador%20Plan%20Nacional%20del%20Buen%20Vivir.pdf>
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2017). *planificacion.gob.ec*. Recuperado el 25 de abril de 2022, de https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf
- Vega, V. (1982). *Archivos de Criminología Neuro-Psiquiatría y Disciplinas Conexas*. Quito: Universidad Central del Ecuador."

PRISIONES TÓXICAS: EL DERECHO A LA SALUD DE LOS RECLUSOS DESDE LA ÓPTICA DE LA SALUD AMBIENTAL

*Janeth Patricia González Malla*¹⁸³

Introducción

El sistema penitenciario ecuatoriano atraviesa una crisis profunda que se manifiesta en tres dimensiones críticas: hacinamiento, insalubridad y violencia. Esta situación no solo vulnera los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, sino que también representa un desafío significativo para la salud pública, especialmente cuando se analiza desde la perspectiva de la salud ambiental.

La salud, definida por la Organización Mundial de la Salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, constituye un derecho humano fundamental. En el contexto penitenciario, este derecho adquiere características particulares debido a que los internos dependen completamente del Estado para la satisfacción de sus necesidades básicas. Las condiciones ambientales deplorables que caracterizan a las prisiones ecuatorianas -falta de agua potable, ventilación inadecuada, insalubridad e infraestructura deficiente- actúan

¹⁸³ Docente-Investigadora de la Universidad Técnica Particular de Loja. Integrante del grupo de investigación ECLADH de la UTPL. Candidata a Doctora en Ciencias Sociales y Criminológicas por la Universidad de Cádiz-España, línea de investigación: Penal y seguridad. Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada de la República del Ecuador por la Universidad Técnica Particular de Loja. Autora de varios artículos y obras en Derecho penal y Derecho penitenciario.

como determinantes negativos que propician la propagación de enfermedades infecciosas y el deterioro de la salud mental.

El marco jurídico internacional que protege el derecho a la salud de las personas privadas de libertad es robusto e incluye instrumentos fundamentales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). A nivel nacional, tanto la Constitución de 2008 como el Código Orgánico Integral Penal (COIP) reconocen explícitamente este derecho. Sin embargo, existe una brecha significativa entre el marco normativo y la realidad penitenciaria, exacerbada por problemas estructurales como la corrupción, la falta de recursos y la ausencia de voluntad política.

El enfoque de salud ambiental resulta fundamental para comprender y abordar esta problemática, ya que trasciende los aspectos meramente biológicos y médicos para incorporar los determinantes sociales y ambientales que influyen en la salud. En el entorno carcelario, donde los internos tienen un control limitado sobre su ambiente, la responsabilidad del Estado en garantizar condiciones adecuadas se vuelve aún más crítica.

Este trabajo se propone analizar cómo las condiciones de insalubridad en las prisiones ecuatorianas vulneran el derecho a la salud de las personas privadas de libertad desde una perspectiva de salud ambiental. Para ello, se examinarán los determinantes ambientales de la salud en contextos penitenciarios, se analizará el marco jurídico aplicable y se evidenciará la brecha existente entre la normativa y la realidad. El objetivo final es subrayar la necesidad urgente de implementar acciones concretas que garanticen un entorno saludable, respeten la dignidad humana y faciliten la rehabilitación y reinserción social de los internos.

Concepto de salud. Hacia un enfoque de salud ambiental

La palabra salud, derivada del latín *salus*, se refiere tradicionalmente al “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”¹⁸⁴, así como al “conjunto de las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado”¹⁸⁵.

Las primeras conceptualizaciones sistemáticas de la salud surgieron en la antigua Grecia. Hipócrates de Cos (460-377 a.C.) estableció que la salud dependía del “equilibrio de cuatro humores: sangre, flema, bilis amarilla y bilis negra”, proponiendo como remedios “el bisturí, el cauterio, las plantas medicinales, el aire puro y la alimentación sana”¹⁸⁶. Posteriormente, Galeno de Pérgamo (130-200 d.C.) definió la salud como “el equilibrio íntegro de los principios de la naturaleza o de los humores que en nosotros existe, o la actuación sin ningún obstáculo de las fuerzas naturales. O también es la cómoda armonía de los elementos”¹⁸⁷.

El concepto de salud ha evolucionado significativamente desde estas primeras aproximaciones. Canguilhem, desde una perspectiva higienista, la define como “una categoría que usamos para calificar el margen de tolerancia o seguridad que cada uno posee para enfrentar y superar las infidelidades (restricciones) del medio (...) la salud no es solamente la vida en el silencio de los órganos, es también la vida en la discreción de las relaciones sociales”¹⁸⁸.

184 RAE Real Academia Española, “Diccionario de La Real Academia de La Lengua Española,” Web RAE, n.d., <https://dle.rae.es/>.

185 Real Academia Española.

186 José Luis Iglesias, “Hipócrates y Galeno. Los Orígenes de La Medicina,” *Curiosidades Científicas* (blog), 2016, <https://bit.ly/3IF5Gsw>.

187 Rubén Darío Gómez-Arias, “¿Qué se ha entendido por salud y enfermedad?,” *Revista de La Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”* No.36 (2018): 64–102, <https://bit.ly/3wCVjDf>.

188 Georges Canguilhem, “La Salud, Concepto Vulgar y Problema Filosófico,” *Revista de La Facultad de Sociología de UNAULA* 21 (1998): 156, <https://bit.ly/3qCO1vo>.

La conceptualización moderna de la salud requiere un enfoque multidisciplinar. Como señala Tirado Otavalo,

la salud es un concepto amplio y complejo que no es patrimonio exclusivo de ninguna disciplina. Éste es dialéctico entre las ciencias naturales y sociales, incluye lo biológico, lo social y lo cultural; es histórico y dinámico, se produce en el deambular de las poblaciones, es opuesto a lo estático, y en tal sentido, brinda la posibilidad de ser abordado desde diferentes disciplinas y campos del saber y no sólo desde la intervención del poder del Estado y la ciencia positiva¹⁸⁹.

Desde la perspectiva psicológica, la salud se entiende como un relativo bienestar físico, psíquico y social, resultado de la interacción permanente entre el individuo y su ambiente¹⁹⁰. En el ámbito sociológico, la salud se conceptualiza como un momento particular de un proceso que abarca la enfermedad, desarrollándose en un contexto histórico-social específico manifestado en el espacio y el tiempo¹⁹¹.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Carta de constitución (1948) estableció una definición integral de salud como “el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o dolencias”¹⁹². Sin embargo, esta definición ha sido objeto de críticas por autores como Muller, Caponi y Gavidia y Talavera, quienes

189 Andrés Felipe Tirado Otálvaro, “El Concepto de Salud y Su Aproximación Desde Diferentes Disciplinas,” *Revista Ciencias Biomédicas* Vol.10 (2021): 58, <https://doi.org/10.32997/rcb-2021-3236>.

190 Enrique Soforcada, Martín De Lellis, and Schelica Mozobancyk, *Psicología y Salud Pública* (Buenos Aires: Paidós Tramas Sociales, 2010), 9–25.

191 Águeda Muller et al., *Estudios Acerca Del Derecho a La Salud*, ed. Marisa Aizenberg, 1ra ed. (Buenos Aires: THOMSON ROUTERS LA LEY, 2014), 25, <https://bit.ly/3NmIluU>.causing the pole inequality relations between men and women. Therefore, in this study wanted to dismantle the detail view of some theories, both social and feminist about gender relations in the family. Each of these theories (structural functional, conflict and feminist

192 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Constitución de la Organización Mundial de La Salud,” Pub. L. No. julio de 1946, Documentos básicos (n.d.), Preámbulo, <https://bit.ly/3qEu0o7>.

cuestionan la noción de “completo estado de bienestar” por considerarla utópica y subjetiva¹⁹³.

De todas formas, la definición que ha dado la OMS ha continuado evolucionando, como se refleja en la Carta de Ottawa (1986), que amplía la definición incluyendo “condiciones y requisitos para la salud como la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, el ecosistema estable, la justicia social y la equidad”¹⁹⁴. Posteriormente, la Declaración de Yakarta (1997) incorporó determinantes adicionales como “la degradación del medio ambiente, las condiciones del hábitat, la educación, la seguridad social, alimentación, vivienda, hábitos de vida sedentaria, enfermedades crónicas, abuso de drogas, el acceso a los medios de información”¹⁹⁵.

El paradigma actual de salud reconoce su carácter multicausal, integrando perspectivas biomédicas, psicosociales y ambientales. Los determinantes ambientales de la salud, según Higashida Hirose, se estructuran en tres componentes fundamentales: el huésped u hospedero (que incluye características individuales como raza, edad, sexo, integridad anatómico funcional, aspectos psicológicos, hábitos e inmunidad), el agente causal (que abarca factores biológicos, físicos, químicos y nutritivos), y los factores naturales y socioculturales (que comprenden elementos geográficos, meteorológicos, geológicos y socioculturales)¹⁹⁶.

193 Muller et al., *Estudios acerca del derecho a la salud.*, 19–20; Sandra Caponi, “Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud,” *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* 4, no. 2 (1997): 298; Valentín Gavidia y Marta Talavera, “La construcción del concepto de salud,” *Didáctica de las ciencias experimentales y sociales* 26 (2012): p. 167, <https://doi.org/10.7203/dces.26.1935>.causing the pole inequality relations between men and women. Therefore, in this study wanted to dismantle the detail view of some theories, both social and feminist about gender relations in the family. Each of these theories (structural functional, conflict and feminist

194 OMS, “Carta de Ottawa para promoción de la salud (1986),” 6, <https://bit.ly/3qEu0o7>.

195 OMS, “Declaración de Yakarta Sobre La Promoción de La Salud En El Siglo XXI,” in *Cuarta Conferencia Internacional Sobre Promoción de La Salud.*, 1997, 21–25.

196 Higashida Hirose, *Educación para la salud*, p.5-10.

La contaminación ambiental, definida como “la presencia de materia o energía en cualquiera de sus estados físicos y formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, suelo, agua o cualquier elemento natural altera o modifica su composición o condición natural”¹⁹⁷, representa un riesgo significativo para la salud. Sus efectos incluyen problemas respiratorios por contaminación del aire, alteraciones cardiovasculares y auditivas por ruido, afecciones cutáneas por humedad, problemas gastrointestinales por contaminación del agua, y efectos psicosociales como estrés y alteraciones del estilo de vida¹⁹⁸.

En conclusión, las enfermedades están directamente relacionadas con la contaminación del aire, agua, suelo, clima y temperatura, además de factores como el saneamiento deficiente, el hacinamiento, la presencia de vectores y el manejo inadecuado de residuos¹⁹⁹.

Determinantes ambientales de la salud en prisiones

La preocupación por los determinantes ambientales de la salud en prisiones tiene profundas raíces históricas. Ya en el siglo XVIII, John Howard en su obra “El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales” advertía: “Nada se aproxima tanto a la primera fuente de contagio como el aire encerrado, cargado de humedad, corrompido por la suciedad proveniente de cuerpos animales”²⁰⁰.

197 Higashida Hirose, p.222.

198 Organización Panamericana de la Salud, «Ambiente y salud», *Revista Costarricense de Salud Pública* 16, n.o 30 (2010): p.13. En esta misma línea, Carrasquer Zamora, J. et al., «Reflexiones acerca de la salud ambiental», *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales*, n.o 36 (2018): p.116 se refiere a los riesgos que conlleva para la salud la contaminación del agua, el aire, la humedad, la mala calidad de los alimentos, los vectores, la limpieza e higiene; pero además, añade la violencia dentro de esos factores ambientales que los denomina “determinantes ambientales”.

199 Organización Panamericana de la Salud, p.13.

200 Howard, J. *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (Mexico: Fondo de cultura económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), p.173.

A lo largo de la historia, la administración penitenciaria ha priorizado el control, la seguridad, el orden y el castigo por encima del bienestar de los reclusos, alejándose de su rol como garante de derechos. Esta situación expone a los internos a diversos riesgos ambientales, ya que pierden el control sobre su entorno inmediato, incluyendo decisiones básicas sobre su residencia e interacciones sociales.

Pese a la limitada apertura del Estado para mostrar las condiciones de las prisiones, investigaciones recientes han identificado múltiples factores ambientales que comprometen la salud de internos, personal penitenciario y visitantes. Entre los riesgos más comunes se encuentran: problemas en el abastecimiento de agua potable, deficiencias en instalaciones sanitarias, falta de hábitos de higiene personal, hacinamiento, exceso de ruido, alimentos contaminados, falta de mantenimiento infraestructural, ausencia de control de vectores, escasez de ropa personal y de cama, carencia de educación en salud básica, falta de materiales de limpieza e higiene, mal estado de instalaciones sanitarias, ventilación e iluminación inadecuadas, y presencia de humedad y malos olores²⁰¹.

Es común encontrar ambientes infestados de plagas, insectos y roedores²⁰², creando condiciones ideales para la proliferación de patógenos. El hacinamiento agrava significativamente esta situación, aumentando el riesgo de transmisión de enfermedades infectocontagiosas y problemas de salud mental²⁰³.

201 WHO Regional Europe, *The WHO Prison Health Framework*, Regional Office for Europe, 2021, bit.ly/3vUiDxV; OMS, *Guías Para El Saneamiento y La Salud*; Guo et al., "A Systematic Scoping Review of Environmental Health Conditions in Penal Institutions"; CIDH, "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la libertad en las Américas.

202 Rick Lines, "The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law (Traducido)," *International Journal of Prisoner Health* 4, no. 1 (2008): 3–53, <https://doi.org/10.1080/17449200701862145>.

203 Guo et al., "A Systematic Scoping Review of Environmental Health Conditions in Penal Institutions."

La calidad del entorno penitenciario resulta fundamental por dos razones esenciales: el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales de los reclusos, y la necesidad de un ambiente saludable para facilitar la rehabilitación y reinserción social²⁰⁴. En este contexto, el derecho a la salud se sustenta en la dignidad inherente al ser humano como titular de derechos y en el principio de que la privación de libertad no debe implicar castigos adicionales.

Sin embargo, cuando las condiciones son precarias, insalubres y violentas, se producen efectos negativos que obstaculizan el proceso de rehabilitación, pudiendo agravar problemas de salud física y mental o generar nuevos problemas de comportamiento²⁰⁵. Estas condiciones inadecuadas pueden constituir trato inhumano y degradante, violando el derecho internacional de los derechos humanos, como lo documenta el “PrisonConditionsMonitoringIndex”.²⁰⁶

El concepto de “salud ambiental” adquiere especial relevancia en el contexto carcelario, como señala la Cruz Roja Internacional (CICR)²⁰⁷, siendo innegable que la salud de los reclusos está ligada a las condiciones ambientales y materiales de la detención. Es obligación

-
- 204 Andrew Coyle and Helen Fair, *A Human Rights Approach to Prison Management, Handbook for Prison Staff*, 3rd editio (London: Institute for Criminal Policy Research at Birkbenk, University of London, 2018), pp.35-102, <https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/23369>; Martha Vanesa Díaz Padilla, “La prisionización y los conflictos en el entorno penitenciario: Investigación documental,” *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* Vol. 6 (2021): pp.1-13, <https://doi.org/10.46652/rgn.v6i30.848..>
- 205 European Committee on Crime Problems, *White Paper on Prison Overcrowding* (Strasbourg: Council of Europe, 2015), p.9.
- 206 Dimitar Markov y Maria Doichinova, *Prison conditions monitoring index. Methodology and pilot results* (Center for the study of democracy, 2015), p.15.
- 207 CICR, *Asistencia de salud en lugares de detención. Evaluación de los Sistemas de salud penitenciarios y de las necesidades de salud en las cárceles.*, p.28. En este sentido, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) considera que las condiciones deplorables de las prisiones son un factor de peligro que afecta adversamente a la salud de los reclusos o de un riesgo por la constante exposición a esas condiciones de insalubridad que agravan el sufrimiento y destruyen a la persona. Ver: OPS, «Ambiente y salud», *Revista Costarricense de Salud Pública*, n.o 30 (2010): p.13

del Estado garantizar condiciones adecuadas que protejan el derecho a la salud y derechos conexos de los prisioneros.²⁰⁸

En conclusión, garantizar condiciones ambientales adecuadas en las prisiones no constituye simplemente una cuestión de comodidad, sino un imperativo legal y ético que impacta directamente en la dignidad humana, los derechos fundamentales y las posibilidades de rehabilitación de los reclusos.

Derecho a la salud en el contexto internacional

El derecho a la salud en el contexto internacional se fundamenta en un robusto marco normativo desarrollado por la comunidad internacional bajo el liderazgo de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Este marco establece mecanismos específicos para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, con especial énfasis en el monitoreo de sus condiciones de vida y el impacto en su salud. La supervisión se realiza a través de organismos especializados como la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, el Mecanismo de Prevención contra la Tortura, y diversos organismos regionales²⁰⁹.

La génesis del marco jurídico internacional sobre el derecho a la salud se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece en su Artículo 25.1 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que asegure su salud y bienestar²¹⁰. Este reconocimiento inicial, aunque considerado muy amplio y vago, sentó las bases para el desarrollo posterior del derecho a la salud²¹¹.

208 Carla Irene Furingo, "El respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad conforme a la Jurisprudencia de la Corte IDH," *Revista de Derecho UNED* No.28 (2021): p.286.

209 Asamblea General de Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda Persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental," Párrafo 23.

210 Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art.25.1.

211 Lines, "The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law," p. 12.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 fortaleció este reconocimiento al establecer “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”²¹². El Comité DESC, en su Observación General No. 14, amplió esta definición considerándolo como “un derecho inclusivo que se extiende no solo a la atención médica oportuna y adecuada, sino también a los determinantes subyacentes de la salud como el acceso al agua potable, saneamiento adecuado, vivienda segura, condiciones ambientales saludables...”²¹³.

En el contexto penitenciario, este derecho adquiere dimensiones particulares debido a la vulnerabilidad de las personas privadas de libertad y las condiciones precarias del entorno carcelario²¹⁴. Las Reglas Mandela establecen estándares específicos sobre condiciones de alojamiento, estipulando que se deben considerar las normas de higiene, condiciones climáticas, volumen de aire, superficie mínima, iluminación, calefacción y ventilación²¹⁵.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado su propio marco normativo, comenzando con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, evolucionando a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador. Este último, en su artículo 10.1 reconoce el derecho a la salud como un “bien público” y establece obligaciones específicas para los Estados.

Sin embargo, en América Latina persiste una significativa brecha entre el marco normativo y la realidad penitenciaria. Los informes de

212 Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, Art.12.1.

213 Comité DESC, “Observación General No.14”, Párrafo 11.

214 Cruz Roja Internacional, *Asistencia de salud en lugares de detención*, p.29.

215 REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS NELSON MANDELA), Resolución del 17 de diciembre de 2015, Reglas 12-23; ONU, “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,” 2018, Párrafo 23.

la CIDH revelan problemas persistentes como infraestructura deplorable, hacinamiento, falta de ventilación y luz natural, y condiciones de insalubridad²¹⁶. Estas deficiencias se manifiestan en la falta de servicios médicos adecuados, personal de salud insuficiente, escasez de medicamentos y equipo médico, y deficiencias en la infraestructura clínica²¹⁷.

El deterioro de la salud de los internos representa una “negación absoluta del derecho a la salud”²¹⁸ y evidencia el incumplimiento del Estado en su rol de garante. Esta situación refleja una vulneración sistemática de derechos que impacta directamente en las condiciones de vida diaria en las prisiones²¹⁹.

Derecho a la salud de los reclusos en el marco jurídico ecuatoriano

El sistema penitenciario ecuatoriano reconoce a las personas privadas de libertad como un grupo vulnerable y de atención prioritaria según la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en su Artículo 35. Este reconocimiento se refleja tanto en la normativa penal como penitenciaria, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

La gestión del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (SNRS) experimentó una transformación significativa en 2019 con la creación

216 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”; pp.163-180.

217 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, pp.203-205.

218 Víctor De Currea-Lugo, “Salud, Prisión y Derechos Humanos,” in *Delito y Tratamiento Penitenciario En El Contexto de Los Derechos Humanos.*, ed. Elkin Gallego Giraldo and Juan David Posada, 1ra. ed. (Medellín: Ediciones UNAULA, 2013), p.120, <https://bit.ly/3LmcYTC>.

219 WMA STATEMENT ON SOLITARY CONFINEMENT, “WMA Statement on Solitary Confinement,” Pub. L. No. October 2019 (n.d.).

del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI), que asumió las funciones previamente ejercidas por el Ministerio de Derechos Humanos y Cultos²²⁰.

El sistema penitenciario ecuatoriano comprende 36 centros para adultos y 11 para adolescentes infractores, aunque existe discrepancia en las cifras oficiales, pues el Informe de rendición de cuentas del SNAI 2021 menciona 18 centros para adolescentes²²¹. De los establecimientos para adultos, solo tres son de construcción reciente (2013-2014), diseñados bajo el concepto de “ciudad prisión” y ubicados en zonas rurales alejadas de las principales urbes²²². La mayoría de los centros existentes presentan infraestructura obsoleta, como el CPL Ibarra, que opera desde 1915²²³, o son adaptaciones improvisadas de casas-habitación, como en los casos de Babahoyo, Cañar y Zaruma²²⁴.

La CRE consagra el derecho a la salud como parte fundamental de los Derechos del Buen Vivir, estableciendo su interconexión con otros derechos fundamentales como el acceso al agua, alimentación, educación, cultura física, trabajo, seguridad social y ambientes sanos²²⁵. Esta visión holística reconoce que el bienestar físico, mental y social depende de diversos factores sociales, económicos y ambientales.

220 DIRECTORIO DEL ORGANISMO TÉCNICO DEL SISTEMA DE REHABILITACIÓN SOCIAL, “Política Nacional Del Sistema de Rehabilitación Social. Instrumento de Planificación Estratégica” (Quito: SNAI, 2021), p.23, <https://bit.ly/3SbTJ3t>.

221 SNAI, “Población Penitenciaria por zona, provincia y centro de privación de libertad. Octubre 2022.”

222 DPE y MNPT, “Informe Anual 2018,” p.15

223 DPE y MNPT, “Informe Visita al Centro Rehabilitación Social de Ibarra,” 2018, p.12

224 DPE y MNPT, “Informe Anual 2017,” p.22

Varias prisiones resultaron de la adecuación de casas que estaban sin uso, o en mal estado y las dotaron de medidas de seguridad, constituyéndose como un ejemplo real y estructural del carácter improvisado de lo que se conoce hoy en día como los centros de privación de libertad. Ver: SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, “Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025” (Ecuador, 2022), p.121, <https://bit.ly/39bOBuB>.

225 CRE (2008), Artículo 32.

En el ámbito penitenciario, el COIP incorpora los estándares internacionales de derechos humanos, garantizando el derecho a la salud (Artículo 12.11) y otros derechos conexos como la integridad física y psíquica (Artículo 12.1) y la alimentación (Artículo 12.12). El Estado asume esta responsabilidad desde el ingreso de una persona al centro de privación de libertad (Artículo 683 COIP), incluyendo la salud como eje fundamental del tratamiento de rehabilitación (Artículo 701.3 COIP).

El Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (RSNRS) establece protocolos específicos, incluyendo un examen médico obligatorio al ingreso para detectar diversas condiciones de salud y necesidades especiales (Artículo 92 RSNRS). La atención sanitaria se implementa mediante el “Modelo de atención de salud en contextos de privación de libertad”²²⁶ vigente desde 2018, que requiere la presencia mínima de un médico general, un odontólogo, un psicólogo y un enfermero en cada centro²²⁷.

Sin embargo, la realidad contrasta dramáticamente con el marco normativo. Ecuador enfrenta una crisis penitenciaria severa que ha provocado múltiples estados de emergencia y excepción entre 2007 y 2022. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²²⁸ y la Defensoría del Pueblo de Ecuador (DPE)²²⁹ atribuyen esta crisis a problemas estructurales como violencia, corrupción, hacinamiento, insalubridad, infraestructura vetusta y uso excesivo de la prisión preventiva.

La Corte Constitucional Ecuatoriana (CCE) ha señalado que los estados de excepción son insuficientes para resolver una crisis que deriva de la falta de actuación oportuna del Estado²³⁰. Las condicio-

226 SNAI, «Modelo de atención de salud en contextos de privación de libertad», Pub. L. No. Resolución No.007-2018 (2018), Num.9.1.

227 PÚBLICA and LIBERTAD, Num.9.1.6.

228 CIDH, «Personas privadas de libertad en Ecuador» (Washington, 2022).

229 MDPT, «Informe Anual 2020» (Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2021).

230 CCE, Causa No.: 4-20-EE y 6-20-EE, Num.8.

nes infrahumanas de reclusión no solo constituyen un riesgo para la salud sino que representan tratos crueles, inhumanos y degradantes²³¹.

La pandemia de COVID-19 exacerbó estas deficiencias, resultando en al menos 24 muertes confirmadas entre junio y julio de 2020¹². La falta de recursos médicos básicos y las condiciones de hacinamiento continúan siendo problemas críticos, como evidencia el reciente brote de tuberculosis reportado por Ecuavisa el 1 de agosto de 2024²³².

Para lograr una protección efectiva del derecho a la salud de los reclusos, se requiere una reforma integral que aborde la sobrepoblación carcelaria y mejore las condiciones ambientales de los centros penitenciarios. Esto implica replantear la política criminal actual, cuyo carácter altamente punitivo ha sobrepasado la capacidad de atención del Estado²³³.

Conclusiones

El análisis del derecho a la salud de los reclusos en el contexto penitenciario ha permitido las siguientes reflexiones finales:

- 1) La insalubridad en las prisiones ecuatorianas no solo vulnera el derecho a la salud de los reclusos, sino que también representa un riesgo significativo para la salud pública. Las condiciones deplorables, como el hacinamiento, la falta de higiene, la escasez de agua potable y la presencia de plagas, crean un ambiente propicio para la propagación de enfermedades infecciosas, como la tuberculosis y otras

231 CIDH, "Personas Privadas de Libertad En Ecuador," p.64; DPE y MNPT, "Informe Anual 2020," p.12; Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador..

232 DPE y MNPT, "Informe Anual 2020," p.13.

233 Angélica María Pardo López, "Obstáculos Que Impiden La Materialización Del Derecho a La Salud de Las Personas Privadas de La Libertad En Colombia," in *Reveses de La Política Criminal*, ed. Marcela Gutiérrez Quevedo and Ana Lucía Moncayo Albornoz (Bogotá: Digiprint Editores SAS, 2017), p.233, <https://bit.ly/3L5kXnF>.

enfermedades contagiosas que pueden trascender los muros de la prisión hacia la comunidad.

- 2) El Estado ecuatoriano como garante tienen la obligación de garantizar condiciones de vida dignas en los centros penitenciarios no solo por el bienestar de los reclusos, sino también para proteger a la población en general. La alta movilidad dentro y fuera de las cárceles, ya sea por visitas, traslados o liberaciones, facilita la transmisión de enfermedades desde el entorno carcelario hacia la comunidad, convirtiendo la insalubridad de las prisiones en un problema de salud pública que debe ser abordado con urgencia y de manera coordinada con las diferentes carteras del Estado, los gobiernos seccionales, y el Ministerio de Salud Pública.
- 3) Además, la rehabilitación y reinserción social de los internos dependen en gran medida de un entorno saludable. Un ambiente carcelario insalubre no solo perpetúa el ciclo de enfermedad y sufrimiento, sino que también socava los esfuerzos de rehabilitación, haciendo más difícil la reintegración de los reclusos en la sociedad.

En conclusión, mejorar las condiciones de salubridad en las prisiones es una cuestión de justicia, humanidad y salud pública. Es necesario un compromiso firme y acciones concretas por parte del Estado para asegurar que los derechos de los reclusos sean respetados y que se les proporcione un entorno que favorezca su salud y bienestar integral. Solo así se podrá avanzar hacia un sistema penitenciario más justo y humano, que verdaderamente contribuya a la rehabilitación y reinserción social de los internos, y que proteja la salud de la comunidad en general.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. "Informe Del Relator Especial Sobre El Derecho de Toda Persona Al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental," 2018. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/101/45/pdf/g1810145.pdf>.
- Canguilhem, Georges. "La Salud, Concepto Vulgar y Problema Filosófico." *Revista de La Facultad de Sociología de UNAULA* 21 (1998): 151–58. <https://bit.ly/3qCO1vo>.
- Caponi, Sandra. "Georges Canguilhem y El Estatuto Epistemológico Del Concepto de Salud." *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* 4, no. 2 (1997): 287–307. <https://doi.org/10.1590/s0104-59701997000200006>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH. "Informe Sobre Los Derechos Humanos de Las Personas Privadas de La Libertad En Las Américas," 2011. <https://bit.ly/3wY3PLt>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Personas Privadas de Libertad En Ecuador." Washington, 2022. <https://bit.ly/3MyCiWZ>.
- COMITÉ DESC. Observación General No.14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Pub. L. No. E/C.12/2000/4, CESCR del 11 de agosto de 2000 (2000). <https://bit.ly/3qZ14rb>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Asistencia de Salud En Lugares de Detención. Evaluación de Los Sistemas de Salud Penitenciarios y de Las Necesidades de Salud En Las Cárcels*. Ginebra, 2018.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Asistencia de Salud En Lugares de Detención. Guía Práctica*. Ginebra, 2016.
- Coyle, Andrew, and Helen Fair. *A Human Rights Approach to Prison Management. Handbook for Prison Staff*. 3rd editio. London: Institute for Criminal Policy Research at Birkbenk, University of London, 2018. <https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/23369>.
- Currea-Lugo, Víctor De. "Salud, Prisión y Derechos Humanos." In *Delito y Tratamiento Penitenciario En El Contexto de Los Derechos*

Humanos., edited by Elkin Gallego Giraldo and Juan David Posada, 1ra. ed., 83–121. Medellín: Ediciones UNAULA, 2013. <https://bit.ly/3LmcYTC>.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Declaración Universal de Derechos Humanos, Pub. L. No. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 (n.d.). <https://doi.org/10.1017/S0031819117000274>.

Díaz Padilla, Martha Vanesa. “La Prisionización y Los Conflictos En El Entorno Penitenciario: Investigación Documental.” *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* Vol. 6 (2021): 1–13. <https://doi.org/10.46652/rgn.v6i30.848>.

DIRECTORIO DEL ORGANISMO TÉCNICO DEL SISTEMA DE REHABILITACIÓN SOCIAL. “Política Nacional Del Sistema de Rehabilitación Social. Instrumento de Planificación Estratégica.” Quito: SNAI, 2021. <https://bit.ly/3SbTJ3t>.

ECUADOR, CORTE CONSTITUCIONAL DEL. Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado. Causa No. 4-20-EE y 6-20-EE de 3 de marzo 2021 (n.d.).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. “Informe Anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención de La Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes,” 2018. <https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2225/1/IT-DPE-001-2019.pdf>.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. “Informe Anual 2020. Mecanismo Nacional de Prevención de La Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes,” 2021. <https://acortar.link/vz4SDe>.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. “Informe Anual 2018. Mecanismo Nacional de Prevención de La Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes,” 2019. bit.ly/48swrxF.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR, Y MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. “Informe Visita Al Centro Rehabilitación Social de Ibarra,” 2018. https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpemnpt/2018/informe_visita_crs_ibarra_2018.pdf.

- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS. *White Paper on Prison Overcrowding*. Strasbourg: Council of Europe, 2015.
- Furingo, Carla Irene. "El Respeto a La Dignidad Humana de Las Personas Privadas de La Libertad Conforme a La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos." *Revista de Derecho UNED* No.28 (2021): 283–318.
- Gavidia, Valentín, and Marta Talavera. "La Construcción Del Concepto de Salud." *Didáctica de Las Ciencias Experimentales y Sociales* Vol. 26 (2012): 161–75. <https://doi.org/10.7203/dces.26.1935>.
- Gómez-Arias, Rubén Darío. "¿Qué Se Ha Entendido Por Salud y Enfermedad?" *Revista de La Facultad Nacional de Salud Pública* Vol. 36 (2018): 64–102. <https://bit.ly/3wCVjDf>.
- Guo, Wilson, Ryan Cronk, Elissa Scherer, Rachel Oommen, John Brogan, Mohamed Sarr, and Jamie Bartram. "A Systematic Scoping Review of Environmental Health Conditions in Penal Institutions." *International Journal of Hygiene and Environmental Health* Vol. 222 (June 2019): 790–803. <https://doi.org/10.1016/j.ijheh.2019.05.001>.
- Higashida Hirose, Bertha. *Educación Para La Salud*. México: Editorial Interamericana, 1995.
- Howard, John. *El Estado de Las Prisiones En Inglaterra y Gales*. Mexico: Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HUMANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS. "Informe Anual 2020," 2021. <https://bit.ly/3wXwT7p>.
- IDH, CORTE. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004 (n.d.).
- Iglesias, José Luis. "Hipócrates y Galeno. Los Orígenes de La Medicina." *Curiosidades Científicas* (blog), 2016. <https://bit.ly/3IF5Gsw>.
- Lines, Rick. "The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law." *International Journal of Prisoner Health* Vol. 4 (2008): 3–53. <https://doi.org/10.1080/17449200701862145>.

- Markov, Dimitar, and Maria Doichinova. *Prison Conditions Monitoring Index. Methodology and Pilot Results*. Sofia: CSD, Center for the study of democracy, 2015. <https://bit.ly/3NyradD>.
- Muller, Águeda, Alberto Arbex, Ana Díaz, Anabel Papa, Andrés Borel, Andrés Brandolini, Camila Fernández, et al. *Estudios Acerca Del Derecho a La Salud*. Edited by Marisa Aizenberg. 1ra ed. Buenos Aires: THOMSON ROUTERS LA LEY, 2014. <https://bit.ly/3NmllU>.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Pub. L. No. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (n.d.). <https://bit.ly/3J8dELj>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Carta de Ottawa Para Promocion de La Salud. Hacia Un Nuevo Concepto de Salud Pública. Noviembre de 1986.” In *Conferencia Internacional Sobre La Promoción de La Salud.*, n.d. <https://bit.ly/3qEu0o7>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Pub. L. No. julio de 1946, Documentos básicos (n.d.). <https://bit.ly/3qEu0o7>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Guías Para El Saneamiento y La Salud*. Ginebra: OMS, 2019. bit.ly/3USRSV5.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Declaración de Yakarta sobre la promoción de la salud en el Siglo XXI de julio de 1997 (n.d.). <https://bit.ly/3Dj3yFU>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Ambiente y Salud*. OPS, 2010. <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Sanemiento-Capitulo1.pdf>.
- Pardo López, Angélica María. “Obstáculos Que Impiden La Materialización Del Derecho a La Salud de Las Personas Privadas de La Libertad En Colombia.” In *Reveses de La Política Criminal*, edited by Marcela Gutiérrez Quevedo and Ana Lucía Moncayo Albornoz, 207–41. Bogotá: Digiprint Editores SAS, 2017. <https://bit.ly/3L5kXnF>.

- MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, and SERVICIO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A PERSONAS ADULTAS PRIVADAS DE LIBERTAD. Modelo de atención de salud en contextos de privación de libertad, Pub. L. No. Resolución No.007-2018 (2018). <https://bit.ly/39cEu8Q>.
- Real Academia Española, RAE. “Diccionario de La Real Academia de La Lengua Española.” Web RAE, n.d. <https://dle.rae.es/>.
- REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS NELSON MANDELA). Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015, Pub. L. No. A/RES/70/175 (n.d.). <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>.
- SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS. “Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025.” Ecuador, 2022. <https://bit.ly/39bOBuB>.
- SERVICIO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A PERSONAS ADULTAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD Y A ADOLESCENTES INFRACTORES. “Población Penitenciaria Por Zona, Provincia y Centro de Privación de Libertad. Octubre 2022.” Quito, 2022.
- Soforcada, Enrique, Martín De Lellis, and Schelica Mozobancyk. *Psicología y Salud Pública*. Buenos Aires: Paidós Tramas Sociales, 2010.
- Tirado Otálvaro, Andrés Felipe. “El Concepto de Salud y Su Aproximación Desde Diferentes Disciplinas.” *Revista Ciencias Biomédicas* Vol.10 (2021): 55–60. <https://doi.org/10.32997/rcb-2021-3236>.
- WMA STATEMENT ON SOLITARY CONFINEMENT. WMA Statement on solitary confinement, Pub. L. No. October 2019 (n.d.).
- WORLD HEALTH ORGANIZATION REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *The WHO Prison Health Framework. A Framework for Assessment of Prison Health System Performance*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2021. bit.ly/3vUiDxV.

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

*Jaime Andrés Celi Achupallas*²³⁴

Introducción

El contexto histórico y político de la Constitución de 2008 en Ecuador estuvo marcado por una profunda crisis institucional y un clima de inestabilidad política. Durante los años previos, el país atravesó una serie de problemas económicos, sociales y políticos, con varios presidentes destituidos y un sistema democrático en crisis. La llegada al poder de Rafael Correa en 2006, con un discurso reformista y anti-neoliberal, generó la necesidad de una transformación estructural del Estado. En este marco, la convocatoria de una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución se planteó como la respuesta a las demandas de cambio, con el objetivo de refundar el sistema político y garantizar derechos más amplios para la ciudadanía.

“El proceso que llevó a la creación de una nueva Constitución se da en un momento de crisis institucional y falta de confianza en las estructuras tradicionales de poder.²³⁵ El surgimiento del correísmo y la convocatoria de una Asamblea Constituyente en Ecuador se enmarca

²³⁴ Docente a tiempo completo del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. (Guayaquil-Ecuador). Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Nacional de Loja. Contacto: jaceli94@utpl.edu.ec

²³⁵ Acosta, Alberto. *La Constitución de Montecristi: Génesis, Alcances y Desafíos*. Quito: Abya-Yala, 2010.

en un contexto de profunda crisis institucional y desconfianza hacia las estructuras políticas tradicionales. Durante la década previa a la elección de Rafael Correa en 2006, el país experimentó una inestabilidad política marcada por la destitución de varios presidentes, lo que debilitó la legitimidad del sistema democrático. Frente a este escenario, Correa impulsó la creación de una nueva Constitución como un medio para refundar el Estado, otorgando mayor protagonismo a la participación ciudadana y a las demandas de sectores históricamente marginados.

Asimismo, “la constitución fue aprobada por una abrumadora mayoría en un referéndum nacional, lo que la legitimó como un documento representativo del pueblo ecuatoriano”.²³⁶

La aprobación de la Constitución de 2008 por una abrumadora mayoría en el referéndum nacional refleja un amplio respaldo popular al nuevo marco legal y político del país. Este resultado no solo legitimó la Constitución como un instrumento legal, sino que también la consolidó como una expresión de las aspiraciones y demandas de diversos sectores sociales. Al ser aprobada mediante un proceso democrático y participativo, la Constitución fue vista como un documento representativo del pueblo ecuatoriano, lo que le otorgó mayor legitimidad y autoridad para guiar las transformaciones políticas y sociales del país.

La Constitución del Ecuador aprobada en 2008 marcó un hito en la historia del país y la región. Esta Constitución fue resultado de un amplio proceso participativo que incluyó a diversos sectores de la sociedad y consolidó principios innovadores, como los derechos de la naturaleza, el concepto de “Buen Vivir” y una nueva visión del Estado como plurinacional e intercultural. Este ensayo analizará las características más sobresalientes de esta Constitución y su impacto en la política y sociedad ecuatoriana.

²³⁶ Conaghan, Catherine M. “Ecuador: Correa’s Plebiscitary Presidency.” *Journal of Democracy*, vol. 19, no. 2 (2008)

Asimismo, conforme a lo determinado en el artículo 1 de la constitución el estado ecuatoriano es un “estado constitucional de derechos”²³⁷. El Estado constitucional de derechos se define como un modelo de organización política en el que todos los actos del poder público y privado están sometidos a la Constitución, garantizando así la supremacía de los derechos humanos. Este concepto implica que tanto el Estado como el derecho que emana de él deben respetar y garantizar los derechos de las personas, promoviendo un entorno donde la dignidad humana es el centro de todas las acciones.

En este marco, se reconoce un pluralismo jurídico que permite la coexistencia de diferentes sistemas normativos, lo que enriquece la protección de los derechos y fomenta una mayor inclusión social. Además, el Estado constitucional de derechos establece mecanismos para asegurar que las leyes y decisiones judiciales se alineen con los principios constitucionales, permitiendo un control de constitucionalidad efectivo. Esto significa que cualquier acción que vulnere los derechos fundamentales puede ser cuestionada y sancionada legalmente. Al adoptar este enfoque, se busca no solo proteger a los individuos frente a abusos del poder, sino también promover una cultura de respeto y reconocimiento hacia la diversidad y pluralidad de la sociedad, consolidando así un Estado más justo y equitativo.

Derechos reconocidos en la Constitución

En la Constitución se consagran los derechos de las personas. En el contexto ecuatoriano, la Constitución de 2008 reconoce una amplia variedad de derechos constitucionales respaldados por instrumentos internacionales de derechos humanos. Durante su redacción, los constituyentes clasificaron estos derechos en categorías para facilitar su comprensión. Es fundamental señalar que todos los derechos reconocidos en la Constitución tienen igual jerarquía, lo que implica que ninguno prevalece sobre otro ni es considerado más importante. Esta clasificación abarca los derechos del Buen Vivir, los derechos de las

237 Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008.

personas y grupos de atención prioritaria, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza y los derechos de protección.

En este marco, se propone realizar un análisis breve de cada una de las categorías de derechos reconocidos en la Constitución. Este enfoque permitirá profundizar en la comprensión de cómo cada categoría contribuye a la protección y promoción del bienestar social y humano en el país. Además, se busca resaltar la importancia de estos derechos en la construcción de una sociedad más justa e inclusiva, donde se reconozcan y respeten las diversas identidades y necesidades de todos los ciudadanos.

Los derechos del buen vivir, “El Buen Vivir, o *Sumak Kawsay*, es un concepto clave en la Constitución ecuatoriana de 2008 que propone un modelo de vida en armonía con la naturaleza, priorizando el bienestar colectivo por encima del crecimiento económico individual. Este enfoque aboga por el equilibrio entre el desarrollo social, ambiental y cultural, y reconoce los derechos fundamentales de la población para alcanzar una vida digna y sostenible.”²³⁸

El concepto de Buen Vivir o *Sumak Kawsay* se erige como un pilar fundamental en la Constitución ecuatoriana de 2008, promoviendo un modelo de vida que prioriza la armonía con la naturaleza y el bienestar colectivo sobre el crecimiento económico individual. Este enfoque busca un equilibrio entre el desarrollo social, ambiental y cultural, reconociendo los derechos fundamentales de la población para alcanzar una existencia digna y sostenible.

La inclusión de este principio no solo refleja una transformación en el marco legal del país, sino que también resalta la importancia de las cosmovisiones indígenas en la construcción de un futuro más justo y equitativo. Además, el *Sumak Kawsay* representa un cambio

²³⁸ Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Proyecciones (des)constituyentes en el Ecuador.” *Tabula Rasa*, no. 9 (2008): 131-152.

paradigmático en la concepción del desarrollo, alejándose de las nociones convencionales centradas en el crecimiento económico. Este modelo promueve un enfoque integral que abarca aspectos sociales, culturales y ambientales, donde el bienestar humano se entrelaza con el respeto a la naturaleza. Al integrar estos valores en su constitución, Ecuador se posiciona como un referente en la búsqueda de alternativas al desarrollo tradicional, fomentando un diálogo intercultural y una mayor conciencia sobre la interdependencia entre los seres humanos y su entorno natural.

“Los derechos de libertad abarcan un conjunto de garantías fundamentales que protegen la autonomía y la dignidad de las personas frente al poder del Estado y terceros. Incluyen la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad de reunión y asociación, así como el derecho a la libre circulación y a no ser detenido arbitrariamente. Estos derechos son esenciales para el funcionamiento de una sociedad democrática, ya que permiten a los individuos participar activamente en la vida pública y ejercer su autodeterminación.”²³⁹

Los derechos de libertad constituyen un conjunto esencial de garantías que resguardan la autonomía y dignidad de las personas frente a la intervención del Estado y otros actores. Estos derechos incluyen la libertad de expresión, la libertad de conciencia, y el derecho a la reunión y asociación, así como la libre circulación y la protección contra detenciones arbitrarias. Al garantizar estas libertades, se asegura que los individuos puedan vivir sin temor a represalias, lo que es fundamental para el desarrollo de una sociedad justa y equitativa.

Además, estos derechos son pilares del funcionamiento de una sociedad democrática, ya que permiten a los ciudadanos participar activamente en la vida pública y ejercer su autodeterminación. La posibilidad de expresar opiniones, asociarse con otros y desplazarse libremente fomenta un ambiente donde se pueden debatir ideas y construir consensos. En este sentido, los derechos de libertad no

²³⁹ Peces-Barba, Gregorio. *Los derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

solo protegen al individuo, sino que también fortalecen la cohesión social y promueven un entorno en el que todos pueden contribuir al bienestar colectivo.

“Los derechos de atención prioritaria en la Constitución ecuatoriana están dirigidos a proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad, como los niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y mujeres embarazadas. Estos derechos garantizan una atención especializada y preferente en el acceso a servicios de salud, educación y seguridad social, así como en la protección contra el abuso, la violencia y la discriminación. El Estado tiene la responsabilidad de asegurar medidas que garanticen su bienestar y desarrollo integral.”²⁴⁰

Los derechos de atención prioritaria en la Constitución ecuatoriana son un compromiso explícito para proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad, tales como niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y mujeres embarazadas. Estos derechos aseguran que estos colectivos tengan acceso preferente a servicios esenciales como la salud, la educación y la seguridad social. Al establecer estas garantías, se busca no solo brindar apoyo inmediato, sino también crear un entorno seguro donde se prevenga el abuso, la violencia y la discriminación que a menudo enfrentan.

Además, el Estado asume una responsabilidad crucial en la implementación de medidas que garanticen el bienestar y desarrollo integral de estos grupos. Esto implica no solo proporcionar servicios adecuados, sino también fomentar políticas inclusivas que promuevan su participación en la sociedad. Al priorizar a los más vulnerables, Ecuador refuerza su compromiso con la justicia social y el respeto por los derechos humanos, creando un marco donde todos los ciudadanos puedan aspirar a una vida digna y plena.

“Los derechos de la naturaleza, consagrados por primera vez en la Constitución del Ecuador de 2008, reconocen a la naturaleza como

240 Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008.

un sujeto de derechos, lo que implica que los ecosistemas tienen el derecho a existir, mantenerse y regenerarse. Este enfoque innovador busca preservar el equilibrio ecológico y garantiza que cualquier acción que atente contra la naturaleza pueda ser sancionada legalmente. Los ciudadanos y el Estado tienen la responsabilidad de protegerla y restaurar los ecosistemas dañados.”²⁴¹

Los derechos de la naturaleza, introducidos en la Constitución ecuatoriana de 2008, representan un avance significativo al reconocer a la naturaleza como un sujeto de derechos. Esto significa que los ecosistemas tienen el derecho a existir, mantenerse y regenerarse, lo cual es crucial para preservar el equilibrio ecológico. Este enfoque innovador no solo redefine la relación entre los seres humanos y el medio ambiente, sino que también establece un marco legal que permite sancionar cualquier acción que amenace la integridad de la naturaleza.

Además, la responsabilidad de proteger y restaurar los ecosistemas dañados recae tanto en los ciudadanos como en el Estado. Este principio fomenta una conciencia colectiva sobre la importancia de cuidar el entorno natural y promueve acciones concretas para su conservación. Al integrar los derechos de la naturaleza en su constitución, Ecuador se posiciona como un referente en la lucha por la sostenibilidad, inspirando a otros países a considerar el bienestar del planeta como parte fundamental de su desarrollo y bienestar social.

“Los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, consagrados en la Constitución del Ecuador de 2008, reconocen su identidad cultural, territorial y organizativa. Estos derechos incluyen la autonomía en sus territorios, el respeto a sus costumbres y formas de vida ancestrales, así como el derecho a participar en decisiones que afecten sus tierras y recursos naturales. Además, se les otorga el derecho a la educación intercultural y a la conservación de sus lenguas,

241 Gudynas, Eduardo. “Los Derechos de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador: Entre el Pragmatismo y el Idealismo.” *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* 9 (2012): 17-27.

en un esfuerzo por garantizar la preservación de sus culturas dentro de un Estado plurinacional.”²⁴²

Los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, consagrados en la Constitución del Ecuador de 2008, representan un reconocimiento fundamental de su identidad cultural, territorial y organizativa. Estos derechos garantizan la autonomía de los pueblos indígenas en sus territorios, así como el respeto a sus costumbres y formas de vida ancestrales. Además, se les otorga el derecho a participar en las decisiones que afectan sus tierras y recursos naturales, lo que asegura que su voz sea escuchada en asuntos que impactan directamente su existencia y bienestar.

Asimismo, la Constitución promueve la educación intercultural y la conservación de las lenguas indígenas, lo que contribuye a la preservación de sus culturas dentro de un Estado plurinacional. Este enfoque no solo busca proteger los derechos individuales de los pueblos indígenas, sino también fomentar un ambiente inclusivo donde se reconozcan y valoren las diversas identidades que componen la nación ecuatoriana. Al hacerlo, Ecuador se posiciona como un ejemplo en la defensa de los derechos colectivos, promoviendo una convivencia armónica entre las distintas culturas que enriquecen su tejido social.

“Los derechos de protección son un buen puente para luego tratar el tema de las garantías constitucionales. Los derechos de protección son una buena herramienta para remover los obstáculos que representan cuando los demás derechos son ejercidos”²⁴³

Los derechos de protección actúan como un puente fundamental para abordar el tema de las garantías constitucionales, ya que establecen un marco que asegura la defensa de los derechos individuales y colectivos. Estos derechos son cruciales para eliminar los obstáculos

242 Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Proyecciones (des)constituyentes en el Ecuador.” *Tabula Rasa*, no. 9 (2008): 131-152.

243 Ávila Santa María, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

que pueden surgir al momento de ejercer otros derechos, garantizando así un entorno más equitativo y justo. Al reconocer la importancia de estos derechos, se fortalece la estructura legal que protege a los ciudadanos frente a posibles abusos o vulneraciones.

Además, los derechos de protección funcionan como una herramienta eficaz para empoderar a las personas, permitiéndoles acceder a mecanismos que defiendan sus intereses y dignidad. Al facilitar el ejercicio pleno de otros derechos, contribuyen a la construcción de una sociedad más democrática y participativa. En este sentido, su implementación no solo beneficia a los individuos, sino que también promueve un clima de respeto y reconocimiento hacia todos los derechos humanos, fortaleciendo el tejido social en su conjunto.

Conclusiones

- La Constitución ecuatoriana de 2008 ha representado un cambio significativo en el marco jurídico y político del país. Al integrar principios innovadores como el Buen Vivir y los derechos de la naturaleza, ha desafiado las concepciones tradicionales del desarrollo y los derechos humanos. No obstante, la implementación de sus postulados ha sido un proceso complejo, con avances y retrocesos, especialmente en el contexto de la política económica y los conflictos ambientales. En última instancia, el impacto de la Constitución dependerá de la voluntad política y el compromiso social para hacer cumplir sus principios.
- La Constitución de 2008 surgió en un contexto de crisis institucional y desconfianza hacia las estructuras políticas tradicionales. La llegada de Rafael Correa y su discurso reformista impulsaron la creación de una nueva Constitución para refundar el sistema político y garantizar derechos más amplios para la ciudadanía.
- La Constitución de 2008 introdujo principios innovadores como el Buen Vivir (*Sumak Kawsay*) y los derechos de la

naturaleza, promoviendo un modelo de vida en armonía con la naturaleza y priorizando el bienestar colectivo sobre el crecimiento económico individual. Estos principios reflejan una transformación en el marco legal del país y resaltan la importancia de las cosmovisiones indígenas.

- Los derechos de atención prioritaria en la Constitución están dirigidos a proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad, como niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y mujeres embarazadas. Estos derechos garantizan una atención especializada y preferente en el acceso a servicios esenciales, promoviendo un entorno seguro y equitativo.
- La Constitución reconoce los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, garantizando su autonomía territorial, el respeto a sus costumbres y formas de vida ancestrales, y su participación en decisiones que afectan sus tierras y recursos naturales. Este enfoque promueve la educación intercultural y la conservación de las lenguas indígenas, contribuyendo a la preservación de sus culturas dentro de un Estado plurinacional.

Referencias bibliográficas

- Acosta, Alberto. *La Constitución de Montecristi: Génesis, Alcances y Desafíos*. Quito: Abya-Yala, 2010.
- Ávila SantaMaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Conaghan, Catherine M. "Ecuador: Correa's Plebiscitary Presidency." *Journal of Democracy*, vol. 19, no. 2 (2008) *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008.
- Gudynas, Eduardo. "Los Derechos de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador: Entre el Pragmatismo y el Idealismo." *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* 9 (2012).
- Peces-Barba, Gregorio. *Los derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Walsh, Catherine. "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Proyecciones (des)constituyentes en el Ecuador." *Tabula Rasa*, no. 9 (2008).

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: GARANTÍA JURISDICCIONAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Dr. Galo Blacio Aguirre. Ph.D²⁴⁴

La búsqueda constante del respeto a los derechos y libertades fundamentales del ser humano se entrelaza con la propia narrativa de la historia de la humanidad. Este empeño por garantizar los derechos está estrechamente ligado al intento de restringir el poder de los gobernantes, ya que, a lo largo de la historia, los principales obstáculos para las libertades y derechos han sido, y continúan siendo, los regímenes despóticos de diversas índoles.

A pesar de que en el Continente latinoamericano la violación de derechos ha sido sistemática durante extensos periodos, y en algunos Estados la garantía de estos derechos está lejos de cumplirse, desde los primeros momentos de su independencia respecto de sus colonias han existido instrumentos de defensa de los derechos. Con variaciones terminológicas, el amparo ha sido la principal garantía constitucional de los derechos proclamados en los textos constitucionales. En la actualidad, se observa un notable avance en Latinoamérica en materia de derechos, lo que permite hablar casi de una democratización generalizada en el continente.

²⁴⁴ Docente investigador del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja. PhD por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid, España); Diplomado en Insuficiencia Investigativa; Doctor en Jurisprudencia; Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Técnica Particular de Loja. Autor de varios libros y artículos en materia de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Contacto: gsblacio@utpl.edu.ec Orcid id: 0000-0002-3608-6235.

Las garantías establecidas en las Constituciones democráticas son fundamentales para la protección de las democracias contemporáneas. Estos elementos son esenciales para evitar que el reconocimiento constitucional de los derechos sea meramente formal y para posibilitar, en la práctica, la reclamación y protección efectiva de estos derechos ante los poderes públicos y los ciudadanos.

El propósito de este artículo es conocer la acción de protección como un mecanismo crucial para garantizar los derechos en el sistema ecuatoriano. Dado que la discusión sobre garantías constitucionales implica la defensa de los derechos constitucionales, no deseamos omitir el análisis detallado de estos derechos.

Cada ser humano es poseedor de derechos innegables. En la actualidad, no existen dudas de que la dignidad humana constituye el fundamento primordial de estos derechos; están intrínsecamente vinculados a la dignidad, la libertad y la igualdad, siendo manifestaciones esenciales de dicha dignidad. Esto implica posicionar los derechos y las libertades en el núcleo mismo del orden jurídico-político. La dignidad de la persona y los derechos inherentes a ella se erigen como la piedra angular del orden constitucional democrático.

No obstante, este panorama no ha sido constante a lo largo de la historia. A pesar de que las formulaciones liberales en las declaraciones de derechos representaron un avance significativo en la lucha contra el abuso de poder y en la defensa de la libertad individual, estas eran, en su esencia, declaraciones programáticas. Los primeros textos incorporaron valores preexistentes que, bajo la influencia del iusnaturalismo racionalista, eran ampliamente aceptados, pero carecían de una fuerza obligatoria real, ya que actuaban más como valores programáticos. Aunque los derechos constituían un ideal y una auténtica revolución, su verdadera evolución se encuentra en la historia de su positivización.

Es con la incorporación al ordenamiento positivo interno y su declaración expresa por parte de los Textos constitucionales cuando se

establece la verdadera importancia de los derechos como definidores del carácter y alcance de un sistema político implantado.

La historia de los derechos puede remontarse hasta el nacimiento de la noción de Constitución. Ello no quiere decir que antes de que surgiera la primera Constitución, a finales del siglo XVIII, los derechos más elementales del hombre se encontraran totalmente desprotegidos. Sin embargo, los inicios del constitucionalismo marcan la concepción moderna de los derechos.

- El debate sobre el fundamento de los derechos ocupa un lugar central en la disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo. No sería prudente intentar reproducir esa extensa discusión, ni siquiera resumiendo los argumentos de cada postura. No obstante, podemos afirmar que el fundamento de los derechos radica en ciertas condiciones básicas del ser humano. Estas condiciones, esenciales para la convivencia humana, emergen y se desarrollan en torno a tres conceptos fundamentales: dignidad, libertad e igualdad. Aunque no pretendemos adentrarnos en el debate sobre un listado que podría ser más o menos extenso, está claro que estas cualidades inherentes a la naturaleza humana no constituyen derechos en el sentido jurídico estricto, sino la base de la cual estos derechos se derivan.
- En el ámbito del Derecho Constitucional, los derechos que son objeto de estudio han sido denominados de diversas maneras, tanto como derechos humanos, derechos fundamentales o derechos constitucionales. Aunque cada categoría abarca un concepto distinto, estas denominaciones se han utilizado tanto en el pasado como en la actualidad.

Es importante recordar que la idea de transformar derechos inherentes a la naturaleza humana en derechos constitucionales concretos tiene como objetivo primordial proporcionar una protección jurídica efectiva. La garantía de respeto y cumplimiento asociada a los derechos reconocidos en la Constitución no es un elemento secundario, sino uno de los fines esenciales perseguidos por el constituyente.

En consecuencia, no sorprende que las Constituciones establezcan diversos mecanismos destinados a asegurar la efectiva vigencia de los derechos.

Esta afirmación ha llevado a los distintos ordenamientos constitucionales a regular una serie de instrumentos orientados a encauzar el derecho vulnerado, o amenazado de vulneración, y a la restitución del bien jurídico infringido.

La configuración de diversas técnicas jurídicas de tutela, y la diferenciación entre los derechos que pueden acceder a ellas, hacen que la protección de los derechos constitucionales no sea uniforme. Algunos disfrutan de mecanismos de tutela rápidos, directos y efectivos, mientras que otros sólo poseen protección de carácter general. La medida de la eficacia de los medios tutelares previstos por el constituyente nos permite distinguir la importancia que se reconoce a cada tipo de derechos.

Aunque cada sistema legal ha adoptado el enfoque de protección más adecuado a su entorno, la mayoría ha optado por establecer garantías generales para los derechos reconocidos. Estas garantías van desde la exigencia de mayorías especiales para la reforma de los preceptos que enuncian y regulan los derechos y libertades, hasta la reserva de ley, en la mayoría de los casos, mediante ley orgánica, para el desarrollo de los derechos establecidos por la Constitución. Este último sistema, presente en aquellos ordenamientos con instituciones de justicia constitucional, brinda una doble protección al determinar la expulsión o suspensión de aquellos preceptos legales que atentan contra un derecho fundamental.

Al hablar de los mecanismos de tutela, que nuestra Carta Magna nos brinda para la protección de nuestros derechos, tenemos a las garantías jurisdiccionales.

Las Garantías Jurisdiccionales

*“Las garantías jurisdiccionales deben activarse cuando las garantías normativas y cuando las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana no funcionen. Por ello, las garantías jurisdiccionales son garantías secundarias, en tanto que las garantías dependientes de los órganos representativos y de la ciudadanía, operan como garantías primarias”.*²⁴⁵

“Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, nacionalidad o pueblo podrá proponer las acciones previstas en esta Constitución.

Queda en primer término establecido el derecho para accionar las garantías jurisdiccionales sin restricción de ninguna naturaleza en cuanto a la condición del proponente, sin distinción cultural o racial, siendo esta particularidad el objetivo mismo y la razón de ser de estos mecanismos.

2.- Será competente el juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral²⁴⁶ en todas sus fases e instancias.

b) Son hábiles todos los días y horas. (Para plantear la acción de forma verbal, aplicando el principio de oralidad, sin formalidades y sin la necesidad de citar la norma legal infringida).

c) Podrán ser propuestas oralmente o mediante escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

²⁴⁵ CELI TOLEDO, Israel; BLACIO AGUIRRE, Galo. *Texto-Guía de Derecho Constitucional*, 1era. Edición, Loja-Ecuador, año 2016. p. 81.

²⁴⁶ “En caso de demandas formuladas de manera oral o cualquier otra forma de expresión, la jueza o juez dispondrá al actuario que se las reduzca a escrito”.

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. (Pudiendo realizarlas por cualquier medio como el correo electrónico, a través de una llamada telefónica, fax, etc.)

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

En el numeral dos, se expresan importantes reglas del procedimiento y características de las garantías relacionadas con la competencia del juez que las conoce, haciendo alusión a la celeridad²⁴⁷ que caracteriza su tramitación, siendo hábiles todos los días y horas para interponerlas; así mismo se hace mención a las facilidades que la ley permite en cuanto a su presentación, no siendo incluso obligatorio el patrocinio legal de un profesional del Derecho.

3.-Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública. En cualquier momento del proceso, la jueza o juez puede ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas.

Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por el accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia. En caso de constatare la violación de derechos humanos, la jueza o juez deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

²⁴⁷ Celeridad, porque precisamente esa es la finalidad, la esencia misma de esta garantía constitucional, debiendo los jueces evitar en el trámite de la acción cualquier incidente, lo que afectaría en forma directa a esta característica de la acción de protección.

El numeral que antecede identifica en detalle el procedimiento a observarse dentro del trámite, es una vez que la demanda constitucional ha sido aceptada a trámite, indudablemente que un momento procesal importante y que se constituye en determinante es la audiencia pública donde las partes demostrarán los fundamentos de su acción; y la jueza o juez puede ordenar la práctica de pruebas y designar comisión para recabarlas.

Se colige que la decisión a la que arribe el juez constitucional que conozca el asunto se hará extensiva mediante sentencia y sus efectos se orientan a declarar la existencia del daño es decir del derecho afectado y a ordenar su reparación integral.

El acápite referenciado describe una importante característica procesal en materia de demandas constitucionales, éstas son de doble instancia, en el primer nivel conoce el juez indistintamente de su competencia en razón de la materia, pues como hemos mencionado en primera instancia todos los jueces actúan como jueces constitucionales; se tomará en cuenta que la apelación de la sentencia que niegue o acepte una garantía jurisdiccional se apela ante las Salas de la Corte Provincial de Justicia; importante resulta comprender que este tipo de procesos culminan con la ejecución de la sentencia.

La Corte Constitucional, en la sentencia Nro. 045-13-SEP-CC, CASO Nro. 0499-11-EP, de 31 de julio de 2013, manifestó: “...el recurso de apelación podrá ser interpuesto por los intervinientes dentro de la misma audiencia, o en el término de tres días después de haberse notificado la sentencia. En el caso de haberse presentado un recurso de ampliación y/o aclaración de la sentencia de primera instancia, el término para interponer la apelación correrá desde la notificación del auto que concede o niegue la aclaración y/o ampliación, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento conforme lo establecido en la Constitución y la ley”.

4.-Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de una servidora o servidor, la jueza o juez ordenará la destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar.

Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Es decir, el deber y obligación ineludible que tienen los funcionarios públicos para cumplir y hacer cumplir los efectos de la sentencia constitucional, y deja entrever el tipo de responsabilidades que se pueden generar para quien incumpla o dilate la ejecución del fallo.

5.-Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para la emisión de su jurisprudencia”.

Resulta positivo que los jueces de primer y segundo nivel remitan los fallos pronunciados a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia, siendo relevante este proceso de selección de sentencias para sentar precedentes en materia constitucional que orienten el accionar de los jueces de primera y segunda instancia en la resolución de sus causas.

A manera de conclusión, podemos enunciar que la Constitución puntualiza disposiciones generales para todas las garantías con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia y a la tutela judicial expedita y eficaz. *“Dentro de lo más relevante, se amplía la legitimación activa para interponer las acciones (cualquiera puede accionar, en favor de los derechos propios, o de los derechos de terceros); el procedimiento es sencillo, rápido y poco dado a formalismos; se permite interponer medidas cautelares para evitar o hacer cesar la violación de un derecho; y, los jueces cuentan con recursos coactivos para asegurar la eficacia de los fallos”²⁴⁸*

La Acción de Protección

La Constitución en su art. 88 señala: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando existe una vulneración de derechos constitucionales.....”*

²⁴⁸ CELI TOLEDO, Israel; BLACIO AGUIRRE, Galo. *Texto-Guía de Derecho Constitucional*, 1era. Edición, Loja-Ecuador, año 2016. p. 81.

De igual manera la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en su art. 39 dispone que: *“la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”*.

“La acción de protección protege los derechos en forma directa y eficaz”.²⁴⁹

*De forma directa porque él que debe protegerlos actúa en forma vertical hacia el objetivo final, sin pretenderse detener o detenerse en algún punto*²⁵⁰, *tal como el derecho es directo y recto, en la misma forma el juez debe garantizar y proteger los derechos a todo sujeto que recurre a él*.²⁵¹

*De forma eficaz, porque la protección se hace de manera “Propia, adecuada o efectiva para un fin.”*²⁵² Cuando se ha hecho efectivo un propósito determinado, se podría hablar de que la acción es eficaz, concretándose en forma práctica y descender en auxilio de las personas actuando con eficacia, seguridad, certeza y con prontitud.

La protección al mismo tiempo que es una acción también es un derecho y un derecho con rango constitucional.

249 CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009. p. 141

250 *“La doctrina coincide en que la acción de amparo es una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los habitantes para impedir que sus derechos sean violados, lo mismo que para cesar la violación cuando esto sea posible y, por último, para reclamar los perjuicios que se les ocasionare con actos u omisiones que violaren sus derechos”*. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Derechos Sociales del Acceso a la Información a la Justicia*, Centro de Derechos Humanos, Quito 2007, p. 111.

251 CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009. p. 142

252 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, 10. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires - Argentina, año 1993, p. 17.

Es crucial tener en cuenta que la acción de protección no permite obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, reglamento u ordenanza. Tampoco protege la libertad personal ni garantiza el derecho de un individuo para obtener información sobre sí mismo o sus bienes. Para estos últimos casos, se deben interponer el hábeas corpus y el hábeas data, respectivamente.

Principio del formulario

En resumen, la acción de protección salvaguarda todos los derechos constitucionales, con la excepción de aquellos protegidos por otras garantías jurisdiccionales, como el hábeas corpus, el acceso a la información pública, el hábeas data, las acciones por incumplimiento, las acciones extraordinarias de protección y las acciones extraordinarias de protección contra decisiones de la justicia indígena.

La Carta Magna en su art. 86, numeral 2 establece: *“será competente la jueza o juez competente del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.”*

(v. gr. los Jueces de las Unidades Especializadas: de lo Civil, Mercantil e inquilinato; de Garantías Penales; de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; de lo laboral; etc.).

(V. gr. Cuando el Ministro de Salud dispone mediante acción de personal despedir sin causa alguna a un Médico del Hospital Público XX de la ciudad de Loja, se estaría vulnerando un derecho constitucional como es el derecho al trabajo por lo que éste médico podría interponer una acción de protección, siendo el juez competente para conocer dicha acción, el juez de primera instancia sea de la ciudad de Quito o de Loja, ya que en la ciudad de Quito se produjo el acto y en la ciudad de Loja se produjo la vulneración del derecho constitucional, por tanto cualquiera de los jueces de las dos ciudades son competentes para conocer dicha acción.)

Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato.

En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este Título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados inadmitirá la acción en su primera providencia.

La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados”.

¿Cuándo procede la Acción de Protección?

La (LOGJCC) en su art. 41 señala que la acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.

Esta primera forma de violación se caracteriza porque la autoridad pública no judicial (ministros, prefectos, alcaldes, concejales, etc) pueden vulnerarlos mediante sus actos,²⁵³ sus actuaciones, en el ejercicio de sus labores; es decir, en forma efectiva, directa y con designio de quebrantarlos. No cabe discutir un descuido de la autoridad; sino la intención con que la realiza. (v. gr. Si un alcalde sin causa o motivo alguno, en forma arbitraria, despide a un servidor público

²⁵³ ¿Cuál es el significado de acto? El acto es un hecho o una acción que procede de la voluntad. CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009. p. 147

o trabajador). Es necesario señalar que, si la vulneración de un derecho constitucional se dio por parte de un juez o jueza, la acción de protección no procede, ya que cuando esto ocurre procede la acción extraordinaria de protección que más adelante la analizaremos.

2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

Es deber fundamental del Estado asegurar, sin discriminación alguna, que todos los ciudadanos gocen plenamente de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. Estos derechos deben ser promovidos y desarrollados a través de normativas, jurisprudencia y políticas públicas adecuadas. Para lograr este cometido, el Estado no solo debe garantizar el ejercicio de estos derechos, sino también crear las condiciones necesarias que permitan su pleno reconocimiento y ejercicio por parte de todos los individuos.

“Para la procedencia de la acción, es necesario que se prive del goce o cuando se prive del ejercicio de los derechos; no siendo imperioso que ocurran ambos eventos, suficiente es que uno de ellos ocurra.

Una vez establecido esto, debemos ir analizando los dos casos: el primero; cuando las políticas públicas supongan²⁵⁴ la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución; el segundo, cuando la privación del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución.

Al referirnos al primero (cuando las políticas públicas supongan la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución) debemos indicar que la privación del goce de los derechos, en la forma empleada en el texto constitucional, significa que, de los indicios con lo que se cuenta un sujeto piensa, cree, que existe la posibilidad que se va a violar sus derechos y, como consecuencia, da por sentado que este hecho puede ocurrir u ocurrirá. Suponer la privación del goce de los derechos también significa que, un

²⁵⁴ “Suponer: Admitir por cierta una cosa. - Conjeturar. - Fingir. - Entrañar; traer o llevar consigo. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo IV, 10eda. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires - Argentina, año 1993, p. 163

*sujeto, debido a la información que posee, conjetura, calcula, que se puede violar sus derechos. Nótese que al emplear este verbo irregular no se quiere significar que ya se han violado los derechos de un sujeto, sino que se los pueda violar, que existe tal posibilidad.*²⁵⁵

*Con respecto al segundo caso (cuando la privación del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución), la Norma Suprema contempla normativa respecto al ejercicio de los derechos, cuando se encuentran vinculados al ejercicio de otros, teniendo en consideración que, los derechos no se encuentran aislados en el texto constitucional, sino entrelazados, formando todo un sistema.*²⁵⁶

3. *Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.*

En términos generales, se considera que hay un daño cuando se ocasiona a otra persona un perjuicio que puede ser valuado económicamente en sus bienes y posesiones. Además de los daños de naturaleza económica, también pueden existir daños de tipo personal, moral, en los derechos y en las facultades de los individuos.

*Omisión, es abstenerse de hacer; inactividad; abstención de decir o declarar, silencio, reserva; ocultación.*²⁵⁷

255 CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito- Ecuador, año 2009. p. 155

256 "El contenido de nuestra Constitución es un producto del sistema neoconstitucionalista, se inspira en él y, como consecuencia, es la Constitución de los derechos por antonomasia en toda su manifestación y profundidad, por eso cada Función del estado y cada institución pública tienen la obligación ineludible de proporcionar, garantizar y precautelar tanto el goce como el ejercicio de los derechos". Véase en: CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009. p. 167

257 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., Talleres Gráficos de Companhia Melhoramentos, Sau Paulo-Brasil, año 1993, p. 281.

*Por su parte, el servicio público, ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración pública.*²⁵⁸

Entonces diremos, que se causa daño grave al violar los derechos de los sujetos, cuando el prestador de un servicio público no presta un servicio adecuado, eficaz, oportuno, inmediato.

*“Un acto de autoridad pública es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación.”*²⁵⁹(v. gr. Que la Empresa Eléctrica disponga, que determinada persona solo tendrá luz durante la noche).

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c) Provoque daño grave;

d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

Las características que todo servicio público tiene son: universal, permanente, continuo y accesible a todos; caso contrario sería un servicio impropio.

258 *Ibidem.* p. 364.

259 SCC 0273-2008-RA de 26 de marzo del 2009

Al referirnos a impropio, debemos identificarlo con falta de las cualidades convenientes según las circunstancias; lo “Ajeno a una persona, cosa o circunstancia, o extraño a ellos”.²⁶⁰

Al hablar del término delegación, debemos tener presente que ésta debe constar en acuerdos, resoluciones; en estos documentos se debe establecer el ámbito geográfico o institucional en el cual los funcionarios delegados ejercerán sus atribuciones.

Concesión es: “Negocio jurídico por el cual la administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones”.²⁶¹

Daño, es: toda suerte de mal sea material o moral (...) el detrimento, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes.²⁶²

El término grave deriva del latín: “gravis” y significa: pesado, cargado, fuerte, subido, grande, violento, considerable, importante.

*La subordinación implica sujeción a la orden, mando o dominio de uno.*²⁶³

*La indefensión significa falta de defensa actual o permanente. Situación de la parte a quien se niegan en forma total o parcialmente los medios procesales de defensa.*²⁶⁴

Con respecto al término indefensión diríamos que es desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso. Nuestra Carta

260 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Tomo III, Edit. Espasa-Calpe, Madrid - España, año 2001, p. 414

261 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Tomo III, Edit. Espasa-Calpe, Madrid - España, año 2001, p. 414.

262 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo III, 10eda. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires - Argentina, año 1993, p. 675.

263 *Ibidem*.

264 *Ibidem*. p. 364.

*Magna prohibe que una persona quede en estado de indefensión, es decir impide que los sujetos sufran indefensión en cualquiera de sus formas.*²⁶⁵ (v. gr. Que los socios de una cooperativa de taxis sin causa o razón alguna, en forma arbitraria le quite la línea a uno de sus socios).

5. *“Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”.*

Las diversas formas de discriminación que existen están prohibidas no sólo por nuestra Constitución sino también por el Derecho Internacional.

*La discriminación rompe el principio de igualdad entre los sujetos en base a un motivo prohibido, por eso el significado de discriminación tiene íntima relación con el de igualdad, ya que la misma Constitución señala que todas las personas son iguales ante la ley.*²⁶⁶ (v. gr. Que una persona, no deje pasar por determinada calle a un individuo de raza negra, por el hecho de ser tal).

¿Cuándo no procede una acción de protección?

La (LOGJCC) en su art. 42 señala que *“la acción de protección de derechos no procede:*

4. *Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*

El fundamento primordial de la acción de protección es salvaguardar los derechos constitucionales. En ausencia de una vulneración por

²⁶⁵ “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Constitución de la República del Ecuador, art. 75

²⁶⁶ “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, art. 3 numeral 1.

parte de una autoridad o de un particular, no procede interponer dicha acción. Esta causal es evidente, ya que la finalidad de la acción de protección es precisamente asegurar los derechos constitucionales. En ausencia de un acto u omisión que afecte alguno de estos derechos, no es posible hacer uso de esta herramienta legal.

5. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven susceptibles de reparación.

Esto es razonable, pues si la acción procede contra actos u omisiones de autoridad o de particulares, si esto no existe, ya no habría materia para la acción protección, lo mismo sucede, si se han extinguido; por lo tanto si no existe peligro o si no han sido vulnerado derechos, la acción de protección no puede prosperar, salvo que a pesar de haberse revocado o extinguido dicho acto causó un perjuicio en el derecho; por lo tanto en este caso se puede presentar la acción de protección y se tendrá la obligación de indemnizar al perjudicado, conforme lo estipula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que señala para el caso de daños causados por la violación de derechos constitucionales se debe proceder a la reparación integral (art. 6 LOGJCC)

6. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

Resulta pertinente esta causal, puesto que los jueces no tienen facultad para declarar la inconstitucionalidad del acto, para aquello se debe interponer la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional tal como lo prescribe el artículo 436 numeral 4 de nuestra Constitución.

En cuanto a la legalidad, es importante destacar que esta es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso de la acción de protección, no se examina únicamente la legalidad del acto en cuestión, sino que se centra en determinar si se ha producido

una violación de un derecho constitucional. Si esta violación no se evidencia, la acción de protección no puede ser admitida.

7. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Esta causal es porque la ley considera a la acción de protección como subsidiaria, pero si esta vía no es eficaz, la acción de protección reemplaza a esa vía y se convierte en el instrumento idóneo de protección.

8. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

La acción de protección tiene como finalidad principal salvaguardar los derechos constitucionales, no declararlos. Por lo tanto, el juez que conoce de esta acción no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos de legalidad ni para declarar o constituir derechos. Es importante entender que la acción de protección es un proceso de naturaleza cautelar, orientado a evitar o corregir vulneraciones de derechos, pero no a determinar su existencia o validez.

9. Cuando se trate de providencias judiciales.

No se puede aceptar que se admita la acción de protección contra providencias judiciales, pues lo contrario es atentar contra la independencia y autonomía del juez, la cosa juzgada, la seguridad jurídica por mencionar sólo algunos aspectos. Lo anterior no quiere decir que las providencias quedan libres de la acción de protección, puesto que, para estos tipos de situaciones, el constituyente creó la acción extraordinaria de protección, cuya finalidad la encontramos en el art. 58 de la LOGJCC.

10. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

La Carta Magna prevé que el Tribunal Contencioso Electoral, tiene como funciones conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral, significa que la acción de protección no puede remplazar esta atribución concedida a Tribunal Contencioso Electoral, puesto que es éste, quien tiene la facultad para administrar justicia en materia electoral, de conformidad con lo que dispone el art. 221 de la Constitución. No obstante, las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral que vulneren derechos constitucionales sí pueden ser atacadas vía acción de protección.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que la acción de protección se vislumbra tanto en la teoría como en la historia como un mecanismo para controlar y resguardar el orden constitucional frente a cualquier acto de autoridad que perjudique a cualquier ciudadano, y su ejercicio está reservado exclusivamente a iniciativa del afectado. Indudablemente, la acción de protección, como custodia de los derechos constitucionales, representa el avance más significativo en el desarrollo del ordenamiento constitucional ecuatoriano. La noción de protección sugiere resguardo, amparo y defensa efectiva y oportuna de nuestros derechos cuando están en riesgo de ser vulnerados. La protección implica auxilio, respaldo y apoyo a la autoridad cuando sus derechos han sido o pueden ser vulnerados.

Dada la profundidad de la acción de protección, es imprescindible establecer una regulación específica, clara y precisa para evitar confusiones y malentendidos, y así no confundir cada situación con una acción de protección constitucional. Esta garantía constituye un pilar sólido para la supremacía de la Constitución y la salvaguarda de los derechos individuales.

La Acción de Protección tiene como finalidad u objeto la protección y reivindicación de los derechos fundamentales de las personas y asegurar a todos los habitantes el goce efectivo de sus derechos

constitucionales protegiéndolos de cualquier amenaza o vulneración ilegales, sea que proceda de un órgano estatal o de un particular, con el fin de proteger la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

La Acción de Protección representa una garantía de gran trascendencia y relevancia, permitiendo al ciudadano común proteger sus derechos fundamentales y libertades de manera eficaz, expedita y urgente, sin excesivos trámites. Esta acción debe generar resultados inmediatos, dirigidos a detener, prevenir o remediar las consecuencias de actos ilegítimos impugnados.

Su principal objetivo es salvaguardar las normas y principios constitucionales, especialmente los derechos fundamentales del individuo consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la mayoría de las Constituciones en su parte doctrinal.

Una importante crítica habría que realizar a la forma en que la Constitución ecuatoriana contempla la acción de protección, puesto que la Constitución, contraviniendo a la doctrina y a las normas que constan en la mayoría de las Constituciones, hace una inaceptable salvedad, al excluir a la acción de protección frente a acciones u omisiones del poder judicial, aunque el art. 94 de la Constitución incorpora "La acción extraordinaria de protección, que procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado".

La acción de protección "es el poder de quien carece de poder", para evitar el abuso del poder, en cualquiera de sus formas, cuyo objeto es velar por el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, dando cumplimiento al art. 1 de la Constitución, que define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos, y al art. 3 que

establece como deber primordial del Estado la garantía del efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, de esta manera el Ecuador se ha puesto dentro de los países vanguardistas en materia del derecho procesal constitucional, de este modo el país va a ser cada día más seguro.

Podemos afirmar que la acción de protección es crucial para traducir las declaraciones y garantías constitucionales en realidades tangibles, evitando que queden como meras formulaciones abstractas. Este recurso brinda a los ciudadanos una herramienta rápida y efectiva para protegerse de posibles abusos por parte de las autoridades. Existe un interés general en mantener la integridad de la Constitución, ya que esta establece la organización del Estado y consagra los derechos fundamentales. La importancia del amparo radica en su capacidad para asegurar la protección judicial de los derechos a través de procedimientos ágiles, lo cual cumple con el principio constitucional de que los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales deben ser de aplicación directa e inmediata ante cualquier instancia judicial, sin necesidad de reglamentación adicional. Es responsabilidad de los jueces y autoridades asegurar la efectiva protección de estos derechos

Bibliografía

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Derechos Sociales del Acceso a la Información a la Justicia*, Centro de Derechos Humanos, Quito 2007.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, 10. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires - Argentina, año 1993.
- CELI TOLEDO, Israel; BLACIO AGUIRRE, Galo. *Texto-Guía de Derecho Constitucional*, 1era. Edición, Loja-Ecuador, año 2016.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
- CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009.
- CUEVA CARRRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Primera Edición, Quito - Ecuador, año 2009.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Tomo III, Edit. Espasa-Calpe, Madrid - España, año 2001.
- SALGADO PESANTES, Hernán. *Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja - Ecuador, año 2009
- Sentencia de la Corte Constitucional, SCC **0273-2008-RA** de 26 de marzo del 2009

ESTUDIO CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN ECUADOR: ALCANCES, RETOS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

*Pablo José Castillo Álvarez*²⁶⁷

Introducción

Con la ratificación de la Constitución en 2008, se adoptó un sistema de garantías jurisdiccional es destinado a la protección y reparación de los derechos constitucionales. Dentro de este marco, se incluyen tanto garantías completamente novedosas y nuevas como lo es la Acción de Protección, conocida en otras legislaciones como acción de Amparo.

El paradigma de las garantías jurisdiccionales y el derecho procesal constitucional en Ecuador emerge como algo nuevo. Sin embargo, una de las problemáticas primordiales que aqueja lapráctica constitucional es la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, originada por el desconocimiento procesal de las garantías jurisdiccionales como de los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional, instancia que efectúa una regulación minuciosa del desenvolvimiento procesal de las garantías.

La Acción de Protección ha sido objeto de desnaturalización en varias ocasiones, ya sea en la orientación de abogados, en la asesoría de casos o en las decisiones de jueces al resolver litigios constitucionales.

²⁶⁷ Docente Titular del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja. Magister en Ciencias Penales. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Contacto: pjc Castillo2@utpl.edu.ec.

Esta desnaturalización de la acción de protección proviene de la falta de una tutela adecuada de los derechos constitucionales por parte de los abogados como de los administradores de justicia, lo que conlleva a graves transgresiones de los derechos y de los procedimientos establecidos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El propósito central de este artículo radica en el análisis y comprensión de la acción de protección como herramienta de protección y reparación de los derechos constitucionales en el contexto ecuatoriano a la luz de la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional del Ecuador.

En el marco de un Estado democrático de derecho, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos se erige como uno de los pilares fundamentales de la convivencia y la justicia. En este contexto, el legislador ha desplegado una serie de garantías jurisdiccionales destinadas a salvaguardar y asegurar la plena vigencia de estos derechos consagrados en el texto constitucional. Cada uno de estos derechos, con su inherente valor y relevancia, ha motivado la creación de garantías específicas, diseñadas para preservar su naturaleza protectora y su ejercicio efectivo en la sociedad.

Una de estas garantías, que se revela como un instrumento de particular interés y trascendencia, es la acción de protección. Esta herramienta legal se presenta como un mecanismo de amparo directo y eficaz para los derechos constitucionales que se vean vulnerados por diversas circunstancias, ya sea a causa de acciones u omisiones de autoridades públicas que no ostentan la calidad de juzgadores, o incluso en el ámbito de políticas públicas y frente a agentes del sector privado. La acción de protección, en su esencia, otorga a los ciudadanos la facultad de presentar una demanda ante un juez competente, con el fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos frente a situaciones que requieren una respuesta ágil y efectiva por parte del sistema judicial.

Sin embargo, la regulación de la acción de protección no es exenta de peculiaridades y contradicciones. Por ejemplo, se encuentran causales de improcedencia que, en ciertas ocasiones, imponen la obligación de agotar otros recursos y vías legales antes de recurrir a esta garantía. Paradójicamente, a pesar de estas restricciones aparentes, la acción de protección no se define como un recurso residual, lo que significa que no es necesario recorrer todas las alternativas previas para su utilización. Además, esta puede ser interpuesta en cualquier momento, lo que resalta su versatilidad y utilidad en la protección de los derechos de los ciudadanos.

Desarrollo

Acción de Protección

La acción de protección es un mecanismo constitucional diseñado para garantizar el respeto y la protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, Tratados Internacionales de derechos humanos. Este recurso judicial se presenta ante jueces de primera instancia para reclamar una reparación inmediata cuando exista una vulneración o amenaza inminente de los derechos constitucionales.

La Acción de Protección es una herramienta fundamental en el ámbito jurídico ecuatoriano que busca salvaguardar los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a vulneraciones o amenazas que puedan surgir por parte de actos, decisiones u omisiones de autoridades públicas o de particulares.

Guerrero, indica que “esta garantía es de naturaleza claramente tutelar, es decir, que para que proceda, se tiene que haber vulnerado un derecho”²⁶⁸

²⁶⁸ Guerrero Juan, Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2020, pág. 80.

La Fundación Regional de Derechos Humanos Inredh, afirma que “el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales por parte de los Estados se ha visto históricamente rodeado de limitaciones respecto de su ejercicio eficaz y pleno”²⁶⁹.

Quintana, señala que “la doctrina creó una teoría que, aparentemente, desmorona todo tipo de impedimento que inhabilite al individuo a hacer respetar sus derechos frente actuaciones u omisiones arbitrarias por parte del Estado, e, incluso, también de los particulares.”²⁷⁰

La Constitución de 2008 introdujo una innovación significativa en materia de garantías jurisdiccionales al establecer una garantía específica para cada derecho. Se abordará sobre la garantía de la acción de protección establecida en el artículo 88, cuyo objetivo es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Carta Magna y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Es un mecanismo inmediato para tutelar eficazmente los derechos de las personas, colectivos y la naturaleza.

La acción de protección permite garantizar todos los derechos, incluso aquellos que no cuentan con una vía procesal especial, convirtiéndola en la herramienta primordial para la defensa de los derechos. Puede interponerse contra el Estado (ministerios, secretarías u otras instituciones públicas) o contra terceros cuando se trate de servicios públicos impropios o cuando la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

El artículo 39 de la LOGJCC, indica que la acción de protección se caracteriza por proteger el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales que hayan sido afectados por acción u omisión de una autoridad pública no jurisdiccional, políticas públicas o entes privados de manera taxativa.

269 Fundación Regional de Derechos Humanos; Inredh Garantías Constitucionales, 2da. Ed. Cotopaxi, Fundación Regional de Asesoría en derechos Humanos, 2006, pág. 26

270 Quintana Ismael, La Acción de Protección. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2016, pág. 26.

La acción de protección se deja ver teórica, e históricamente, como un medio de control o protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que agravie a cualquier gobernado y que se ejercita exclusivamente a impulso de éste. Sin duda, la acción de protección como garantía de los derechos constitucionales, es el avance más importante del desarrollo constitucional ecuatoriano, ya que la protección, nos da la idea de defensa, refugio, de defensa efectiva y oportuna de nuestros derechos cuando corren el peligro de ser desconocidos.

La acción de protección tiene como finalidad u objeto la protección y reivindicación de los derechos fundamentales de las personas y asegurar a todos los habitantes el goce efectivo de sus derechos constitucionales protegiéndolos de cualquier amenaza o vulneración ilegales, sea que proceda de un órgano estatal o de un particular, con el fin de proteger la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Objeto de la Acción de Protección

El objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por otras garantías jurisdiccionales como el hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el Capítulo III, art. 39 señala: “La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena” “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista

una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.”²⁷¹

El objeto de la acción de protección en Ecuador es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos. Esta acción constituye una garantía jurisdiccional destinada a proteger a los ciudadanos del abuso de poder y las violaciones de sus derechos, permitiendo garantizar todos los derechos, incluso aquellos que no cuentan con una vía procesal especial. La acción de protección se convierte en una herramienta primordial para la defensa de los derechos de las personas, colectivos y la naturaleza, siendo un mecanismo inmediato para tutelar eficazmente los derechos

Blacio, indica que “La Acción de Protección es universal, ya que rige para proteger los derechos constitucionales de todos los habitantes del Estado y actúa contra la acción u omisión de autoridad pública, o de persona natural o jurídica que hubiere violado uno de aquellos derechos, pero, en relación con el sector del que proviene la acción u omisión, tiene un carácter particular”²⁷².

El objeto de la acción de protección en Ecuador es garantizar la protección inmediata de los derechos constitucionales de las personas cuando estos hayan sido vulnerados o se encuentren en peligro de serlo, debido a actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares. Este mecanismo jurídico tiene como finalidad principal restituir el goce de los derechos fundamentales afectados, ofreciendo una vía rápida y efectiva para la defensa de estos derechos.

271 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Año 2009, Art. 39

272 Blacio Galo, La Acción de Protección en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2011, pág. 121.

Legitimación activa de la Acción de Protección

De acuerdo con la sentencia No. 1178-19-JP/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, “la acción de protección es sumamente amplia, además, no es incompatible cuando se trate de representantes de las funciones, órganos o personas jurídicas estatales. En un caso u otro, es necesario que se compruebe la vulneración o no de los derechos constitucionales”²⁷³.

El Artículo 9 de la LOGJCC, señala que “cualquier persona, colectivo, nacionalidad o pueblo puede interponer una acción de protección, a falta de estos puede presentarla el Defensor del Pueblo (Asamblea Nacional, 2009)”²⁷⁴. El legislador ha establecido que la acción de protección tenga una legitimación sumamente amplia, lo cual representa una serie de ventajas y desventajas. La principal ventaja radica en que cualquier persona que conozca de una vulneración de derechos puede interponer una acción de protección; en cambio, la desventaja radica en que al ser tan amplia la legitimación activa, puede ser interpuesta a favor de personas que han cometido delitos.

Quintana indica que “la propia ley requiere del accionante la acreditación de su condición de afectado o víctima directa o indirecta de la omisión o el acto violatorio de derechos, que es propiamente, la regla relativa a la legitimación en la causa.”²⁷⁵

Guerrero, establece que “existe una legitimación activa amplia, en virtud de la cual el accionante no necesariamente debe ser la víctima de la violación de derechos”²⁷⁶

273 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1178-19-JP/21. Quito, 2021

274 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Año 2009, Art. 9

275 Quintana Ismael, La Acción de Protección. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2016, pág. 106.

276 Guerrero Juan, Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2020, pág. 81.

Tal como señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional; así como la LOGJCC es sumamente amplio la potestad que tiene una persona de presentar una acción de protección, por lo que se desprende que no solamente le compete a quien le trasgredieron su derecho constitucional de manera directa, sino a quien se crea afectado por cualquier derecho constitucional de forma indirecta podrá presentar dicha garantía y tendrá el derecho a recibir una adecuada tutela judicial.

Legitimación pasiva de la Acción de Protección

Conforme la sentencia No. 2951-17-EP/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, analiza dos posibles inconvenientes jurídicos. “La procedencia de la acción de protección contra particulares que prestan servicios públicos impropios; y, el alcance de la acción de protección ante la existencia de otras vías judiciales.”²⁷⁷

En el primer problema jurídico, los derechos constitucionales están vinculados en mayor o menor medida con los agentes del sector privado en conformidad con la Constitución y la ley.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Artículo 41.4 ordena que la acción de protección procede contra:

“Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público.
- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión.
- c) Provoque daño grave.

²⁷⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 2951-17-EP/21*. Quito, 2021

- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo (Asamblea Nacional, 2009)²⁷⁸

El legislador constituyente ha permitido, que la legitimación pasiva recaiga en un agente del sector privado.

En la sentencia 013-09-SEP-CC, la Corte Constitucional cita:

“En definitiva, la Constitución entrega a los ciudadanos dos tipos de acciones para la tutela de derechos, que no sean libertad y la información: a) la acción de protección para tutelar derechos vulnerados por actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, por políticas públicas o por particulares cuando provoquen daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por concesión o delegación o si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”²⁷⁹

Improcedencia de la Acción de Protección

Quintana (2016) manifiesta que “la Constitución no señala los casos por los que la acción de protección no procede. Recuérdese que, para suplir la ausencia de ley, la Corte Constitucional dictó las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, cuyo artículo 50 señaló como causales de improcedencia de esta garantía el hecho de que se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existieran vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y, particularmente la vía contencioso administrativa; cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral; si se trataba de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción;

278 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Año 2009, Art. 41.4

279 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 013-09-SEP-CC*. Quito, 2009

el no agotamiento previo de otros mecanismos o recursos y, además, si mediante esta acción se impugnaba providencias judiciales”²⁸⁰

El artículo 42 de la LOGJCC indica siete causales de improcedencia de la acción de protección:

- 1) “Cuando no sea posible determinar con exactitud la existencia de una violación a un derecho constitucional;
- 2) Cuando el acto u omisión que causó la violación del derecho haya sido revocado o extinguido, salvo que los efectos de dicho acto u omisión se mantengan en el tiempo y sean susceptibles de reparación;
- 3) Cuando a pesar de que el acto impugnado sea claramente inconstitucional o ilegal, sin embargo, esta condición no implique la violación directa de un derecho constitucional;
- 4) Cuando el acto o la omisión pueda impugnarse por otra vía judicial, salvo que se demuestre que la vía judicial no es eficaz para reparar la violación del derecho;
- 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;
- 6) Cuando se trate de providencias judiciales; y, finalmente,
- 7) Cuando el acto impugnado tenga naturaleza electoral y pueda impugnarse ante el Tribunal Contencioso Electoral (Asamblea Nacional, 2009)”²⁸¹.

Si bien es cierto la Constitución de la República del Ecuador no señala de forma taxativa los casos en lo que no procede la acción de

280 Quintana Ismael, *La Acción de Protección*. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2016, pág. 271.

281 *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Año 2009, Art. 42

protección. No así la LOGJCC que es sumamente clara al establecer las causas de improcedencia de esta acción.

Por lo que solamente por una de estas causales señaladas anteriormente el juzgador no puede aceptar una acción de protección; caso contrario le compete aceptar a trámite y resolver jurídicamente la posible vulneración de un derecho constitucional.

Guerrero, citando a Echandía señala que “la improcedencia implica un pronunciamiento de fondo sobre la demanda, que se decide en sentencia y genera efecto de cosa juzgada material”²⁸²

A continuación, me permito realizar un análisis de las causales de improcedencia descritas en la LOGJCC.

La primera causal hacer alusión “cuando de los hechos no se desprenda que exista una violación de derechos constitucionales”²⁸³.

Este presupuesto es pertinente cuando se desprende que existe violación de derechos o cuando la legitimación pasiva logra desvirtuar los hechos.

La segunda causal indica “cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos salvo de que tales actos se deriven daños susceptibles de reparación”²⁸⁴

Es procedente cuando el acto que vulnera derechos ha sido revocado o deja sin efectos, por lo que no tendría sentido llevar a cabo un procedimiento para que dicho acto sea declarado inválido.

282 Guerrero Juan, *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador*. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2020, pág. 104.

283 Íbidem, Art. 42

284 Íbidem, Art. 42

La tercera causal indica que será improcedente “cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven violación de derechos”²⁸⁵

Esta causal de improcedencia no tiene sentido si previo la Corte Constitucional no regla a través de la jurisprudencia, no ha determinado el contenido esencial del derecho a la seguridad jurídica.

La cuarta causal de improcedencia reza “cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”²⁸⁶

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado y ha indicado que la acción de protección y la vía contencioso-administrativa son vías paralelas, porque persiguen distintos fines. La acción contencioso-administrativa busca realizar u control de legalidad, mientras que la acción de protección busca reparar posibles violaciones emanadas a los derechos constitucionales.

La quinta causal hace referencia a “cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”²⁸⁷

Cuando una persona presenta una acción de protección, la misma debe ser la titular del derecho vulnerado, y lo que persigue dicha acción es que este derecho trasgredido sea reparado.

Desnaturalización de la Acción de Protección

Los jueces constitucionales deben asegurarse de que las garantías jurisdiccionales guarden su naturaleza, con el objetivo de que siempre persigan el propósito de proteger los derechos de alguna u otra manera; caso contrario, puede advenir en una vulneración a la

285 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Año 2009, Art. 42

286 Íbidem, Art. 42

287 Íbidem, Art. 42

seguridad jurídica. Según la sentencia No. 698-15-EP/21 (2021), “cuando una acción de protección declara un derecho, entra en desnaturalización. La acción de protección, como se explicó *up supra*, no tiene efecto declarativo, dado a que no se discute la exigencia o no de un derecho, sino su vulneración, por ende, cuando un juzgador dota de efecto declarativo a esta garantía, se desnaturaliza”²⁸⁸.

La sentencia No. 0307-10-EP/22 (2022) analiza un caso donde una acción de protección extinguió una obligación que nació en un contrato de mutuo, lo cual deviene en una desnaturalización de esta. Si la pretensión no se centra en los derechos constitucionales y, por el contrario, se introduce en los derechos en su dimensión ordinaria, la acción debería rechazarse y optar por los mecanismos de mera legalidad. “La acción de protección no debe ser tratada como una forma de superponerse por sobre las decisiones judiciales ordinarias, pues se estaría cayendo en una eventual desnaturalización”²⁸⁹.

La Sentencia 2571-18-EP/23 emitida por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en la que se desestimó la acción extraordinaria de protección presentada por una persona contra una sentencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Sucumbíos en el marco de un proceso de acción de protección, es un ejemplo claro de cómo la Corte Constitucional cumple con su función de salvaguardar los derechos fundamentales y el debido proceso.

Primero, es importante destacar que la acción de protección es una herramienta legal vital para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, y su revisión por la Corte Constitucional es esencial para mantener el estado de derecho en el país. En este caso específico, el demandante consideraba que su derecho al debido proceso, en particular, el derecho a ser juzgado por un juez competente había sido vulnerado.

288 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 698-15-EP/21*. Quito, 2021

289 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 0307-10-EP/22*. Quito, 2022

Se debe recalcar que la acción de protección en nuestro país ha sido desnaturalizada por varias razones, entre ellas podemos rescatar las siguientes:

- **Presentación sin fundamento:** Algunos abogados presentan acciones de protección sin el debido fundamento de violación de derechos constitucionales, simplemente para “ver qué pasa”. En la audiencia pública no logran demostrar al juzgador la existencia de tal vulneración.
- **Uso indebido para declarar derechos:** La Corte Constitucional ha señalado que se desnaturaliza la acción de protección cuando se la usa para declarar la titularidad de un derecho de propiedad, contraviniendo lo dispuesto en la Constitución y la LOGJCC que establecen la improcedencia de la acción cuando se pretende la declaración de un derecho.
- **Vulneración del principio de economía procesal:** La presentación de acciones de protección sin fundamento vulnera el principio de economía procesal, pues pone en movimiento al sistema judicial por causas improcedentes, con el fin de obtener resultados más rápidos sin considerar los requisitos mínimos de admisibilidad.
- **Inadmisión errónea:** En algunos casos, los jueces constitucionales inadmiten o rechazan acciones de protección confundiendo las figuras de inadmisión e improcedencia, argumentando que el accionante no ha agotado la vía ordinaria, cuando la acción de protección es precisamente un mecanismo informal para la tutela de derechos.
- **Falta de regulación:** La Corte Constitucional no ha modulado claramente en qué casos no se puede presentar una acción de protección, lo que ha propiciado el abuso de esta garantía.
- **Interpretaciones judiciales incoherentes:** La falta de criterios uniformes en la interpretación y aplicación de la acción de protección por parte de los jueces ha generado incertidumbre jurídica. Diferentes tribunales pueden dar respuestas

contradictorias a casos similares, lo que debilita la confianza en el sistema judicial y en la efectividad de la acción de protección

La desnaturalización de la acción de protección se evidencia en su uso indebido, la falta de fundamento en las pretensiones, la confusión en los requisitos de admisibilidad por parte de los jueces, y la vulneración de principios como la economía procesal. Se requiere una regulación más clara por parte de la Corte Constitucional para evitar estos abusos y preservar la naturaleza de esta garantía constitucional.

Precedentes jurisprudenciales de la Acción de Protección

La Corte Constitucional ha emitido diversas sentencias que han contribuido a la normativa de la acción de protección. Estos precedentes han establecido los criterios y procedimientos para su aplicación, asegurando su eficacia como mecanismo de protección de derechos, así como a evitar la desnaturalización en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia 001-16-PJO-CC, de fecha 22 de marzo de 2016, define a la Acción de Protección como: “Un mecanismo judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual, la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo.”²⁹⁰

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en su sentencia nro. 1754-13-EP/19, de fecha 19 de noviembre del 2019 sobre el objeto de la acción de protección que es “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, es una acción directa e independiente”²⁹¹

290 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 001-16-PJO-CC-2016*. Quito, 2016

291 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 1754-13-EP/19*. Quito, 2019

La sentencia 016-13-SEP-CC, del 16 de mayo de 2013, la Corte Constitucional indica: “La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”²⁹²

En la sentencia 041-13-SEP-CC se expresó también: La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución (...) no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa Función Judicial.”²⁹³

Es sumamente claro el criterio de la Corte Constitucional respecto a la procedencia de la acción de protección frente a la vía ordinaria, esto es cuando exista vulneración de derechos constitucionales y que esta afectación sea verificada por la jueza o juez constitucionales en cada caso concreto, es decir deberá ratificar que el análisis no es una confrontación abstracta, sino que nace de circunstancias específicas.

En este sentido, radica la importancia de que el mecanismo de tutela inmediata sea efectivo, lo que significa que debe ser capaz de brindar resultados concretos en la protección de los derechos. Es decir,

292 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 016-13-SEP-CC*. Quito, 2013

293 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 041-13-SEP-CC*. Quito, 2013

no basta con que exista un mecanismo formal en la Constitución, sino que este debe ser funcional y aplicable en la práctica, de manera que las personas puedan acudir a él y obtener una respuesta oportuna y adecuada.

Sobre la admisibilidad de las acciones de protección la Corte Constitucional ha establecido jurisprudencia vinculante, destacando que la acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de los derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un caso de ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y pretensiones del acto para dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si, por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte ha hecho hincapié en que todas las infracciones al ordenamiento jurídico tienen necesariamente cabida en el ámbito constitucional, ya que para las controversias en cuestiones de legalidad existen vías adecuadas y efectivas dentro de la jurisdicción ordinaria.

Además, dicha sentencia alude a la existencia de mecanismos judiciales específicos en el ordenamiento legal ecuatoriano diseñados para analizar pretensiones derivadas de la impugnación de un tipo de acto administrativo en particular, y, por lo tanto, son idóneos y efectivos para reparar violaciones de derechos.

Conclusiones

- La acción de protección radica en que tiene como objetivo el amparo directo y eficaz de los derechos de rango constitucional, que hayan sido afectados por alguna acción u omisión de una autoridad pública no jurisdiccional, política pública o entes privados de manera taxativa.
- La acción de protección puede ser interpuesta en cualquier momento, no es necesario que se interponga luego

de producirse el daño. En otras palabras, el paso del tiempo no impide la tutela de los derechos constitucionales, caso contrario se vulneraría el precepto constitucional de que los derechos son irrenunciables.

- La legitimación de esta acción puede ser activa y pasiva. En el primer caso, esta es sumamente amplia, pues cualquier individuo, colectivo o nacionalidad puede interponerla; adicional, la legislatura ha extendido esta potestad al Defensor del Pueblo. En cuanto a la legitimación pasiva de la acción de protección, esta no solo puede recaer en una autoridad pública, sino que se usa efectivamente en el sector privado.
- La acción de protección es un mecanismo consagrado en la Constitución, que se erige como una garantía jurisdiccional idónea para la protección de derechos constitucionales frente a vulneraciones por acciones u omisiones de autoridades públicas no judiciales como de particulares, conlleva un proceso sencillo, ágil, eficaz y reparatorio.
- La acción de protección tiene una funcionalidad tanto preventiva como represiva, que se refleja en las características que rodean al órgano jurisdiccional que se encarga de hacerlas efectivas, el cual está dotado de autonomía y libertad de injerencias; así como los objetivos de sus disposiciones legales, las cuales se activan una vez constatado el derecho vulnerado y se orientan a impedir la reincidencia a reparar el daño.

Bibliografía

- Blacio Galo, La Acción de Protección en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2011.
- Constitución de la República del Ecuador, Quito. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Año 2008.
- Fundación Regional de Asesoría en derechos Humanos, Garantías Constitucionales, 2da. Ed. Cotopaxi, Año 2006
- Guerrero Juan, Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2020.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Quito. Registro Oficial 52 de 22 de octubre 2009, Año 2009
- Quintana Ismael, La Acción de Protección. Quito, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2016

Sentencias:

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1178-19-JP/21.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2951-17-EP-21.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 013-09-SEP-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 698-15-EP/21.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0307-10-EP/22.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2571-18-EP/23.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-16-PJO-CC-2016.

-
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1754-13-EP/19.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 016-13-SEP-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 041-13-SEP-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 026-13-SEP-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 098-13-SEP-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 170-17-SEP-CC.

LAS CORTES Y LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES, IDEOLÓGICOS Y POLÍTICOS

*Israel Celi Toledo*²⁹⁴

Introducción

El presente capítulo ofrece un análisis reflexivo sobre el papel que desempeñan las cortes y tribunales constitucionales al suplir las funciones del Poder Ejecutivo y Legislativo en la resolución de problemas sociales de fondo. En el contexto de América Latina, caracterizado por la desigualdad estructural y la debilidad institucional, surge el cuestionamiento sobre la legitimidad y conveniencia de que los tribunales constitucionales intervengan en temas ideológicos o políticos que, en muchas ocasiones, son eludidos por los órganos representativos tradicionales. A partir de una revisión bibliográfica, se explorarán tanto casos como teorías jurídicas que permitan evaluar el impacto y la relevancia de estas intervenciones.

El capítulo se estructura en tres partes principales. En primer lugar, se aborda la pregunta de si es adecuado y conveniente que las cortes y tribunales constitucionales asuma el papel de suplir la inacción de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente a problemas sociales profundos o estructurales. En segundo lugar, se examina si es deseable que dichos tribunales se pronuncien directamente sobre

²⁹⁴ Abogado por la UTPL, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y doctorando en Ciencia política por la Universidad Federal de Río Grande del Sur en Brasil. Actualmente es becario de la OEA, profesor titular de la UTPL y Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma universidad. Forma parte de grupos de investigación en Ecuador, Brasil e Inglaterra y ha publicado más de una docena de artículos de investigación y libros sobre derechos humanos, derecho constitucional, política ecuatoriana y movimientos sociales.

cuestiones de alta carga ideológica o política. Finalmente, se explora si es aceptable que, mediante sus decisiones, las cortes constitucionales promuevan transformaciones sociales que no han sido atendidas por los demás poderes del Estado. Al cierre, se presentarán las conclusiones derivadas de esta reflexión.

El enfoque metodológico adoptado es de carácter bibliográfico, lo que permite analizar, a través de fuentes teóricas y estudios de casos, la pertinencia de las decisiones judiciales en la región. Este artículo, de naturaleza crítica, tiene como propósito integrar distintas corrientes doctrinales y ejemplos jurisprudenciales para ofrecer una evaluación exhaustiva del papel de las cortes constitucionales en América Latina. Se recurrirá a autores de renombre como Jürgen Habermas, Pierre Rosanvallon y Ronald Dworkin, así como a casos emblemáticos en la región, para sustentar la discusión sobre la intervención de los tribunales en asuntos de índole política e ideológica.

– *Aceptabilidad y Pertinencia de la Intervención de las Cortes y Tribunales Constitucionales en la Función del Ejecutivo y Legislativo ante Problemas Sociales Estructurales*

Ecuador y la mayoría de países en América Latina enfrentan aún problemas sociales profundos o estructurales. Los datos disponibles sobre desigualdad y pobreza son elocuentes. La mayoría de los países de América Latina aún no han despegado hacia el ansiado desarrollo. Si bien, hubo progresos en las últimas décadas, también han existido retrocesos, que sumen a la región en un círculo vicioso que ha mantenido altos niveles de pobreza y desigualdad desde inicios del siglo XIX.²⁹⁵

Sin perjuicio de los graves problemas económicos que enfrenta América Latina, los estudios sobre capacidad estatal evidencian que la mayoría de países de la región tienen Estados con una débil capacidad infraestructural. Es decir, se trata de Estados con burocracias

²⁹⁵ Michael Reid, *Forgotten Continent: The Battle for Latin America's Soul* (New Haven: Yale University Press, 2007)

patrimonialistas, que no han logrado aún asegurar el control de su territorio o proveer servicios públicos de calidad. Los casos más extremos de debilidad estatal, están representados por los países asolados por el crimen organizado y las economías ilegales.²⁹⁶

En este contexto, cabe preguntarse si es deseable que las Cortes y Tribunales constitucionales suplan la labor del Ejecutivo y el Legislativo frente a la manifiesta ineficacia de estos poderes en una región como la Latinoamericana.

Quienes defienden la judicialización de la política, sostienen que los tribunales y las Cortes pueden fortalecer la capacidad del Estado, y principalmente, escuchar las demandas de los grupos sociales más excluidos. Para respaldar este argumento, los juristas que suelen identificarse con la corriente neoconstitucional, citan los casos exitosos de Cortes como la colombiana o la argentina.

En el caso Colombiano, juristas como César Rodríguez han identificado “sentencias estructurales” en “casos estructurales”. Rodríguez concibe estos casos como procedimientos jurisdiccionales que:

“1) Afectan a un gran número de personas que alegan una violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan la causa; (2) implican a múltiples agencias gubernamentales que se encuentran responsables de fallas generalizadas en las políticas públicas que contribuyen a dichas violaciones de derechos; y (3) involucra remedios estructurales por mandato judicial, es decir, órdenes de ejecución mediante las cuales los tribunales instruyen a diversas agencias gubernamentales para que tomen acciones coordinadas con

²⁹⁶ Sebastián Mazzuca and Gerardo Munck, “A Middle-Quality Institutional Trap: Democracy and State Capacity in Latin America,” in *Democracy and State Capacity in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 1-23; Daron Acemoglu and James A. Robinson, *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty* (New York: Penguin, 2019); Deborah J. Yashar, *Homicidal Ecologies: Illicit Economies and Complicit States in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

el fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos en el caso.²⁹⁷

Este tipo de casos se han extendido por el Sur Global, en países tan diversos como Argentina, Brasil, Colombia, la India o Sudáfrica, especialmente en los campos asociados a la protección de los derechos sociales y ambientales, de grandes grupos humanos.²⁹⁸

Tabla 1

CASOS DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN AMÉRICA LATINA Y OTRAS JURISDICCIONES						
País	Caso	Año	Derecho vulnerado	Problema Estructural	Decisión Judicial	Medidas Estructurales Ordenadas
Colombia	Sentencia T-025	2004	Derechos de los desplazados internos	Desplazamiento forzado	Declaración de “estado de cosas inconstitucional”	Monitoreo de las acciones estatales, medidas de atención a desplazados
Colombia	Sentencia T-153	1998	Derechos de los presos	Hacinamiento en prisiones	Declaración de “estado de cosas inconstitucional”	Medidas a corto plazo para mejorar condiciones carcelarias
Colombia	Sentencia T-760	2008	Derecho a la salud	Fallas sistémicas en el sistema de salud	Medidas estructurales para mejorar el acceso a la salud	Monitoreo para asegurar el acceso a tratamientos y medicamentos básicos

297 César Rodríguez, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America,» *Texas Law Review* 89 (2011): 1671.

298 Israel Celi, *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la Política o Politización de la Justicia?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017).

CASOS DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN AMÉRICA LATINA Y OTRAS JURISDICCIONES						
País	Caso	Año	Derecho vulnerado	Problema Estructural	Decisión Judicial	Medidas Estructurales Ordenadas
India	Mandamus continuo	Varios	Hambre y analfabetismo	Desigualdad y pobreza	Supervisión judicial continua	Comisiones de monitoreo para implementar las sentencias
Sudáfrica	Grootboom	2000	Derecho a la vivienda	Desigualdad en acceso a vivienda	Obligación del Estado para proveer vivienda adecuada	Medidas para mejorar las condiciones de vivienda post-apartheid
Argentina	Caso Verbitsky	2005	Derechos de los presos	Hacinamiento en prisiones	Declaración de inconstitucionalidad de las condiciones carcelarias	Medidas para mejorar las condiciones en las cárceles
Argentina	Caso Mendoza	2008	Derecho al medio ambiente	Contaminación del río Matanza-Riachuelo	Obligación del Estado para limpiar el río	Creación de una autoridad de cuenca y plan de limpieza
Costa Rica	Tribunal Constitucional	1990s	Derecho a la salud	Acceso desigual a tratamientos médicos	Reconocimiento del derecho constitucional a la atención médica	Cobertura estatal de medicamentos, especialmente tratamientos contra el VIH/SIDA

CASOS DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN AMÉRICA LATINA Y OTRAS JURISDICCIONES						
País	Caso	Año	Derecho vulnerado	Problema Estructural	Decisión Judicial	Medidas Estructurales Ordenadas
Brasil	Derecho a la salud	Varios	Derecho a la salud	Desigualdad en acceso a atención médica	Acceso judicial a tratamientos médicos mediante litigios colectivos	Provisión estatal de medicamentos y atención médica a través de sentencias

Fuente: César Rodríguez-Garavito, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America,» *Texas Law Review* 89, no. 7 (2011): 1669-1698.

La tabla presenta un análisis comparativo de casos emblemáticos de sentencias estructurales emitidas por tribunales constitucionales y cortes supremas de distintos países, como Colombia, India, Sudáfrica, Argentina, Costa Rica, y Brasil. Estos casos abordan problemáticas sistémicas relacionadas con la vulneración de derechos socioeconómicos fundamentales, tales como el derecho a la salud, derecho a la vivienda, derechos de los desplazados internos, y derechos de las personas privadas de libertad.

La información está organizada en columnas que identifican el derecho vulnerado, el problema estructural que motivó la intervención judicial, la decisión del tribunal respectivo, y las medidas estructurales ordenadas para remediar la situación, como el establecimiento de mecanismos de supervisión, la implementación de políticas públicas, y la creación de instituciones específicas para garantizar el cumplimiento de los fallos. Esta tabla ilustra cómo las cortes han empleado el activismo judicial para impulsar reformas estructurales en áreas de alta sensibilidad social, logrando un impacto significativo en la protección de los derechos fundamentales de poblaciones vulnerables.

Aunque estos avances son importantes para la doctrina de los derechos humanos y la teoría constitucional, hacen falta investigaciones sistemáticas y empíricas sobre el impacto de la judicialización en los problemas estructurales.

Al respecto, Escudero, ha estudiado varias sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador entre 2008 y 2019 para evidenciar que las decisiones judiciales son de difícil cumplimiento. El autor subraya que el reconocimiento de los derechos sociales no garantiza su cumplimiento. Los derechos del buen vivir reconocidos en la Constitución de 2008, que incluyen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), enfrentan importantes barreras normativas y estructurales que limitan su justiciabilidad. A pesar de los esfuerzos de la Corte Constitucional por emitir sentencias que reconozcan estos derechos, su implementación efectiva sigue siendo un desafío. Como señala Escudero, factores como “la escasez y pobreza, el costo de los DESC, la falta de efectividad de las políticas públicas, y el incumplimiento de las sentencias” obstaculizan la materialización de estos derechos.²⁹⁹

Un claro ejemplo de estas limitaciones es el caso de María Mercedes Zumba Morocho, quien solicitó acceso a una vivienda digna. Aunque la Corte Constitucional falló a su favor, la ejecución de la sentencia se retrasó tanto que falleció antes de que su derecho fuera garantizado.³⁰⁰ Este caso ilustra la dificultad de transformar sentencias judiciales en cambios sociales concretos cuando existen barreras estructurales que impiden su implementación.

En este sentido, aunque las cortes y tribunales constitucionales tienen un papel importante en la protección de los DESC y en la promoción de transformaciones sociales, no pueden por sí solos resolver problemas estructurales como la pobreza y la desigualdad. Según Escudero, “la justiciabilidad de los derechos sociales no es suficiente

299 Jhoel Escudero Soliz, “Límites normativos y estructurales a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir en Ecuador,” *Estado & comunes* 10, no. 1 (2020): 95-116.

300 *Ibidem*, 119.

por sí sola para resolver problemas estructurales” y se requiere una intervención más amplia del Estado y la sociedad.³⁰¹

De todos modos, en países en los que la inestabilidad institucional es la regla, es deseable que las Cortes tengan un papel activo frente a problemas estructurales profundos. Ese papel, desde luego, debe implicar el diálogo con otros poderes del Estado y con la sociedad civil, como bien lo ha demostrado la Corte Constitucional de Colombia con la sentencia estructural nro. a T-025 de 2004, que favoreció mejoras en las políticas estatales frente a la población desplazada.³⁰²

Finalmente, las Cortes pueden luchar contra los problemas estructurales, no solo atendiendo las demandas de derechos sociales, sino comprometiéndose con la reforma del Estado patrimonial y clientelista en América Latina. Las Cortes pueden exigir mejoras en la carrera administrativa y en el servicio público que pueden tener un enorme impacto en la provisión de políticas que mejoren las condiciones estructurales.³⁰³

– *La Pertinencia de la Intervención de las Cortes y Tribunales Constitucionales en Cuestiones con Connotaciones Ideológicas o Políticas*

En el marco del debate sobre el papel de las Cortes Constitucionales, la respuesta a esta pregunta requiere un análisis detallado de los principios democráticos, la representación popular y la protección de los derechos fundamentales. Como señala Pierre Rosanvallon al analizar la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, las Cortes tienen el deber de representar no a la mayoría coyuntural, sino a un pueblo permanente, cuyos derechos están protegidos

301 Ibidem, 114.

302 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010).

303 Sebastián Mazzuca and Gerardo Munck, “A Middle-Quality Institutional Trap: Democracy and State Capacity in Latin America,” in *Democracy and State Capacity in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 10-15.

por la Constitución. Esto implica que las decisiones judiciales deben trascender los intereses políticos inmediatos para salvaguardar los derechos individuales y colectivos.

Los tribunales constitucionales tienen la función de representar a este pueblo permanente en el que cada individuo cuenta, ya que sus derechos están garantizados, mientras que el orden mayoritario a menudo toma decisiones influidas por los acontecimientos o por la preocupación de privilegiar intereses específicos. El poder de todos se define aquí como el poder de cualquier persona (es decir, de todos los individuos que tienen el derecho a tener protegidos sus derechos).³⁰⁴

Desde esta perspectiva, las Cortes tienen un papel crucial en la resolución de conflictos ideológicos que dividen a la sociedad, especialmente cuando los poderes representativos no logran reflejar la voluntad o los derechos de las mayorías. En el caso de Ecuador, por ejemplo, temas como el aborto o el matrimonio igualitario generan divisiones profundas. A pesar de que una mayoría social podría mostrarse a favor de estos temas, los órganos políticos, debido a intereses partidistas o presiones ideológicas, no siempre representan las ideas de las minorías o de mayorías poco activas. Esto refuerza la necesidad de que las Cortes actúen como garantes de derechos cuando las mayorías parlamentarias no cumplen ese papel.³⁰⁵

La intervención judicial en temas con connotaciones ideológicas es, por tanto, necesaria para garantizar que los derechos de las minorías no sean sometidos al “juego” de las mayorías, como sugiere Rosanvallon. Las Cortes deben actuar para proteger a aquellos grupos que, por su tamaño o por el contexto político, quedan excluidos de las decisiones legislativas. En esta línea, Ronald Dworkin plantea que las Cortes son esenciales en la defensa de los derechos fundamentales,

304 Pierre Rosanvallon, *La teoría política de la democracia en el siglo XXI*, Nueva Sociedad 269 (2022).

305 Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Repositorio institucional del organismo académico de la Comunidad Andina, 2012), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6114/1/Avila,%20R-CON-012-Los%20derechos.PDF>.

ya que, a menudo, estos no pueden ser completamente protegidos por procesos democráticos convencionales.³⁰⁶

Sin embargo, es fundamental que estas decisiones se tomen de manera prudente y reflexiva. La deliberación judicial no solo debe considerar los argumentos legales, sino también los impactos sociales y las sensibilidades políticas, siempre desde una posición de imparcialidad. Habermas argumenta que el proceso de legitimación judicial debe estar basado en un discurso inclusivo, donde todas las partes afectadas tengan la oportunidad de presentar sus puntos de vista y donde los tribunales actúen como mediadores en lugar de como actores políticos.³⁰⁷

Ejemplos como el caso *Obergefell v. Hodges* (2015) en la Corte Suprema de Estados Unidos, que reconoció el derecho al matrimonio igualitario, muestran el impacto transformador de las decisiones judiciales en temas con fuerte carga ideológica. Aunque la decisión fue celebrada por muchos como un avance en derechos civiles, otros sectores consideraron que la Corte excedió sus competencias, argumentando que temas de esta naturaleza deben ser decididos por los estados o el Congreso. Este tipo de reacciones pone en evidencia los riesgos a los que se enfrentan las Cortes cuando intervienen en asuntos políticamente divisivos.

En pocas palabras, es deseable que las Cortes constitucionales se pronuncien sobre cuestiones con connotaciones ideológicas o políticas cuando el objetivo es garantizar la protección de derechos fundamentales, especialmente de las minorías. Sin embargo, este rol debe ejercerse con cuidado, asegurando un equilibrio entre la defensa de los principios constitucionales y la legitimidad democrática. La capacidad de las Cortes para promover transformaciones sociales depende

306 Ronald Dworkin, "Los derechos como triunfos," en *Theories of Rights*, ed. Jeremy Waldron (Oxford: Oxford University Press, 1984), 153-167.

307 Jürgen Habermas, *Entre hechos y normas: contribuciones a una teoría del discurso del derecho y la democracia* (Cambridge: MIT Press, 1996).

en gran medida de su habilidad para generar consensos y evitar ser percibidas como actores partidistas.

Por otra parte, la judicialización es deseable solamente en contextos en los que se ha logrado la independencia judicial, principalmente porque en los países con fuerte debilidad institucionales, el activismo judicial puede incentivar a los actores políticos para controlar políticamente a los tribunales, generando un nuevo problema en la institucionalidad estatal que podríamos llamar “politización de la justicia”.³⁰⁸

Cuando los jueces se involucran en conflictos que deberían ser resueltos por los poderes ejecutivo o legislativo, los ciudadanos pueden comenzar a ver las decisiones judiciales como políticas en lugar de imparciales. En este contexto, “la judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar —en el mal sentido del término— los conflictos judiciales”.³⁰⁹ Esta politización puede socavar la legitimidad del poder judicial y comprometer su capacidad de actuar como árbitro neutral en el sistema democrático.

La introducción prematura de la judicialización de la política, al convertir a los tribunales en un nuevo espacio para disputas políticas, crea incentivos para que los gobiernos intervengan en el poder judicial. Según Couso, este fenómeno es especialmente problemático en democracias no consolidadas, donde la independencia judicial aún no está firmemente institucionalizada. En este contexto, alentar la judicialización puede llevar a un resultado contrario al deseado: en lugar de una mayor judicialización de la política, se corre el riesgo de politizar la justicia. Esto implica que, en lugar de preservar la imparcialidad judicial, los tribunales pueden verse expuestos a

308 Israel Celi, *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la Política o Politización de la Justicia?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017).

309 Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “¿Controlando la Excepcionalidad Permanente en Colombia? Una Defensa Prudente del Control Judicial de los Estados de Excepción,” en *Estados de Excepción y Democracia en América Latina* (Grenoble: Pressas Universitarias de Grenoble, 2005), 9-46.

presiones políticas directas, lo que debilita su función como garantías del Estado de derecho.³¹⁰

En conclusión, el neoconstitucionalismo y el activismo judicial plantean una nueva forma de entender la justicia en América Latina, donde los tribunales pueden actuar como motores de cambio social, especialmente en contextos de debilidad institucional. Sin embargo, esta influencia judicial también genera desafíos, como el riesgo de que los jueces asuman un rol desproporcionado que podría desbalancear la separación de poderes y politizar el sistema judicial. Si bien las cortes han sido clave en la protección de derechos fundamentales y en la atención de demandas sociales desatendidas, es crucial encontrar un equilibrio entre su función de garante de derechos y el respeto a los procesos democráticos representativos. Solo así se podrá asegurar un Estado de derecho robusto, que responda tanto a las necesidades sociales como a los principios fundamentales de la democracia.

– *La Legitimidad y Conveniencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales en la Promoción de Transformaciones y Reivindicaciones Sociales No Atendidas por los Otros Poderes del Estado*

Es claro que las reivindicaciones sociales que no representan los intereses mayoritarios o que contrarían las tradiciones conservadoras, no suelen recibir atención en los órganos representativos tradicionales. De ahí que numerosos movimientos sociales y actores colectivos hayan recurrido a las Cortes y Tribunales para hacer escuchar su voz.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental en la respuesta a las reivindicaciones sociales de las minorías, emitiendo fallos de gran relevancia que han marcado un avance en la protección de los derechos humanos. Un ejemplo claro de esto es la Sentencia No. 1-18-CN/19, donde la Corte reconoció el matrimonio igualitario, lo que significó un paso decisivo

310 Javier Couso, *La Judicialización de la Política en América Latina: Desafíos y Riesgos* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2004).

en la garantía de los derechos de la comunidad LGBTIQ+. Este fallo rompió con décadas de exclusión legal y social, asegurando que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

De igual manera, la Sentencia 67-23-IN/24 sobre la eutanasia, aunque más reciente, representa un avance significativo en el reconocimiento del derecho a una muerte digna. La Corte, al aceptar que el derecho a decidir sobre el propio cuerpo incluye el derecho a la eutanasia, ha reafirmado su compromiso con la dignidad humana y la autodeterminación. Asimismo, en la Sentencia 34-19-IN/21, la Corte avanzó en la despenalización parcial del aborto, abordando un tema de profundo conflicto social y legal. En este fallo, se reconoció el derecho de las mujeres a acceder a servicios de aborto seguro en casos específicos, subrayando la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Estos fallos evidencian que la Corte Constitucional ha tenido un papel activo y positivo en la promoción de transformaciones sociales y en la protección de los derechos de las minorías, lo que refleja un accionar judicial comprometido con la justicia social.

Por otra parte, en contextos como el latinoamericano o el ecuatoriano en particular, la participación democrática no se agota con la delegación electoral. Los ciudadanos organizados exigen de los representantes una rendición permanente de cuentas, especialmente cuando las decisiones tomadas por presidentes con ribetes autoritarios, afectan a las grandes mayorías. De ahí que la protesta sea una forma de expresión social altamente efectiva a la hora de plantear reivindicaciones sociales.

En este contexto, es crucial que las Cortes aseguren la apertura política necesaria para que la protesta se desenvuelva de manera pacífica. El reconocimiento formal de los derechos civiles y políticos,

junto con el control constitucional, crean espacios idóneos para que los movimientos sociales ejerzan su derecho a la protesta.³¹¹

El control constitucional, como se observa en la jurisprudencia de países como Colombia y Ecuador, puede ser un medio para proteger los derechos de los manifestantes y evitar que los poderes ejecutivos o militares actúen de manera represiva. En el caso de Ecuador, la Corte Constitucional ha jugado un papel ambiguo, realizando un control “retórico” sobre las decisiones del Estado en situaciones de protesta, pero sin llegar a declarar inconstitucionales ciertos decretos que habilitaron la represión. Este tipo de control, aunque limitado, aún puede considerarse un avance dentro del marco de apertura política que favorece la protesta.³¹²

Empero, depositar en los tribunales de justicia la responsabilidad principal de atender las demandas sociales no es la estrategia más adecuada si lo que se pretende es fortalecer la democracia representativa y preservar la vitalidad de la lucha social en defensa de los derechos fundamentales. Estos derechos, según Uprimny³¹³, deben estar asegurados principalmente a través de políticas públicas basadas en el principio de legalidad y no depender exclusivamente de decisiones judiciales. La judicialización de la política, es decir, llevar disputas políticas a los tribunales, puede retrasar los cambios institucionales necesarios y desincentivar el compromiso de los actores políticos, quienes deberían enfrentar estos problemas desde el ámbito político y no transferirlos a los jueces.

Como demuestra la experiencia colombiana, la judicialización excesiva no sólo erosiona la capacidad de la política para resolver problemas estructurales, sino que también debilita la función representativa

311 Israel P. Celi y María A. Jirón Encalada, “Protestas, Apertura Política y Control Constitucional en América Latina y Ecuador,” en *Comentarios sobre la justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Rodrigo Pascual Luna (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2022), 211.

312 Ibidem, 215.

313 Rodrigo Uprimny, *La Judicialización de la Política en Colombia: Desafíos y Riesgos* (Bogotá: Editorial Siglo del Hombre, 2008).

de los actores electos, quienes optan por evitar el conflicto político y trasladar la carga de las decisiones a los tribunales. En este sentido, Uprimny advierte que confiar en los tribunales para promover transformaciones sociales profundas puede obstaculizar los cambios que deberían ser gestionados mediante procesos políticos participativos.³¹⁴

Conclusiones

Aunque las cortes y tribunales constitucionales desempeñan un papel fundamental en la protección de derechos sociales y la promoción de cambios estructurales, su intervención, por sí sola, no es suficiente para resolver problemas profundos como la pobreza y la desigualdad. Si bien pueden emitir sentencias orientadas a fomentar la justicia social y garantizar derechos fundamentales, existen barreras estructurales, como la debilidad estatal y la ineficacia en la implementación de políticas públicas, que impiden que dichas decisiones se traduzcan en soluciones tangibles. En este sentido, el impacto de las decisiones judiciales se ve limitado por la realidad política y social de los países de la región.

La judicialización de la política, como en contextos de ineficacia estatal, ha demostrado ser valiosa en algunos casos de América Latina, donde las cortes constitucionales activadas, como la colombiana, han influido de manera significativa en la política pública. Sin embargo, estas intervenciones deben estar acompañadas de un diálogo constructivo y colaborativo con los demás poderes del Estado y con la sociedad civil. Solo así las cortes podrán contribuir al fortalecimiento institucional y a la mejora de la capacidad estatal para atender problemas estructurales. No obstante, la labor judicial no puede, ni debe, sustituir la acción coordinada y sostenida de los poderes Ejecutivo y Legislativo, ya que la superación de los desafíos estructurales requiere de un enfoque integral que involucre a todo el aparato estatal ya la sociedad en su conjunto.

314 Ibidem, 120.

Es deseable que las cortes y tribunales constitucionales se pronuncien sobre cuestiones con connotaciones ideológicas o políticas cuando el objetivo principal sea la protección de derechos fundamentales, en especial aquellos de minorías que pueden ser marginados por mayorías coyunturales o intereses políticos. Estos tribunales deben actuar como defensores de los principios constitucionales, asegurando que los derechos individuales no se vean subordinados a los vaivenes de la política o al dominio de las mayorías. Sin embargo, su intervención debe ser prudente y reflexiva, garantizando que las decisiones judiciales sean percibidas como imparciales, y no como guiadas por motivaciones políticas. El riesgo de la “politización de la justicia” es real, sobre todo en contextos donde la independencia judicial está en proceso de consolidación, lo cual podría deslegitimar a los tribunales y socavar la separación de poderes.

El equilibrio es fundamental: los tribunales deben promover transformaciones sociales y proteger derechos, pero sin exceder sus competencias ni invadir la esfera de los poderes Ejecutivo o Legislativo. Sólo a través de un rol moderado, respaldado por la legitimidad democrática y el respeto al proceso deliberativo, las cortes podrán actuar de manera eficaz como garantías de los derechos y principios constitucionales, evitando caer en una politización que comprometa su neutralidad y su función dentro del Estado de derecho.

Finalmente, aunque es aceptable y conveniente que las cortes y tribunales constitucionales promuevan transformaciones sociales que otros poderes del Estado no abordan, esta labor debe ser complementaria, no sustitutiva de la acción política y legislativa. Las decisiones judiciales juegan un papel crucial en la protección de derechos de minorías y en el avance de reivindicaciones sociales que el sistema político, a menudo dominado por mayorías conservadoras o intereses partidistas, no logra atender. Ejemplos como el matrimonio igualitario, la eutanasia o la despenalización parcial del aborto en Ecuador ilustran el impacto positivo de la intervención judicial en la promoción de justicia social. Sin embargo, depositar exclusivamente en los tribunales la responsabilidad de atender estas demandas sociales puede debilitar la democracia representativa y desincentivar a

los actores políticos de asumir su rol en la resolución de problemas estructurales. La judicialización excesiva puede erosionar el proceso político, retrasar reformas institucionales necesarias y generar una dependencia excesiva de las decisiones judiciales. Por lo tanto, aunque los tribunales tienen un papel vital en la protección de derechos fundamentales, es imperativo que el diálogo democrático y la formulación de políticas públicas continúen siendo los principales medios para lograr estas transformaciones.

Bibliografía

- Acemoglu, Daron, y James A. Robinson. 2019. *El corredor estrecho: Estados, sociedades y el destino de la libertad*. Nueva York: Penguin.
- Ávila, Ramiro. 2012. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Repositorio institucional del organismo académico de la Comunidad Andina, CAN. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6114/1/Avila,%20R-CON-012-Los%20derechos.PDF>.
- Celi, Israel. 2017. *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la Política o Politización de la Justicia?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Celi, Israel P., y María A. Jirón Encalada. 2022. "Protestas, Apertura Política y Control Constitucional en América Latina y Ecuador". En *Comentarios sobre la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Rodrigo Pascual Luna, 205-222. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2019. Sentencia No. 1-18-CN/19. Reconocimiento del matrimonio igualitario. 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2021. Sentencia No. 34-19-IN/21. Despenalización parcial del aborto. 28 de abril de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2024. Sentencia No. 67-23-IN/24. Reconocimiento del derecho a la eutanasia. 15 de marzo de 2024.
- Couso, Javier. 2004. *La Judicialización de la Política en América Latina: Desafíos y Riesgos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Dworkin, Ronald. 1984. "Los derechos como triunfos". En *Theories of Rights*, editado por Jeremy Waldron, 153-167. Oxford: Oxford University Press.
- Escudero Soliz, Juan. 2020. "Límites Normativos y Estructurales a la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Derechos del Buen Vivir en Ecuador". *Estado & Comunidades* 10 (1): 95-116.
- García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny. 2005. "¿Controlando la Excepcionalidad Permanente en Colombia? Una Defensa Prudente del Control Judicial de los Estados de Excepción." En

- Estados de Excepción y Democracia en América Latina*, 9-46. Grenoble: Prensas Universitarias de Grenoble.
- Habermas, Jürgen. 1996. *Entre hechos y normas: contribuciones a una teoría del discurso del derecho y la democracia*. Cambridge: MIT Press.
- Mazzuca, Sebastián, y Gerardo Munck . 2021. “Una trampa institucional de calidad media: democracia y capacidad estatal en América Latina”. En *Democracy and State Capacity in Latin America*, 1-23. Cambridge: Cambridge University Press <https://doi.org/10.1017/9781108878449> .
- Obergefell contra Hodges. 2015. 576 US 644.
- Ortíz Ortíz, Ramiro. 2018. “Los Problemas Estructurales de la Constitución Ecuatoriana de 2008 y el Hiperpresidencialismo Autoritario”. *Estudios Constitucionales* 16 (2): 527-566. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527> .
- Reid, Michael . 2007. *Continente olvidado: la batalla por el alma de América Latina* New Haven : Yale University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1npqv7> .
- Rodríguez-Garavito, César. 2011. “Más allá de los tribunales: el impacto del activismo judicial en los derechos socioeconómicos en América Latina”. *Texas Law Review* 89: 1669-1698.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2010. *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia* . Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rosanvallon, Pierre. 2022. *La teoría política de la democracia en el siglo XXI* . Nueva Sociedad 269. https://static.nuso.org/media/articles/downloads/ES_Rosanvallon_269.pdf .
- Uprimny, Rodrigo. 2008. *La Judicialización de la Política en Colombia: Desafíos y Riesgos*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre.
- Yashar, Deborah J. 2018. *Ecologías homicidas: economías ilícitas y Estados cómplices en América Latina*. Cambridge: Cambridge University Press.

OI-1034-04-12-2024-PR

El libro examina el derecho penal y constitucional como pilares del sistema jurídico ecuatoriano, explorando su evolución histórica y desafíos contemporáneos. Destaca cómo estos marcos normativos responden a las tensiones entre las necesidades de justicia y las dinámicas sociales. Enfatiza que el derecho no es estático, sino un reflejo en constante transformación de los valores y prioridades de la sociedad. Los autores exponen la importancia de la actualización constante en este ámbito para abordar adecuadamente los problemas legales modernos.

Entre los temas tratados están la acción de protección como herramienta clave para la tutela de derechos constitucionales y la suspensión condicional de penas como alternativa a la privación de libertad.

Este trabajo constituye un aporte significativo para estudiantes, profesionales y académicos interesados en las intersecciones del derecho penal y constitucional, proponiendo soluciones a los retos legales más urgentes de la actualidad.



UIO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160
Apartado 172100186

GYE WhatsApp: 099 274 7594

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

P.V.P. USD 10.00

ISBN: 978-9942-10-914-9



9789942109149