



DERECHOS Y LIBERTADES

Breves comentarios a propósito
de los 15 años de la Constitución
de la República del Ecuador

Jacqueline Guerrero Carrera / Alba Guevara Bárcenas
COORDINADORAS ACADÉMICAS (UIDE)

Autoras UIDE

*María F. Bastidas Pérez - Astrid Cabrera Triviño - Jacqueline Guerrero Carrera -
Alba Guevara Bárcenas - Katherine Jinez Proaño - Verónica Morales Ramos -
Katerine Muñoz Subía - Karen Paillacho Llamatumbi - Taiz Ripalda Quirola -
María Isabel Zurita Ramírez*

Contribuciones especiales

Diana Atamaint Wamputsar - Ivonne Coloma Peralta - Andrea Madrid Tamayo

DERECHOS Y LIBERTADES

Breves comentarios a propósito de los 15 años
de la Constitución de la República del Ecuador



DERECHOS Y LIBERTADES

Breves comentarios a propósito de los 15 años
de la Constitución de la República del Ecuador

Jacqueline Guerrero Carrera
Alba Guevara Bárcenas
COORDINADORAS ACADÉMICAS (UIDE)

María Bastidas Pérez - Astrid Cabrera Triviño -
Jacqueline Guerrero Carrera - Alba Guevara Bárcenas -
Katherin Jinez Proaño - Verónica Morales Ramos -
Katerine Muñoz Subía - Karen Paillacho Llamatumbi -
Taiz Ripalda Quirola - María Zurita Ramírez
Autoras UIDE

Diana Atamaint Wamputsar - Ivonne Coloma Peralta -
Andrea Madrid Tamayo
Contribuciones especiales

2023

Derechos y Libertades. Breves comentarios a propósito de los 15 años de la Constitución de la República del Ecuador

ISBN: 978-9942-8838-3-4 / 978-9942-8838-4-1

Consejo Nacional Electoral

Diana Atamaint Wamputsar
Presidenta

Enrique Pita
Vicepresidente

José Cabrera Zurita
Consejero

Esthela Acero
Consejera

Elena Nájera
Consejera

Instituto de la Democracia

Ximena Baño Narváez
Directora Ejecutiva

Luis Andrango
Director de Investigación y Publicaciones

Julio Peña
Director de Promoción

Coordinadoras académicas (UIDE)

Jacqueline Guerrero Carrera
Alba Guevara Bárcenas

Diseño y diagramación: *Martha Vinuesa M.*

© Derechos reservados Instituto de la Democracia



2023 Instituto de la Democracia

Av. 6 de Diciembre N33-55 y Av. Eloy Alfaro

Edif. Torre Blanca – Piso 9

Tel.: (593) – (02) 394 8500 / (02) 394 8509

Quito - Ecuador | 2023

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autoras y no representan, necesariamente, el criterio del Instituto de la Democracia o de la Universidad Internacional del Ecuador.

ÍNDICE

Presentación general de la obra.....	7
Prólogo	
<i>José Suing Nagua</i>	13

PARTE I

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

El camino de la institucionalidad electoral para alcanzar la democracia paritaria. En la norma y en la práctica	
<i>Diana Atamaint Wamputsar</i>	19
Decisiones judiciales en los casos de violencia política de género	
<i>Ivonne Coloma Peralta / Natalia Cantos Romoleroux</i>	31
El reconocimiento de las diversidades. En el ejercicio de una democracia efectiva de pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de 2008	
<i>Andrea Madrid Tamayo</i>	49

PARTE II

PARTE GENERAL

El derecho constitucional a la participación ciudadana. Realización en la sociedad actual	
<i>Jacqueline Guerrero Carrera</i>	67
Las normas internacionales de trabajo. Herramientas para eliminar la brecha laboral de género	
<i>Alba Guevara Bárcenas</i>	97
Rendición de cuentas ¿Una vía para garantizar el principio del interés superior del niño?	
<i>Katherine Jinez Proaño / María Fernanda Bastidas Pérez</i>	115
Los principios del Derecho del Trabajo en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia	
<i>Katerine Muñoz Subía</i>	141

Acceso a la información pública. Implementación del Acuerdo de Escazú en el Ecuador, a tres años de su ratificación <i>Karen Paillacho Llamatumbi / Verónica Morales Ramos</i>	163
Apreciación del intercambio electrónico de imágenes íntimas en la justicia constitucional ecuatoriana <i>Taíz Ripalda Quirola / Jacqueline Guerrero Carrera</i>	183
El derecho a la igualdad y no discriminación y la corresponsabilidad parental. Análisis de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna <i>María Isabel Zurita Ramírez / Astrid A. Cabrera Triviño</i>	209
Apéndice	239

PRESENTACIÓN GENERAL DE LA OBRA

El presente libro es resultado de un esfuerzo colectivo entre el Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción –Instituto de la Democracia– entidad adscrita al Consejo Nacional Electoral y la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE). Esta articulación interinstitucional busca generar espacios de reflexión académica que permitan avanzar hacia la consolidación de un Estado democrático, participativo, igualitario, de justicia social, en el que se respeten las diversidades y se promueva el fortalecimiento de la democracia plena.

Por un lado, la Dirección de Investigación y Publicaciones del Instituto de la Democracia realiza estudios y proyectos interinstitucionales con fines investigativos y académicos para generar reflexiones desde una perspectiva crítica e interdisciplinaria, considerando las circunstancias históricas y las necesidades específicas del país en diferentes momentos que permitan profundizar análisis enfocados en el fortalecimiento del régimen democrático en Ecuador.

Parte de este trabajo, es observar a la ciudadanía como un espacio en donde emergen organizaciones de diferente tipo y se construyen diferentes miradas sobre lo político y la democracia; para ello, se analiza el punto de vista de las y los actores sociales, la reconstrucción de imaginarios y la configuración de los espacios en los que tienen lugar diferentes formas de participación en democracia: partidos, asociaciones, barrios, grupos de interés, entre otros. Desde ahí se reflexiona sobre las vivencias cotidianas de la ciudadanía, organizaciones políticas y colectivos sociales para comprender sus formas de participación e interacción en el contexto del sistema democrático; esto, en el entendimiento de que las acciones colectivas encaminadas hacia la participación política y el tipo de interacción con el Estado, son eslabones claves en la mejora de la calidad de la democracia; esto motivó el interés por reflexionar sobre los quince años de vigencia de la Constitución 2008 y los aportes que desde el texto constitucional han contribuido a la democracia en el país.

Por otro lado, en el espacio universitario de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador siempre ha estado presente la necesidad de fomentar y promover la investigación de sus docentes. Pero, la idea de reunir el trabajo de docentes y estudiantes mujeres, más allá del enfoque de género, motivó debates y conversaciones; y, se convirtió en un reto. La obra que el lector tiene en sus manos materializa el anhelo de visibilizar el trabajo investigativo de mujeres, con la impronta UIDE.

El libro reúne contribuciones en torno a los derechos y libertades consagradas en la Constitución de la República; y, aspira a ser el punto de partida de un necesario y permanente trabajo en esta línea. Esto, en el marco del décimo quinto aniversario de la vigencia de la Carta Magna, que compromete a la academia a generar espacios de reflexión en torno a los derechos fundamentales. Y, precisamente, este es el hilo conductor de los trabajos que se presentan y que corresponden al aporte de seis profesoras de la Escuela de Derecho de la UIDE; cuatro como autoras individuales y tres en coautoría con estudiantes que han desarrollado su trabajo de investigación, previa la obtención del título de abogadas y evidencian el trabajo reflexivo y crítico que se realiza desde las aulas universitarias.

La parte introductoria de la obra contiene dos contribuciones especiales aportadas desde la Función Electoral, que reflejan el trabajo colaborativo de la academia con las funciones del Estado. La Presidenta del Consejo Nacional Electoral, magister Diana Atamaint Wamputsar, aborda la problemática de la participación democrática y efectiva de las mujeres en contraste a la falta de paridad y violencia política a las que se enfrentan. Describe el rol que ha cumplido el Consejo Nacional Electoral, desde el año 2019 hasta el 2023, para articular a diversas mujeres en el país y a través de ello, generar cambios normativos sustanciales asegurando la participación política y paritaria, de modo que en el año 2021 fue obligatorio que el 15 % de las listas estuvieran encabezadas por mujeres, mientras que para el 2023, la Ley Orgánica Electoral Código de la Democracia Art. 99, dispuso el 30 % y actualmente, para los comicios anticipados del 2023, se tendrá la paridad total del 50 % y la participación de binomios paritarios en Ecuador. También destaca la inclusión del 25 % de jóvenes en las listas de las organizaciones políticas, permitiendo con ello un necesario relevo generacional de la política e igualdad de oportunidades a aquellas nuevas generaciones de hombres y mujeres dispuestos a involucrar-

se en el quehacer democrático-político. No obstante, de los avances citados, no deja de evidenciar la persistencia de prácticas y acciones en los entornos del sistema político electoral que profundizan la discriminación por la identificación sexo-genérica como mujer, así como por la pertenencia a pueblos y nacionalidades; manifestaciones sexistas y racistas que continúan enraizadas en determinadas estructuras políticas del país (Atamaint, 2023).

Por su parte, Ivonne Coloma Peralta y Natalia Cantos Romoleroux, abordan una temática que actualmente se encuentra en desarrollo, cuál es la violencia política de género, destacando los principales hitos en lo que a justicia electoral se refiere, plantea la necesidad de que el Tribunal Contencioso Electoral profundice a través de sus sentencias en los puntos críticos tanto de su configuración, así como de su sanción, a la vez que ponen de relieve la regla jurisprudencial emitida en cuanto a la reversión de la carga de la prueba en este tipo de infracciones (Coloma & Cantos, 2023).

En este contexto, Andrea Madrid Tamayo reflexiona justamente sobre la importancia de la inclusión del reconocimiento a los diversos pueblos y nacionalidades indígenas como un elemento que, al igual que la paridad de género, genera cambios normativos importantes y contribuyen a mejorar la participación política. Para ello se reflexiona sobre el art. 1 de la Constitución de 2008 que define al país como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; se plantea que el reconocimiento de la diversidad y de las identidades culturales es esencial para el ejercicio de una democracia efectiva.

En la parte general de la obra, Jacqueline Guerrero Carrera se enfoca en la participación ciudadana como un derecho fundamental y elemento consustancial de la democracia, cuyo mayor desafío es el ejercicio efectivo. Esto, en la nueva realidad del espacio político virtual, que emerge en la sociedad red, implica repensar la participación ciudadana, a partir de su relación con las TIC. Este análisis se desarrolla desde una aproximación conceptual de la participación ciudadana, para luego abordar el importante tema de la participación ciudadana electrónica, finalizando con algunas reflexiones sobre los retos que conlleva el ejercicio de nuevas formas de participación en la sociedad actual.

En el ámbito de los derechos del trabajo, Alba Guevara Bárcenas, explica que la Organización Internacional del Trabajo, desde su creación, ha logrado

avances significativos a fin de que los Estados miembros de las Naciones Unidas ratifiquen los convenios adoptados y observen las recomendaciones formuladas para procurar mejores condiciones laborales para las personas trabajadoras. Pero, uno de los problemas que más distorsiona los índices de empleabilidad y estabilidad en el trabajo es la inobservancia de principios básicos tales como la igualdad y no discriminación laboral, lo cual ha traído como consecuencia que las personas con responsabilidades familiares se vean expuestas a sistemáticas vulneraciones a sus derechos fundamentales. Así, la mujer en su rol de trabajadora tiene resistencias en la armonización entre maternidad, lactancia y trabajo fuera del hogar, por ello, la autora aborda estas problemáticas y analiza de qué manera las Normas Internacionales de Trabajo pueden aplicarse en los ordenamientos jurídicos nacionales para garantizar un acceso efectivo a los derechos laborales. Además, toma como referencia algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, en especial la No. 3-19-JP/20 en la que se desarrolló el derecho de cuidado (Guevara, 2023).

También en relación con los derechos del trabajo, Katerine Muñoz Subía explica que el Ecuador, como un Estado constitucional de derechos y justicia, desde la aprobación de la Constitución, ha evidenciado la positivización de los derechos humanos en la Ley Fundamental, y en relación con esta nueva realidad, el ordenamiento jurídico ha buscado ajustarse a sí mismo, lo que ha desembocado en la aplicación de principios con el fin de proteger los derechos laborales. Además, se busca la validez de la norma jurídica, no solo desde el punto de vista de su formación, sino también en su coherencia con el texto constitucional, para lograr de forma más efectiva el amparo de tales derechos. El trabajo describe algunas figuras conceptuales, para con base en ellas desarrollar un análisis de la importancia de los principios y destacar conclusiones reflexivas sobre la importancia de los principios acotados. En este sentido el análisis se centra en realizar una aproximación al concepto general de principios desde un punto de vista filosófico, su concepción según Ronald Dworkin y la determinación de los principios del Derecho del Trabajo en el Ecuador (Muñoz, 2023).

En la parte de trabajos de coautoría, en primer lugar, Katherine Jinez Proaño, bajo supervisión de María Fernanda Bastidas Pérez, aborda la figura de rendición de cuentas en el Código de la Niñez y Adolescencia, como un modo de garantizar el principio del interés superior del niño; tema que ha sido

objeto de mucha crítica y debate. El trabajo, a través de un estudio cualitativo, muestra la necesidad de evaluar y dar seguimiento al debido cumplimiento de este principio y se cuestiona si en el Ecuador la normativa y políticas implementadas en materia de niñez y adolescencia son suficientes para dar cumplimiento a lo establecido en las observaciones generales emitidas por la Organización de las Naciones Unidas, así como la normativa especial. Al final del trabajo se establecen los criterios a través de los cuales se pueda garantizar de forma efectiva el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes (Jinez & Bastidas, 2023).

En el contexto del derecho de acceso a la información pública Karen Paillacho Llamatumbi, bajo supervisión de Verónica Morales Ramos, analiza la implementación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, “Acuerdo Escazú”, cuyo objetivo es garantizar el derecho al acceso a la información pública en materia ambiental que se encuentre en poder, control o custodia de las autoridades competentes, bajo el principio de máxima publicidad y el principio de transparencia. Las autoras ponen a discusión si los órganos competentes han dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo de Escazú y si en el Estado ecuatoriano se han tomado medidas significativas para implementar el acceso a la información pública en temas ambientales. Concluyen que aún existen desafíos que deben abordarse para garantizar una gestión ambiental transparente y efectiva, por lo que la cooperación entre los gobiernos y la sociedad civil será crucial para avanzar hacia un desarrollo sostenible en la región (Paillacho & Morales, 2023).

Taíz Ripalda Quirola, bajo supervisión de Jacqueline Guerrero Carrera, se enfoca en la vulneración de varios derechos fundamentales, como la protección de datos de carácter personal y autodeterminación informativa, honra y buen nombre, intimidad e imagen del titular, en los casos de difusión no autorizada de imágenes íntimas. Con este propósito analiza los supuestos fácticos e interpretativos de la Sentencia 2064-14-EP/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, el 27 de enero de 2021. Específicamente, el estudio debate el alcance del consentimiento dado por el titular de imágenes íntimas que son compartidas con un tercero, en el sentido de que tal autorización únicamente habilita al destinatario a visualizar el contenido, pero no a compartir

ni a realizar ninguna actividad que implique tratamiento de datos personales (Ripalda & Guerrero, 2023).

Finalmente, María Isabel Zurita Ramírez y Astrid Cabrera Triviño, abordan el derecho a la igualdad y no discriminación y la corresponsabilidad parental, a la luz de la sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, que declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Las normas impugnadas determinaban que la tenencia de las niñas y niños que no hubieran cumplido los doce años de edad debía confiarse a la madre excepto si se demostraba que era perjudicial para el ejercicio de sus derechos. Tal preferencia materna también se aplicaba cuando las hijas e hijos hubieran cumplido los 12 años frente al evento de que ambos progenitores cuenten con igualdad de condiciones. La decisión de la Corte Constitucional fue ampliamente debatida por distintos sectores de la sociedad. Principalmente, existieron dos posturas; quienes consideraban que la sentencia constituía un importante avance para garantizar el derecho a la igualdad y erradicar roles de género, frente a lo cual se analiza la concepción del derecho a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana a la luz del análisis dinámico de precedente, y quienes sostenían que la violencia vicaria en perjuicio de las mujeres incrementaría (Zurita & Cabrera, 2023).

Además del compromiso y dedicación de las autoras, la presente publicación ha sido posible gracias a la articulación interinstitucional entre el Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Política Electoral (Instituto de la Democracia) y la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE). Este proyecto resulta del Convenio de Cooperación Interinstitucional UIDE-IDD, que entre sus objetivos establece el fomento y promoción de la investigación de docentes, estudiantes y los equipos de investigación de ambas entidades.

Jacqueline Guerrero Carrera
Alba Guevara Bárcenas
COORDINADORAS ACADÉMICAS
UIDE

Ximena Baño Narváez
Luis Alberto Andrango Cadena
DIRECTORES IDD

PRÓLOGO

Quince años han pasado desde que entró en vigencia la Constitución de Montecristi, la más democrática de los últimos tiempos, al haber sido refrendada por la población mediante referéndum aprobatorio; quizás como una apreciación somera se puede decir que ha superado el promedio de vigencia de las cartas políticas que ha tenido el país, aunque con más de una enmienda, con muchos intentos por adecuarla a los intereses de los gobernantes de turno, incluida la totalidad de ella misma, pese a los que tiene, que sin duda obedeció al proyecto político del gobierno que impulsó la instalación de la Asamblea Constituyente de plenos poderes¹, cuyos “mandatos constituyentes” aun generan efectos en el ordenamiento jurídico del país.

Mucho se puede decir de su contenido, de sus extensos, repetitivos y reglamentarios artículos, su balance tiene y tendrá diferentes lecturas, en función de quién y qué enfoque le dé a su análisis. En la evaluación de los efectos producidos no puede haber una posición neutral y así como se puede rescatar aspectos positivos, principalmente en el tema de derechos, potente, amplio e innovador, como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, también hay otros efectos que evidencian la debilidad de los contenidos o lo coyuntural de sus disposiciones, que en más de un caso, ha servido para satisfacer apetencias personales, en lugar de privilegiar y fortalecer la institucionalidad pública.

Los elementos positivos, en la perspectiva de derechos precisamente, muchos de los cuales no han pasado de su enunciado y reconocimiento expreso, pues en una postura favorable, es preferible tenerlos reconocidos, aunque

1 Esto evoca las palabras de Eliseo Aja, en la Introducción al concepto actual de constitución, en la obra de Ferdinand Lassalle ¿Qué es una Constitución?: “La pregunta de Lassalle carece de una respuesta general; es preciso concretar en qué país y en qué periodo histórico; e incluso, la posición política y doctrinal de quien contesta”. Ariel Derecho, segunda edición, febrero 2002, Barcelona.

su ejercicio y reconocimiento se posterguen por las condiciones económicas o políticas. Sin embargo, es necesario señalarlo, hay contenidos que fueron utilizados para otros fines diferentes a lo que procuraba el texto constitucional. El análisis de los efectos de tales usos, en extenso y alejado de agendas coyunturales, es una necesidad, si se quiere trabajar con responsabilidad en propuestas de reformas que, fruto de esa evaluación, resulten necesarias.

Dos contenidos sobre los que aportó unas breves apreciaciones, lo territorial y lo institucional.

En lo territorial, pese al esfuerzo que significó incluir un catálogo de competencias exclusivas por niveles de gobierno, con imprecisiones y repeticiones que no ayudaron en el propósito de dar claridad a su asignación, se ha dejado de lado su complemento, el proceso de descentralización, por desinterés o apatía de autoridades nacionales y locales, que avanzando en su ejecución, bien podría contribuir a la redistribución de la riqueza, que tanta falta hace, especialmente en territorios de menor desarrollo, donde las deficiencias de los servicios públicos y las necesidades de infraestructura son una constante.

Las propuestas territoriales que se incorporaron en la Constitución como gran novedad, regiones autónomas y distritos metropolitanos, tienen suertes distintas, que avizoran la necesidad de introducir cambios para evitar que queden como letra muerta. Las regiones autónomas por ejemplo no se han constituido, ni parece que lo harán, lo cual impedirá dar paso a su institucionalidad, el gobierno autónomo descentralizado regional, que cuenta con competencias exclusivas (artículo 263) y previsión de asignación de recursos (en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD).

La concreción de los distritos metropolitanos autónomos (artículo 247) de las ciudades de más de un millón de habitantes tampoco ha concluido, pese al relativo esfuerzo desplegado por algunos alcaldes, en el caso de Quito (al menos tres proyectos de estatutos, el instrumento normativo que falta) no han concluido el proceso. En el caso de Guayaquil, jamás le interesó el modelo a sus autoridades, por lo que salvo una iniciativa aislada promovida por algunos militantes del movimiento de gobierno de ese entonces (2010), oficialmente el proceso no se inició. Los actuales alcaldes de Quito y Guayaquil, militantes del movimiento que auspició el cambio constitucional, deberían impulsar tales procesos, pues,

en teoría, algunos elementos que contempla este modelo de régimen especial, podrían contribuir a mejorar la gobernabilidad de estas ciudades.

En lo institucional, el caso más relevante es la función de control social y transparencia y dentro de ella el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuyos integrantes son elegidos por votación popular, con una reducida votación,² organismo que no ha logrado justificar ni consolidar su rol, salvo evidenciar que puede ser un instrumento utilizado a conveniencia para designar autoridades afines al gobierno de turno, profundizando la politización de autoridades claves en la estructura estatal, como los organismos de control, fiscalía, consejo de la judicatura, entre los más relevantes.

En la misma línea, las modificaciones a la función judicial tampoco han significado una solución ni ha desterrado la politización, por el contrario, se han profundizado más los problemas ya tradicionales como la acumulación de causas o la ineficiencia en determinados procesos que caotizan más los precarios servicios. Salvo procesos aislados y puntuales de evaluación, con fines de remoción, en la Corte Nacional, los demás niveles judiciales no han sido evaluados, se han agotado los bancos de elegibles y el órgano de gobierno extiende las normas para cubrir temporalmente las plazas vacantes. Igual sucede con los servicios auxiliares, como los notariales, muchos de los cuales acumulan algunos periodos de prórrogas, sin que haya una propuesta concreta de evaluación y renovación, con lo que los tiempos de ejercicio quedan en letra muerta. Similares problemas se evidencian en la Fiscalía y en la Defensoría Pública. Con ese panorama sombrío, posiblemente sea necesario en una reforma que modifique la estructura del órgano administrativo, para reducir las tensiones entre los principales órganos de la función judicial, que han sido las constantes.

En el contexto de lo señalado de forma breve, resulta edificante que un grupo de mujeres, profesionales y estudiantes, de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador, con el apoyo del Instituto de la Democracia, lleven adelante la edificante tarea de exponer sus puntos de vista sobre temas específicos que atañen principalmente a los derechos y a la pers-

2 Es decidor que en el último proceso electoral el candidato que mayor votación alcanzó fue del 17,32 % y los restantes tuvieron un resultado del 8 % y menos (Fuente: Consejo Nacional Electoral, 2023).

pectiva de género, contenidos que seguramente tendrá un balance positivo en la comunidad académica. La obra está integrada por artículos que abordan: el camino de la institucionalidad electoral (Atamaint Diana); las decisiones judiciales en los casos de violencia política de género (Coloma Ivonne); el reconocimiento de las diversidades en el ejercicio de una democracia efectiva en el contexto de pueblos y nacionalidades indígenas (Madrid Andrea); el derecho de participación ciudadana y su realización en la sociedad actual (Guerrero Jacqueline); las normas internacionales del trabajo como herramientas para eliminar la brecha laboral de género (Guevara Alba); rendición de cuentas: una vía para garantizar el interés superior del niño? (Jinez Katherine/Bastidas María Fernanda); principios del derecho del trabajo en el Estado Constitucional de derechos y justicia (Muñoz Katerine); implementación del Acuerdo de Escazú: acceso a la información pública (Paillacho Karen/Morales Verónica); valoración del intercambio electrónico de imágenes íntimas en la justicia constitucional ecuatoriana (Ripalda Taiz/ Guerrero Jacqueline); y, la corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad y no discriminación (Zurita María Isabel/Cabrera Astrid) son sin duda tópicos de actualidad que dan cuenta de la incidencia de la Carta Suprema, que estamos seguros ampliarán el interés de estudiantes y profesionales del derecho, las ciencias sociales, humanas y políticas, y en general de la ciudadanía ávida de conocimiento crítico, reflexivo y científico.

Sin duda los ensayos recogidos en esta obra colectiva, serán bien ponderados por su contenido y enfoque.

Enhorabuena el soporte del Instituto de la Democracia a este esfuerzo colectivo que se recopila en la obra, empatiza con su misión de apoyar procesos para generar productos y servicios que fomentan la institucionalidad democrática de estados como nuestro país, procesos que servirán para superar momentos críticos como los que Ecuador vive.

Confío que las ideas plasmadas por sus autoras en esta importante obra contribuyan a enriquecer el debate y las visiones que comparte, alimenten los enfoques sobre los derechos reconocidos en la Constitución que esperan su pleno ejercicio en beneficio de la sociedad.

José Suing Nagua
Quito, octubre de 2023

PARTE I
**CONTRIBUCIONES
ESPECIALES**

EL CAMINO DE LA INSTITUCIONALIDAD ELECTORAL PARA ALCANZAR LA DEMOCRACIA PARITARIA

En la norma y en la práctica

Diana Atamaint Wamputsar

Presidenta del Consejo Nacional Electoral

El presente trabajo analiza la metodología de trabajo implementada, desde la presidencia del Consejo Nacional Electoral, en el período 2019-2023, para articular a diversas mujeres en el país, con el propósito de poner en la mesa de debate los temas relacionados con la democracia paritaria y la violencia política; así mismo, presenta los desafíos de la actual normativa electoral ecuatoriana desde un enfoque y una perspectiva de género. La metodología se sustenta en la investigación bibliográfica documental, en los testimonios y en los análisis estadísticos. Como parte de las reflexiones se establece que aún existen nudos críticos para la efectiva participación de las mujeres, no sólo por las desigualdades a lo largo de la historia en múltiples ámbitos, sino también por la transformación de los imaginarios y las representaciones sociales que perpetúan en el discurso público, un concepto erróneo sobre el éxito de los liderazgos masculinos.

INTRODUCCIÓN

Un “techo de billetes” entre las mujeres y la política, así fue el título del artículo de Julia Pomares en *La Nación*, donde analizó cómo y en qué medida el dinero es un obstáculo para que una mujer impulse su carrera política. Porque “siguen intentando quebrar el techo de cristal, con mucho mayor éxito en la política que en el sector privado” (Pomares, 2014).

Pero este no es el único ámbito, sino que las desigualdades de género en la política también experimentan una repercusión en la eficacia de lo público, de la seguridad jurídica en las normas, en el uso del tiempo, en los patrones socioculturales, entre otros.

Este no es un contexto diferente al de Ecuador. Por ello, el compromiso con la participación política de las mujeres sin exclusión y la garantía de la paridad desde el Consejo Nacional Electoral (CNE), se concretó cuando varios colectivos de la ciudadanía trabajaron arduamente junto a la institucionalidad para alcanzar acuerdos, con el objetivo de que no sea visto este proceso como

un regalo, sino como un derecho. En este contexto, las mujeres que impulsaron estas acciones fueron cuestionadas en ese momento y recibieron críticas permanentes durante todo el año 2019 cuando el debate se amplió en el país para que las reformas electorales en discusión en la Asamblea Nacional se pudieran aprobar con la progresividad del encabezamiento de listas en las elecciones pluripersonales.

Como resultado, en el año 2021 fue obligatorio que el 15 % de las listas estuvieran encabezadas por mujeres, mientras que, para el 2023 la Ley Orgánica Electoral Código de la Democracia Art. 99 dispuso el 30 %. Para los comicios anticipados del 2023 –tras la declaratoria de muerte cruzada en Ecuador el 17 de mayo de 2023 (Decreto Ejecutivo No. 741)– se tendrá la paridad total del 50 % y la participación de binomios paritarios en Ecuador.

Con estos antecedentes, el presente artículo se centrará en tres momentos principales: el primero, en exponer la metodología de trabajo desde el CNE para articular a diversas mujeres en el país con el propósito de poner en la mesa de debate los temas relacionados con la democracia paritaria y la violencia política; y, como segundo momento, se detallará la actual normativa electoral ecuatoriana y sus desafíos en los próximos años.

DESARROLLO

Los desafíos por la participación política de las mujeres es una problemática mundial. Sobre este tema, aunque más mujeres ocupan diversos puestos en la política, “la paridad de género aún está muy lejos, según la edición de 2023 del mapa de las mujeres en la política, de la UIP y ONU Mujeres” (ONU Mujeres, 2023). Al respecto, las estadísticas visualizan lo siguiente:

“A fecha de 1 de enero de 2023, el 11,3 por ciento de los países tiene Jefas de Estado (17 de 151 países, excluyendo los sistemas monárquicos), y el 9,8 por ciento tiene Jefas de Gobierno (19 de 193). Esto supone un incremento en comparación con hace un decenio, cuando las cifras eran del 5,3 por ciento y el 7,3 por ciento, respectivamente. De todas las regiones, Europa sigue teniendo la cifra más alta de países liderados por mujeres (16)” (ONU Mujeres, 2023).

Este punto de partida internacional se conecta con la realidad de Ecuador, donde se tuvo que emprender un camino para garantizar estos procesos

de liderazgos políticos en las mujeres. Para profundizar, se centrarán estas reflexiones en los dos elementos señalados anteriormente.

Sobre el primer ámbito de análisis, la metodología de trabajo consistió en un estudio del contexto. Para este proceso, desde la presidencia del CNE se convocó a las, entonces 19 viceprefectas electas, el 24 de marzo de 2019, para que mantuvieran una reunión de trabajo como parte de una de las actividades del proyecto y análisis de las reformas al Código de la Democracia. Con esta actividad, se pretendió incluir las propuestas que podrían fortalecer la participación política de la mujer en los procesos democráticos, como autoridades principales, así como también, la violencia política por razones de género (CNE, 2019a).

Posteriormente, se implementó una agenda de trabajo en el evento “Diálogo Sobre Democracia Paritaria” con viceprefectas, alcaldesas, vicealcaldesas, concejales y vocales mujeres de juntas parroquiales rurales de las provincias de Morona Santiago, Cañar, Chimborazo, Guayas, Santa Elena y Los Ríos. Como resultado, se concretó la adhesión a la propuesta de reformas al Código de la Democracia impulsada por la Función Electoral (CNE, 2019b).

Como parte del segundo ámbito de análisis, se precisa que además de la progresividad de la paridad señalada anteriormente, las reformas clarificaron la elección con paridad de la segunda autoridad de los concejos cantonales, a partir de lo establecido en el principio constitucional de “paridad, alternabilidad y secuencialidad” para la elección de todas las listas pluripersonales (Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, 2008). Esto respondía a la discrecionalidad interpretada en muchos casos por lo que decía el artículo 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), señalando como atribución que para elegir a la segunda autoridad de los concejos metropolitanos y municipales se aplicaría el principio de paridad “en donde fuere posible”; lo cual fue tomado por las dignidades locales como facultativo en el 53 % de cantones, sin observar la ley y los principios de igualdad material y no discriminación que la sustentan, en correspondencia con instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución (León Franco, 2019b).

Esto dio paso a que las mujeres organizadas en articulación con las mujeres políticas iniciaran acciones constitucionales –luego de las Elecciones Seccionales del 2019– con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo

para cumplir con el principio constitucional de paridad, antes mencionado. Por tanto, a partir de julio de 2019 se presentaron acciones de protección para que la vicealcaldesa de los municipios sea mujer, donde el alcalde era varón (León Franco, 2019b).

Otro de los elementos sustanciales de las reformas electorales –que entraron en vigencia en febrero del 2020 (Registro Oficial Año I – No 134, 2020)– fue incorporar a la violencia política de género como una infracción electoral muy grave. Esto significa que, quienes sean sancionados, pueden tener la imposición de una multa de 21 a 70 salarios básicos unificados, así como la destitución y/o suspensión de derechos de participación desde dos hasta cuatro años.

Si bien en nuestro país la definición de la violencia política ya constaba en un marco normativo, porque así se estableció en el artículo 10 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Registro Oficial Suplemento 175, 2018), aún faltaba aterrizar esta norma en el ámbito electoral, que es el escenario donde tiene mayor prevalencia.

Como antecedente, Ecuador ya había tenido la Ley de Cuotas desde el año 2000: “según la cual los partidos políticos están obligados a organizar sus listas de candidaturas pluripersonales en forma alternada y secuencial, con un porcentaje mínimo de mujeres del 35 %, el cual debe ir aumentando en cada proceso electoral general hasta llegar al 50 %. En cumplimiento de la Ley de Cuotas, los partidos políticos se han visto obligados legalmente al cumplimiento de la paridad entre hombres y mujeres a la hora de conformar sus listas de candidaturas pluripersonales” (Pizani, 2010: p. 460).

Este proceso de reformas electorales tuvo también su origen –entre otros aspectos– en la necesidad de conocer el escenario, respecto a la violencia política, al que estaban enfrentadas las mujeres. Por eso, el CNE estableció articulaciones con organismos internacionales, como ONU Mujeres, a fin de profundizar sobre esta realidad en el país.

Como resultado, se publicó conjuntamente el estudio: *Violencia política contra las mujeres en el Ecuador* (ONU Mujeres Ecuador, 2019), con datos de las Elecciones Seccionales del 2019 y, a partir de los resultados, se determinó que el 66 % de mujeres políticas en Ecuador ha sufrido violencia psicológica, es decir, este tipo de violencia es la más frecuente.

Estos fueron algunos testimonios: “los compañeros del partido o personas de su entorno laboral o comunitario les hablan o se dirigen a ellas con aires de superioridad, o las nombran con diminutivos o palabras que las minimizan. En ocasiones estas palabras entrañan contenidos discriminatorios, o las ridiculizan y descalifican para la política, por su origen, edad, conocimientos, apariencia o cualquier otra característica que pueda ser utilizada con este fin. En segundo lugar, se encuentra el desprestigio y las campañas de rumores en su contra (54 %), que también pueden provenir de actores al interior o fuera del ámbito partidario” (ONU Mujeres Ecuador, 2019).

El mismo estudio mencionó el impacto del desprestigio y las campañas de rumores en contra de las mujeres que, en algunos casos, pueden provenir de actores al interior del ámbito partidario; y, como dato, el 30 % de las entrevistadas indicó que miembros de su familia o equipo de campaña fueron agredidos físicamente; asimismo, el 14 % de mujeres dijo ser golpeada o lastimada físicamente; mientras que otro 16 % denunció haber sido acosada sexualmente, lo que incluye insinuaciones sexuales no deseadas, al igual que gestos, palabras o acciones de contenido sexual no consentidas (ONU Mujeres Ecuador, 2019).

Evidenciar lo que sucedía y proponer alternativas para lograr seguridad jurídica era urgente. Por eso, Ecuador es hoy un país pionero en el ámbito normativo, a partir de los estándares internacionales de los derechos humanos, para visibilizar y garantizar la acción pública de las mujeres en contextos democráticos. “Esta es una realidad que no podíamos dejar de visibilizar y, por este motivo, la tipificación de la violencia política de género constituyó un compromiso histórico con las mujeres de mi país” (Atamaint Wamputsar, 2023b).

En este sentido, el CNE no sólo realizó mesas técnicas para las reformas en la institución, sino que se trasladó a los territorios para constatar las necesidades de las propias mujeres. De forma específica, se trabajó con la sociedad civil en temas como la paridad de género, sanción a la violencia política, control a los gastos de campaña y la creación de un registro electoral pasivo (CNE, 2020a). Finalmente, la Función Electoral entregó las propuestas de reformas el 6 de agosto de 2019 (Diario El Comercio, 2019).

Cabe señalar que el CNE fue recibido en comisión general en el pleno de la Asamblea Nacional el 12 de noviembre de 2019 en el contexto del segundo

debate para las reformas a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Código de la Democracia. En ese entonces, se evidenció la necesidad de modificar la norma electoral para contar con una participación equitativa en los procesos electorales; así como la instauración de mecanismos para la erradicación de la violencia política contra las mujeres. Entre los datos señalados se manifestó que en los comicios seccionales del 24 de marzo de 2019 “el número de candidatos hombres a las dignidades locales fue bastante mayor al de candidatas mujeres. Por ejemplo, de 1875 candidaturas a alcaldías, apenas 286 estaban conformadas por mujeres. De ese número, fueron electos 203 hombres y tan solo 18 mujeres. Casos similares ocurrieron con los cargos de prefectura, concejalías urbanas y rurales y vocalías de las juntas parroquiales rurales” (CNE, 2019c).

Posteriormente, luego de la vigencia de las reformas, el trabajo no podía quedar ahí y se establecieron articulaciones con la agencia de las Naciones Unidas para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres (ONU Mujeres) que implementó el curso de formación para 40 candidatas postulantes a la dignidad de asambleístas provinciales; cuyo propósito se centró en brindar herramientas y capacitar a las mujeres políticas en temas sobre planificación de campaña electoral, elaboración de presupuesto y optimización de recursos, tácticas concretas para enfrentar ataques durante la campaña electoral y manejo de imagen política en medios de comunicación (CNE, 2020c). Estos resultados se destacaron por parte de Dubravka Šimonovic, Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), quien “felicitó al Ecuador y al Consejo Nacional Electoral, por sus logros en materia de participación política de las mujeres, así como la aprobación de las reformas a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia y que será de aplicación para las Elecciones Generales 2021. Dicho pronunciamiento forma parte del Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, de 20 de mayo de 2020, acerca de su visita al Ecuador” (CNE, 2020b).

Por ejemplo, otra de las importantes iniciativas fue la cruzada institucional y ciudadana “Sin Ti No Hay Democracia” que promovía la participación política de mujeres y jóvenes en las Elecciones Seccionales 2023 junto a mujeres lideresas, autoridades provinciales y locales, estudiantes y miembros de organizaciones políticas y de la sociedad civil (CNE, 2022).

Aún con todos los avances en la incidencia política y en la norma, todavía persisten dificultades para que las mujeres participen en procesos democráticos y se pueden identificar que se acentúan cuando es una mujer perteneciente a pueblos y nacionalidades afroecuatorianas, montubias e indígenas.

Las limitaciones no sólo se hacen presente en el acceso a las candidaturas, sino en ser parte y participar en la política, desde un sentido más amplio. Lo que atraviesa precisamente aspectos culturales y muchas veces las formas en las cuáles las mujeres de las comunas y comunidades fueron creciendo, con ese discurso de que no pueden y que los espacios públicos o políticos han sido territorios exclusivos para los hombres.

Por esta razón, fue que el CNE solicitó la asistencia técnica al proyecto “Apoyo al Ciclo Electoral” implementado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para la realización del *Estudio sobre la participación política de las mujeres pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias*. Este proceso contó con el respaldo de la Unión Europea, la Agencia Española de Cooperación Internacional y la Embajada de Suiza en Ecuador; y se desarrolló en las regiones de la Sierra, Costa y Amazonía, con el trabajo *in situ* en las siguientes provincias: Azuay, Cañar, Carchi, Chimborazo, Cotopaxi, Esmeraldas, Guayas, Imbabura, Pichincha, Manabí, Morona Santiago y Tungurahua.

El estudio abordó la inclusión obligatoria de un 30 % de mujeres encabezando las listas de las candidaturas, de acuerdo con las reformas electorales del 2020. Este incremento se conoció al realizar un comparativo entre las seccionales del 2019 y las del 2023 conforme a lo siguiente: en las Elecciones Seccionales de 2019; para las prefecturas, un 18 % de mujeres encabezaron las listas de candidatos; mientras que, en las Elecciones Seccionales de 2023, se incrementó el al 24 % de mujeres fue cabeza de lista para la misma dignidad. En el caso de las alcaldías, en 2019, 14 % de mujeres encabezaron las listas candidatos; mientras que en 2023 este porcentaje se incrementó al 31 %; para las concejalías urbanas, en 2019, un 24 % de mujeres encabezaron las listas; mientras que para las elecciones del 2023 fue el 40 % de mujeres; respecto a las concejalías rurales, en 2019, un 22 % de mujeres encabezó las listas de candidatos y en 2023 fue el 43 %; para las vocalías de juntas parroquiales, en 2019, un 20 % de mujeres encabezó las listas para postular para esta dignidad; mientras que en 2023 ese porcentaje aumentó al 39 % (Atamaint Wamputsar, 2023a).

Así mismo, Atamaint Wamputsar (2023a), indicó que, en la actualidad, hay una gran participación de mujeres indígenas en varios estamentos del Estado que se han preparado con tenacidad y constancia, alcanzando sus metas, pese a los poderes fácticos y sociales (PNUD & León Franco, 2023).

Este proceso fue vital porque existen recomendaciones del Sistema de Naciones Unidas relativos al trabajo junto a los pueblos y nacionalidades en contextos electorales, como se detalla a continuación.

“Se ha desplegado el conversatorio Mirada Intercultural en la Observación Electoral que impulsa la inclusión étnica en los procesos democráticos. Se han promovido alianzas entre el Consejo Nacional Electoral, la cooperación internacional y la academia para la erradicación de la violencia de género en el ejercicio de derechos políticos, desarrollando la campaña *Sin ti no hay democracia* que se enmarca en la promoción de los derechos de participación de mujeres y jóvenes de cara a las Elecciones Seccionales 2023. En cuanto al voto en el exterior, se aprobó la normativa para la ejecución de Planes Piloto de las Modalidades de Voto en el Exterior. Con respecto al 2017, en las elecciones del 2021 se registró un incremento en la participación de migrantes de 12,77 % en Phoenix (piloto de voto telemático) y 3,58 % en Ottawa (piloto de voto postal)” (ONU, 2022).

Igualmente, se resaltó en el estudio que el CNE, como órgano electoral ecuatoriano, se posicionó dentro del Grupo de Alto Nivel para promover la implementación de las recomendaciones de las Misiones de Observación Electoral (MOE) respecto de la participación política de las mujeres (PNUD & León Franco, 2023). Esta iniciativa está integrada, además del CNE, la ex presidenta de Costa Rica Laura Chinchilla; Gabriela Cuevas, ex presidenta de la Unión Interparlamentaria y ex legisladora mexicana; Isabel de Saint Malo, ex vicepresidenta y ex canciller de Panamá; María Ángela Holguín, ex canciller de Colombia; Luciana Lossio, ex ministra del Tribunal Superior Electoral de Brasil; y Rosina Wiltshire, experta internacional en desarrollo e igualdad de género, de Barbados (OEA, 2022).

Como parte de los resultados del estudio, se constató lo siguiente: persisten prácticas y acciones en los entornos del sistema político electoral que profundizan la discriminación tanto por la identificación sexo-genérica como mujer, así como por la pertenencia a pueblos y nacionalidades; las manifestaciones sexistas y racistas siguen enraizadas en determinadas estructuras políticas del país; las mujeres tienen el temor por denunciar porque no tienen

la certeza que su proceso sea exitoso, debido a que no cuentan con los suficientes recursos para trasladarse a la ciudad de Quito donde está establecido el Tribunal Contencioso Electoral (TCE), ni tampoco para el pago de honorarios profesionales a abogados que les patrocinen; se percibió el miedo de estar expuestas, lo cual incide en su entorno familiar y comunitario, donde el machismo todavía es latente. Los partidos y movimientos consideran un nicho importante de identificación de liderazgos femeninos a las organizaciones de la sociedad civil y estructuras sindicales históricas; sin embargo, muchas mujeres no quieren asumir este salto de lo social a lo político justamente por las situaciones de exposición pública que podrían llevar a violencia política y exclusión. Las desigualdades territoriales, las faltas de oportunidades económicas, la ausencia de un presupuesto para impulsar sus campañas políticas y la imposibilidad que en muchos casos las mujeres voten por las propias mujeres, fueron nudos críticos señalados (PNUD & León Franco, 2023).

Un avance importante en las anteriormente mencionadas, reformas a la ley, es la inclusión de un 25 % de jóvenes en las listas de las organizaciones políticas. Esto permite un avance en el incentivo al concepto del relevo generacional de la política, que consiste en brindar igualdad de oportunidades para aquellas nuevas promesas jóvenes, interesadas en involucrarse en la política.

El Consejo Nacional Electoral tiene un desafío importante: no solo formar a las mujeres en el ámbito público y político para garantizar su representación, sino también promover que las organizaciones políticas brinden las condiciones necesarias para capacitar de igual forma a los jóvenes. Este es el legado institucional que queremos dejar para el futuro: una sociedad en la que todos tengan voz y participación en la toma de decisiones.

CONCLUSIONES

Las conclusiones se dividirán en dos momentos, al igual que el análisis. En el primero, se resalta los resultados de la metodología implementada desde el CNE que no solo articuló a las mujeres en el país para garantizar sus derechos de participación política, sino que conectó estas demandas con la voluntad política en la Asamblea Nacional.

Mientras, como segundo aspecto, se logró que efectivamente la actual normativa electoral ecuatoriana tenga un enfoque y perspectiva de género.

Al respecto y para situar en contexto, en los procesos electorales donde ya se aplicó la paridad, tanto en el 2021 como en el 2023, se superó ampliamente el porcentaje que exigía en ese momento la norma; con lo cual, se reflejó el avance por una democracia con el sustento de las propuestas de las mujeres. Al respecto, se celebró –para los comicios anticipados– la voluntad política de los partidos y movimientos por comprometerse en presentar candidaturas a la presidencia y vicepresidencia con paridad en las Elecciones Presidenciales y Legislativas anticipadas 2023; porque, más allá de un cumplimiento normativo, es una voluntad política de ir garantizando una democracia con mayor inclusión (Atamaint Wamputsar, 2023b).

Otro de los desafíos es la desinformación y la manera tan rápida con la que se difunden ataques en las redes sociales, lo que profundiza mucho más la violencia política. A esto se le añade una problemática con la que se inició este artículo: los techos de billetes cuando la autora señaló que “si el dinero y el poder suelen ir juntos, las desigualdades de género hacen más difícil para las candidatas recaudar fondos y escalar posiciones” (Pomares, 2014). Por tanto, las problemáticas son estructurales y se deben analizar siempre desde la interseccionalidad.

Como último punto, es necesario destacar que, a partir de la implementación de las reformas electorales, el Consejo Nacional Electoral ha promovido, a través de la implementación de 25 Escuelas de Formación Política entre el 2021 y 2023, impulsó la formación de las mujeres en el ámbito político, destacando de esta manera, su preparación como un aspecto medular para garantizar su participación en el entorno público.

Es de vital importancia para el CNE, la constante evaluación y seguimiento a la participación política de las mujeres, considerando que los derechos son progresivos. Esto constituye un proceso que ha permitido que, en el 2021, se haya implementado el 15 % de encabezamiento de listas con mujeres.

Es así como, desde las 24 Delegaciones Provinciales Electorales, el Consejo Nacional Electoral y en conjunto con el Instituto de la Democracia, se ha promovido a la capacitación y formación de más de 16 mil mujeres, que buscan incursionar en la política en provincias como: Morona Santiago, Azuay, Guayas, Los Ríos, Manabí, como principales jurisdicciones a las que se llegó con escuelas de formación.

Como mujer y representante de la autoridad electoral en el Ecuador, el objetivo es claro: no solo queremos incrementar la cantidad de mujeres en el contexto político de nuestro país, sino también, garantizar su representación política. Queremos asegurarnos de que las voces de las mujeres sean escuchadas y tomadas en cuenta en la toma de decisiones y que junto a ellas existan en las bases de las organizaciones políticas, así como en sus listas de candidaturas jóvenes liderando procesos importantes de relevo generacional, que tanta falta le hace a la política.

REFERENCIAS

- Atamaint Wamputsar, D. (2023, enero 3). Entrevista inédita para el estudio para el fortalecimiento de la participación y política de mujeres pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios en el Ecuador. (D. L. León Franco) [Comunicación personal].
- Atamaint Wamputsar, D. (2023a, febrero 5). Discurso. Inauguración de las Elecciones Seccionales 2023 y del CPCCS y Referendo 2023, Quito. <https://youtu.be/kpLOQMjfmEE>
- Atamaint Wamputsar, D. (2023b, junio 29). Elecciones anticipadas 2023: Participación política ciudadana, inclusión y paridad [Ponencia]. Elecciones anticipadas 2023: participación política ciudadana, inclusión y paridad.
- CNE. (2019a, julio 19). CNE convoca a viceprefectas a debatir reformas al Código de la Democracia. <https://www.cne.gob.ec/cne-convoca-a-viceprefectas-a-debatir-reformas-al-codigo-de-la-democracia/>
- CNE. (2019b, agosto 23). En Guayaquil, autoridades locales adhieren su apoyo a las reformas electorales. <https://www.cne.gob.ec/en-guayaquil-autoridades-locales-adhieren-su-apoyo-a-las-reformas-electorales/>
- CNE. (2019c, noviembre 12). Reforma electoral debe incluir mayor participación política de la mujer y sanciones por violencia. <https://www.cne.gob.ec/reforma-electoral-debe-incluir-mayor-participacion-politica-de-la-mujer-y-sanciones-por-violencia/>
- CNE. (2020a, enero 10). CNE construirá reglamentación del Código de la Democracia con aportes de la sociedad civil. <https://www.cne.gob.ec/cne-construira-reglamentacion-del-codigo-de-la-democracia-con-aportes-de-la-sociedad-civil/>
- CNE. (2020b, julio 3). ONU felicita a Ecuador por reformas al Código de la Democracia y participación política de las mujeres. <https://www.cne.gob.ec/onu-felicita-a-ecuador-por-reformas-al-codigo-de-la-democracia-y-participacion-politica-de-las-mujeres/>
- CNE. (2020c, diciembre 8). CNE y ONU capacitan a candidatas a assembleístas provinciales para campaña electoral. <https://www.cne.gob.ec/cne-y-onu-capacitan-a-candidatas-a-asambleistas-provinciales-para-campana-electoral/>
- CNE. (2022, marzo 25). Mujeres y jóvenes manabitas se suman a la cruzada “Sin Ti No Hay Democracia”. <https://www.cne.gob.ec/mujeres-y-jovenes-manabitas-se-suman-a-la-cruzada-sin-ti-no-hay-democracia/>

- Diario El Comercio. (2019, agosto 6). La Función Electoral presentó observaciones y propuestas de reformas al Código de la Democracia en la Asamblea Nacional. <https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/funcion-electoral-observaciones-codigo-democracia.html>
- Decreto Ejecutivo 741 (2023): Se disuelve la Asamblea Nacional por grave crisis política y conmoción interna, de conformidad con el artículo 148 de la Constitución de la República del Ecuador. Presidencia de la República del Ecuador. https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios_externos.jsf
- León Franco, D. L. (2019, septiembre 22). Paridad en ley, pero no en la práctica política. Diario El Telégrafo. <https://www.letelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/alcaldia-ley-politica-cynthia-viteri-marisol-penalosa>
- OEA. (2022, marzo 8). Secretaría General de la OEA conforma Grupo de Alto Nivel para promover implementación de recomendaciones de MOEs sobre participación política de las mujeres. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-010/22
- ONU. (2022). Informe nacional presentado en virtud de las resoluciones 5/1 y 16/21 del Consejo de Derechos Humanos—Ecuador (A/HRC/WG.6/41/ECU/1) (41º período de sesiones; Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/448/89/PDF/G2244889.pdf?OpenElement>
- ONU Mujeres. (2023, marzo 7). Mujeres en el poder en 2023: Nuevos datos indican avances, a pesar de amplias brechas regionales. <https://www.unwomen.org/es/noticias/comunicado-de-prensa/2023/03/mujeres-en-el-poder-en-2023-nuevos-datos-indican-avances-a-pesar-de-amplias-brechas-regionales>
- ONU Mujeres Ecuador. (2019). Estudio violencia política contra las mujeres en el Ecuador. <https://ecuador.un.org/sites/default/files/2020-02/violencia%20politica%20baja.pdf>
- Pizani, M. (2010). Los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/954>
- PNUD, & León Franco, D. (2023). Estudio sobre la participación política de las mujeres pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias. Proyecto «Apoyo al Ciclo Electoral» implementado por el PNUD.
- Pomares, J. (2014, junio 8). Un «techo de billetes» entre las mujeres y la política. La Nación. <http://www.lanacion.com.ar/1698865-un-techo-de-billetes-entre-las-mujeres-y-la-politica>
- Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Registro Oficial Año I – No 134. (2020). Reformas a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia. <https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2020/07/Reformas-CD-2020.pdf>
- Registro Oficial Suplemento 175 (Ed.). (2018). Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violencia_mujeres.pdf

DECISIONES JUDICIALES EN LOS CASOS DE VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO

*Ivonne Coloma Peralta**

*Natalia Cantos Romoleroux***

Pese a las reformas en las diferentes ramas del derecho, que buscan garantizar la igualdad material y formal, para eliminar las brechas de una sociedad esencialmente patriarcal, no se ha evitado que persista la exclusión y marginación de las mujeres en el ejercicio de sus derechos de participación político electoral. Estas acciones, conductas u omisiones en contra de las mujeres, basadas en su género en el ámbito político, constituyen lo que en teoría se denomina: violencia política electoral, catalogada como una infracción muy grave, susceptible de ser sancionada por el Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador. Por lo mismo, para entender las modificaciones efectuadas por el legislador en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en específico, los artículos 279, numeral 14, y 280 contextualizan este tipo de violencia. En este ensayo se abordará cómo ha sido tipificada la violencia política de género, las sentencias que este órgano jurisdiccional ha emitido sobre dicha temática y los desafíos para lograr una administración de justicia con perspectiva de género.

INTRODUCCIÓN

La justicia que persiguen las mujeres en la esfera política, debe entenderse como la búsqueda de equidad y equilibrio entre humanos, con las mismas facultades para pensar, organizar, actuar y gobernar. Durante años, cualquier mujer que reclamaba acceso al debate público era considerada transgresora del *status quo* y de los roles de género establecidos por la cultura.

A pesar de aquello, las mujeres han tenido que ejercer una lucha constante para incursionar en el ámbito político y construir espacios de participación, no solo con base en grandes ideas, sino incluso a través de inmensos sacrificios que, en algunos casos, implicaron su vida.

Innumerables han sido las batallas para poder ejercer sus derechos de participación, por lo que no podemos olvidar a Matilde Hidalgo de Prócel que,

* Vicepresidenta del Tribunal Contencioso Electoral.

** Experta en Derecho Electoral.

en 1924, fue la primera mujer en ejercer su derecho al voto, no solo en Ecuador sino en América Latina; Bertha Valverde Álvarez, primera candidata a concejala de Guayaquil en el año 1930; y, Nela Martínez, la primera mujer electa como diputada; referentes que abrieron el camino e hicieron de la participación de las mujeres en la vida política una reivindicación (Rodas, año 2009).

En el ámbito jurídico, los instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en conjunto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos, establecían la prohibición de discriminación por motivos de género, así como, la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar la igualdad de todos los seres humanos.

Con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967) los Estados se comprometieron a adoptar medidas para asegurar condiciones de igualdad y no discriminación hacia la mujer, motivo por el cual, se debían abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer.

De la mano de los instrumentos internacionales, Ecuador ha implementado políticas públicas, programas y proyectos para erradicar la violencia de género, y para el caso que nos atañe, a partir del 3 de febrero de 2020, el legislador introdujo reformas en materia electoral, específicamente, en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, con las cuales busca fomentar su participación política y erradicar la violencia política de género.

Si bien, el Código de la Democracia, desde su expedición, contemplaba el requisito de que las listas cumplan con la alternabilidad y secuencialidad en su integración, con las reformas se estableció la obligatoriedad del encabezamiento de mujeres, bajo criterios de igualdad y paridad, por lo que, ahora, contamos con binomios paritarios en las candidaturas unipersonales y con el encabezamiento de mujeres en un 50 % en las candidaturas pluripersonales.

No obstante, pese a los intentos en el ámbito jurídico para fomentar la participación política de las mujeres, en la vida cotidiana persisten actuaciones que reproducen los patrones culturales, sociales e históricos enfocados en limitar el acceso a los espacios políticos y de participación en razón de género.

Este tipo de conductas se manifiestan en el ámbito político electoral y tienen como objetivo afectar los derechos de participación de las mujeres, impactando no solo en su imagen o carrera política, sino también pretendiendo excluirlas de los espacios políticos alcanzados.

Por ello, con la finalidad de evitar este tipo de prácticas, la ley facultó al Tribunal Contencioso Electoral (TCE) para conocer y sancionar las infracciones por violencia política de género, como una infracción electoral muy grave, según lo dispone el artículo 279, numeral 14 del Código de la Democracia.

Las conductas consideradas como violencia política de género han sido desarrolladas en dicho Código, bajo 13 causales, hechos, actos u omisiones que pueden sancionarse con multa, suspensión de los derechos políticos y/o destitución del cargo del infractor.

En tal sentido, este trabajo presenta una breve síntesis respecto a la concepción en el ordenamiento jurídico de lo que se define como violencia política de género, las decisiones adoptadas por el órgano de administración de justicia electoral y, con ello, se establecen los retos y desafíos que buscan alcanzar una verdadera administración de justicia con perspectiva de género.

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES EN EL ECUADOR

La Constitución de la República 2008, en artículo 61, reconoció al Ecuador como un Estado de derechos y garantías, incluyente, equitativo, pluralista y democrático. Además, destacó los derechos de participación para que las ecuatorianas y ecuatorianos puedan: elegir y ser elegidos; participar en los asuntos de interés público; ser consultados; fiscalizar los actos del poder público; y, desempeñar empleos y funciones públicas garantizando criterios de equidad y paridad de género.

Determinar el rango constitucional de los derechos de participación política en condiciones de igualdad significó para las ecuatorianas, construir el andamiaje jurídico para el desarrollo de sus derechos. El camino por recorrer es largo y sinuoso, y aunque son innegables los avances en la implementación de normas y mecanismos para conseguir una representación política más equilibrada, es fundamental que su aplicación se exija para garantizar la real paridad.

Si bien la participación electoral de las mujeres como candidatas, se ha fortalecido con las exigencias normativas y existen alentadores progresos

hacia la paridad, aún queda mucho por hacer, como se evidencia en los siguientes datos:

Cuadro 1

Porcentaje de participación femenina en candidaturas presidenciales 2013-2021

2013	2017	2021
M: 0%	M: 12.5%	M: 6.2%
H: 100%	H: 18.5%	H: 93.7%

Fuente: Mecanismos para acelerar la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe, 2022.

Cuadro 2

Candidaturas principales y suplentes para las Elecciones Generales 2021

Candidaturas	Hombre	%	Mujer	%	Total	%
Principales	290	52.3%	265	47.7%	555	50%
Suplentes	265	47.7%	290	52.3%	555	50%

Fuente: Mecanismos para acelerar la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe, 2022.

Cuadro 3

Candidaturas seccionales Elecciones Seccionales 2023

Prefectura	Candidaturas	Porcentaje	Electas	Porcentaje
Mujeres	46	25%	7	30%
Hombres	140	75%	16	70%

Fuente: Observatorio Nacional de Participación Política de la Mujer, 2023.

Cuadro 4

Candidaturas seccionales Elecciones Seccionales 2023

Alcaldía	Candidaturas	Porcentaje	Electas	Porcentaje
Mujeres	476	31%	42	19%
Hombres	1063	69%	179	81%

Fuente: Observatorio Nacional de Participación Política de la Mujer, 2023.

Las cifras (cuadro 1) dan cuenta de la baja participación de las mujeres para la candidatura unipersonal conformada por el binomio de presidente o presidenta y vicepresidente o vicepresidenta. Situación que, a partir de 2023,

presentó un cambio sustancial, por cuanto a partir de esta elección los binomios deberán ser paritarios en un porcentaje del 50 %.

Situación similar ocurrió en la Elecciones Generales 2021 (cuadro 2), en las cuales, la reforma introducida en el Código de la Democracia (2020) señalaba que el encabezamiento de listas por partes de las mujeres sería progresivo, por lo que, para esta elección se aplicó el 15 %.

Ahora bien, en lo que respecta a las Elecciones Seccionales 2023, el porcentaje de encabezamiento de mujeres correspondió al 30 %, de allí que, del total de candidatos a las 186 prefecturas, 46 fueron mujeres y 140 hombres, es decir, solo el 25 % correspondieron a mujeres, siendo electas 7 mujeres de un total de 23 prefecturas.

En cuanto a las alcaldías de los 1.539 candidatos, únicamente, 476 fueron mujeres, es decir, solo el 31 %; y, de 221 alcaldías municipales electas, 42 correspondieron a mujeres, esto equivale al 19 % del total.

Las cifras develan que a pesar que las normas constitucionales y legales son un importante impulso para la participación política de las mujeres, con el fin de alcanzar paridad, la realidad está aún lejos de ofrecer un ejercicio pleno de los derechos en condiciones de equidad.

En este contexto, el Tribunal Contencioso Electoral, en lo que corresponde a la participación de mujeres en las candidaturas unipersonales y pluripersonales, en la causa Nro. 159-2023-TCE, determinó que:

85.- Las reglas para la presentación de candidaturas se encuentran desarrolladas en el artículo 99 de la LOEPCD, las cuales fueron reformadas por la Ley Nro. 0 de 03 de febrero de 2020, cuya Disposición Transitoria Tercera, establece que, de manera progresiva se deberán aplicar hasta conseguir un cincuenta por ciento (50 %) de participación de mujeres (...).

86. Dichas reformas tienen la finalidad de reflejar de mejor manera la composición de la sociedad y reforzar la democracia, pues es indudable la necesidad de que las mujeres se vean realmente representadas en puestos de toma de decisiones en todos los niveles, de tal forma que, sus intereses puedan ser reconocidos y tomados en cuenta en la formulación de políticas gubernamentales. En este sentido, corresponde a la Función Electoral garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales y las disposiciones emanadas por la Constitución y la LOEOPCD, a fin de alcanzar una democracia paritaria 50/50. (Caso Nro. 159-2023-TCE, ACUMULADA, 2023, Tribunal Contencioso Electoral)

De allí que, resulta evidente que la justicia electoral no limita su accionar únicamente en los casos derivados de infracciones electorales, puesto que, también en los recursos subjetivos contencioso electorales a través de un análisis con enfoque de género ha logrado evitar posibles desequilibrios que se presentan en la aplicación de las normas, en desmedro de los derechos de participación de las mujeres.

VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO

El primer estudio realizado por la Unión Interparlamentaria (IPU) que abordó el *sexismo, acoso y violencia contra las mujeres parlamentarias* en el año 2016, con base en datos cuantitativos y cualitativos proporcionados, de forma voluntaria, por 55 parlamentarias de 39 países, determinó que el 65,5 % de las encuestadas fueron víctimas, varias veces o de manera frecuente durante su mandato, de comentarios sexistas y humillantes proferidos tanto de los partidos de oposición como de su propia organización política.

Las encuestas establecieron la predominancia de ideas estereotipadas sobre la apariencia, manera de expresarse, actuar y papel que debían desempeñar, siendo víctimas de comentarios, ataques y burlas de su vida familiar como laboral, supuesta o real (Unión Interparlamentaria, 2016).

Asimismo, en el 2018, en el Estudio de *sexismo, acoso y violencia contra las mujeres en los parlamentos de Europa*, efectuado de forma voluntaria a 123 mujeres procedentes de 45 países europeos, parlamentarias y miembros del personal parlamentario, se evidenció que: el 85,2 % de las parlamentarias soportaron violencia psicológica en el transcurso de su mandato; 46,9 recibieron amenazas de muerte, violación o palizas; 58,2 % fueron objeto de ataques sexistas en internet a través de las redes sociales; 67,9 % estuvieron expuestas a comentarios negativos con relación a su aspecto físico o basados en estereotipos de género; 24,7 % sufrieron violencia sexual; y, 14,8 % violencia física. (Unión Interparlamentaria, 2018).

Finalmente, en lo que corresponde a Ecuador, y como antesala de las reformas, en el Estudio sobre la violencia política contra las mujeres en el Ecuador, realizado por ONU Mujeres y el Consejo Nacional Electoral, en el año 2019, se identificaron distintas formas de violencia psicológica, económica, simbólica y política contra las mujeres. Según el grupo focal de este Estudio, se reveló que: el 66 % de las mujeres encuestadas, fueron transgredidas con un

lenguaje jerarquizado, con aires de superioridad o a través de diminutivos; 54 % fueron víctimas de desprestigio o rumores en su contra durante las campañas; 30 % mencionaron que sus familias o equipo de campaña recibieron ataques o daños personales; y, 16 % soportaron diversas formas de acoso sexual, así como insinuaciones de esta clase, a través de gestos, palabras o acciones de contenido sexual no consentidas (ONU Mujeres y CNE, 2019).

Además, es importante señalar que en esta publicación se plasma el compromiso de la Función Electoral para coadyuvar en las reformas e incluir de manera clara y explícita que el Tribunal Contencioso Electoral es el órgano competente para conocer y resolver las denuncias por violencia política al interior de las organizaciones políticas en los procesos electorales.

Es así que, el 3 de febrero de 2020, se reformó la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, recogiendo las posturas doctrinarias y legislación internacional, con lo cual se definió a la violencia política de género como:

Aquella agresión cometida por una persona o grupo de personas, directa o indirectamente, contra de las mujeres candidatas, militantes, electas, designadas o que ejerzan cargos públicos, defensoras de derechos humanos, feministas, lideresas políticas o sociales, o en contra de su familia. Esta violencia se orienta a acortar, suspender, impedir o restringir su accionar o el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o para inducirla u obligarla a que efectúe en contra de su voluntad una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones, incluida la falta de acceso a bienes públicos u otros recursos para el adecuado cumplimiento de sus responsabilidades. Son actos de violencia contra las mujeres en la vida política, entre otras, aquellas acciones, conductas u omisiones en contra de las mujeres que, basadas en su género, en el ámbito político (...). (Código de la Democracia, artículo 280, 2020)

La reforma realizada marcó un hito en el desarrollo legislativo del país, puesto que, efectivamente, la competencia nace de la Constitución y la Ley, y solo a partir de esta modificación en el ordenamiento jurídico, el Tribunal Contencioso Electoral se encuentra facultado para conocer y resolver sobre dicha temática.

Asumida esta tarea, los jueces han visto la necesidad de deconstruir y construir pensamientos, basados en el aprendizaje, para identificar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres en política con una perspectiva de género, por lo que, resulta pertinente citar el fallo de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que ha establecido que:

(...) la perspectiva de género es una categoría analítica para deconstruir lo que histórica, social y culturalmente se ha entendido como “lo femenino” y “lo masculino”. Por lo cual, la obligación de juzgar con perspectiva de género significa reconocer la particular situación de desventaja en la cual, históricamente, se han encontrado las mujeres como consecuencia de la construcción que socio-culturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que debieran asumir. Sin embargo, como esa situación de desventaja no necesariamente está presente en todos los casos, debe atenderse a las circunstancias de cada asunto, para determinar si las prácticas institucionales tienen un efecto discriminatorio hacia las mujeres. En ese sentido, como parte de la metodología de juzgar con perspectiva de género, al establecer los hechos y valorar las pruebas en un asunto, la autoridad jurisdiccional debe procurar desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género, que impida el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad. Así, cuando el juzgador se enfrenta al caso en que una mujer afirma ser víctima de una situación de violencia, está ante un caso que amerita aplicar la herramienta de perspectiva de género para determinar si, efectivamente, la realidad sociocultural en que se desenvuelve dicha mujer, la coloca en una situación de desventaja, en un momento en que, particularmente, requiere una mayor protección del Estado, con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos. Por tanto, la obligación de los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género implica realizar acciones diversas, como reconocer un estándar de valoración probatoria de especial naturaleza con respecto a la declaración de las víctimas del delito, identificar y erradicar estereotipos que produzcan situaciones de desventaja al decidir, así como emplear de manera adecuada la cláusula de libre valoración probatoria en la que se sustenta este tipo de asuntos. (Juicio Electoral -SX-JE-221, 2019)

Las definiciones y presupuestos contemplados en el Código de la Democracia eran insuficientes, por lo que resultó esencial acudir al contenido de cuerpos normativos internacionales y jurisprudencia comparada, con el propósito de generar debate y construir sentencias judiciales paradigmáticas.

Desde esa línea, se han considerado definiciones contempladas en el marco internacional, respecto a que corresponde tanto al órgano de administración electoral como al jurisdiccional electoral, en el marco de sus competencias, la responsabilidad de promover, garantizar y proteger los derechos políticos de las mujeres; así como atenderlos y resolverlos (Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política, 2016).

A partir de este enfoque, desde el Tribunal Contencioso Electoral (TCE), a medida que se presentaban casos, se identificaron supuestos para determinar si, efectivamente, correspondían a infracciones tipificadas como violencia política de género.

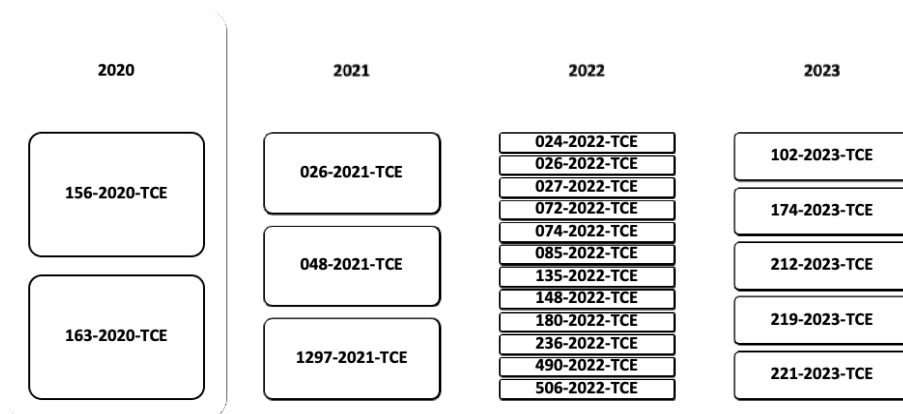
Ejemplo de ello, fue el caso expuesto en la causa Nro. 861-2021-TCE, que derivó de un proceso de revocatoria del mandato de una autoridad municipal, es decir, si bien el objeto era una decisión administrativa relacionada con la democracia directa, también se abordó el análisis respecto a la restricción del ejercicio del cargo de una mujer, por lo que, por primera vez se habló en una sentencia de violencia política, abriéndose el camino para lo que sería materia de denuncias y reflexión sobre esta temática.

DECISIONES ADOPTADAS EN CASOS DE VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO

El Tribunal Contencioso Electoral está construyendo su andar, hasta lograr, en las últimas sentencias, sostener el juzgamiento y la sanción desde una perspectiva de género, analizando la complejidad y circunstancias propias de cada caso. Es así que, a partir de esta nueva competencia, el TCE ha conocido y resuelto, las siguientes causas:

Cuadro 5

Causas por VPG ingresadas en el TCE



Fuente: Datos secretaría general TCE.

En este marco, de la totalidad de las causas, se analizarán cuatro casos de violencia en contra de mujeres resueltos por el TCE, en los cuales se dictó sentencia de mérito para luego establecer los desafíos que aún restan para administrar justicia con una perspectiva de género.

Causa Nro. 024-2022-TCE

Quienes *“limiten o nieguen arbitrariamente el uso de cualquier recurso o atribución inherente al cargo político que ocupa la mujer, impidiendo el ejercicio del cargo en condiciones de igualdad”*, causal 10 del artículo 280 del Código de la Democracia.

En esta causa, la denunciante fue una servidora pública de elección popular período 2019-2023, de forma específica, desempeñaba el cargo de vocal de la junta parroquial rural de Chamanga, en el cantón Muisne, provincia de Esmeraldas. La denuncia se dirigió en contra del presidente del referido Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) parroquial, dado que éste último ejecutó varios actos en contra de la denunciante.

El Tribunal Contencioso Electoral (TCE) determinó que las decisiones administrativas encabezadas por el infractor, en la época de la pandemia del COVID-19, perjudicaron a la denunciante, ya que el hecho de no haber cancelado sus remuneraciones por alrededor de un año, no le permitió cubrir sus necesidades básicas. Además, el haber eliminado a la servidora de la cobertura del seguro social, supuso una restricción del derecho a la salud y a la atención médica. Esto se agravó cuando la denunciante estuvo en período de gestación y lactancia, donde se evidenció una mayor vulnerabilidad.

Así mismo, el TCE estableció que las decisiones administrativas del denunciado implicaron dedicación de tiempo y de recursos por parte de la denunciante para acudir a otras instancias administrativas, así como de la justicia ordinaria y constitucional. Por ello, consideró que todos los hechos estuvieron orientados y lograron impedir que la denunciante ejerza las funciones correspondientes a su cargo.

De este modo, el Tribunal concluyó que la conducta del denunciado se enmarcó en el numeral 10, del artículo 280 del Código de la Democracia, que describe como violencia política de género, a cualquier acto que: *“Limite o niegue arbitrariamente el uso de cualquier recurso o atribución inherente al*

cargo político que ocupa la mujer, impidiendo el ejercicio del cargo en condiciones de igualdad”.

Por estos hechos, se dispuso como sanción al denunciado el pago de una multa de 35 salarios básicos unificados y la suspensión de sus derechos políticos por el tiempo de cuatro años. Además, se ordenó la publicación de la sentencia en la página web institucional del (GAD) parroquial, disculpas públicas a la denunciada y la realización de un curso sobre derechos humanos y violencia política de género para los servidores de dicha institución parroquial.

Durante la fase ejecución de la sentencia se analizó que la sanción de suspensión de los derechos de participación implica el impedimento de desempeñar funciones públicas y es de naturaleza eminentemente dispositiva y, por tal, de inmediato cumplimiento; por lo mismo, debía ser ejecutada a partir de la ejecutoría de la sentencia. De igual manera, se determinó un cumplimiento defectuoso e incumplimiento parcial del fallo. El proceso fue archivado y remitido al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral para su reenvío a la fiscalía ante la falta de pago de la sanción pecuniaria.

Causa Nro. 026-2022-TCE

Previo a abordar el análisis que realizó el TCE es necesario precisar que la candidatura para alcalde es unipersonal, sin que el Código de la Democracia prevea candidato suplente o binomio, por lo que, la segunda autoridad, es decir el vicealcalde o vicealcaldesa, es designado al interior del cuerpo colegiado del gobierno autónomo descentralizado municipal, bajo el criterio de paridad.

En este contexto, el 24 de febrero de 2022, se presentó una denuncia en contra del alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Paltas, dado que la denunciante fue cesada en sus funciones como vicealcaldesa de dicho GAD.

En el presente caso, la designación de un nuevo vicealcalde fue, en su momento, declarada como violatoria de derechos constitucionales por un juez constitucional, en razón de que se aplicó de forma retroactiva una ordenanza promulgada con especial dedicación para cesar a la denunciante de su cargo, lo que vulneró el derecho a la seguridad jurídica.

De la revisión de los hechos, el TCE destacó que el infractor cesó en funciones a la denunciante, sin haber sometido a votación dicha moción, por

lo que no contó con la aprobación del Pleno del Concejo Municipal. Siendo así, concluyó que, haber terminado de forma arbitraria las funciones como vicealcaldesa de la denunciante, puso en evidencia la existencia de la materialidad de la infracción contenida en el numeral 10 del artículo 280 del Código de la Democracia.

Respecto de la responsabilidad del denunciado, el Tribunal precisó que la única persona que actuó con la finalidad de dar por concluido el período de funciones fue el entonces Alcalde del cantón Paltas, y que su accionar estuvo orientado a impedir y restringir el ejercicio del cargo de la denunciante.

En este fallo, el órgano de administración de justicia electoral realizó varias consideraciones sobre en qué consiste y de qué manera se manifiesta la violencia política de género. Para ello, acogió la definición adoptada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) de México, que señala que la violencia política:

Comprende todas aquellas acciones u omisiones de personas, servidoras o servidores públicos que se dirigen a una mujer (en razón de género), tiene un impacto diferenciado en ellas o les afectan desproporcionadamente, con el objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio del cargo. (TEPJF, 2016)

De igual manera, el TCE recordó que conforme lo ha determinado la Organización de Naciones Unidas (ONU):

La Violencia Contra la Mujer en la Política, como todas las formas de violencia basada en el género, constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer, prohibida por las normas internacionales de derechos humanos, en virtud de las cuales los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer, ya sean cometidas por agentes estatales o no estatales. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de erradicar y prevenir los actos de violencia contra la mujer en la política. (ONU, 2018)

Una vez que realizó estas consideraciones, decidió sancionar al denunciado por ser responsable de violencia política de género, de forma específica, por haber impedido el ejercicio del cargo de la denunciante en condiciones de igualdad, es decir, por su condición de mujer; por ello, le impuso una sanción de 25 salarios básicos unificados, la suspensión de los derechos de participación por dos años y, como medidas de reparación, ordenó que se emitan

las correspondientes disculpas públicas, la publicación de la sentencia en la página web del GAD de Paltas y la capacitación en temas de violencia política de género a los servidores de la institución.

De esta decisión, el ciudadano sancionado presentó acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, la cual no superó la fase de admisibilidad.

Causa Nro. 1297-2021-TCE

“Pasar del tubo a la curul y surgen estas argucias torpes” (Artículo 280, causal 7, Código de la Democracia).

Este caso se originó a partir de una denuncia presentada por una asambleísta en contra de otro legislador, por cuanto este último emitió comentarios descalificadores en su contra dentro de la plataforma digital “Twitter”, el matiz diferenciador es que, en este contexto, la violencia se produjo a través de las redes sociales.

Dentro del análisis, el Tribunal Contencioso Electoral invocó los principios de comunidad y unidad de la prueba, ya que fue el propio denunciado, quien introdujo la prueba que sirvió de sustento para verificar la ocurrencia del hecho. Además, consideró que, al momento de contestar los cargos, el imputado no negó el objeto de la denuncia, y, por el contrario, intentó justificar que sus expresiones fueron realizadas en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

De esta forma, el TCE acreditó la real existencia de los hechos que consistieron en la publicación del tweet, con el siguiente contenido: “pasar del tubo a la curul y surgen estas argucias torpes”, esto, en alusión a la labor de fiscalización que se encontraba desempeñando la denunciante.

Para ello, el Tribunal, dentro de su labor interpretativa de la norma, determinó que la configuración normativa, en específico, el segundo inciso del artículo 280 del Código de la Democracia establece que no es necesario verificar el resultado para que se configure la infracción, puesto que es suficiente que el acto pretenda “acotar, suspender, impedir o restringir el accionar o el ejercicio de las funciones propias del cargo.”

Sobre el numeral 7, del artículo 280 del Código de la Democracia, el TCE analizó dos puntos en específico: primero, si el contenido del mensaje se encontraba basado en estereotipos de género o transmitía relaciones de dominación y desigualdad en contra de las mujeres; y, segundo, si tuvo la finalidad de menoscabar la imagen pública o los derechos de la denunciante.

En este contexto, el TCE concluyó que el mensaje emitido por el denunciado fue realizado con base en estereotipos de género, puesto que, el infractor para referirse a una actividad artística, como el *pole dance*, usó las palabras peyorativas “pasar del tubo”, lo cual denotó una concepción patriarcal de la misma, que concibe a esta como “cuestionable”, respecto de las mujeres.

Además, consideró que el denunciado a partir de la realización de esta actividad atribuyó una supuesta torpeza de la denunciante para el ejercicio de sus labores como legisladora, lo cual evidentemente reprodujo un estereotipo de género que censura esta práctica y que no tiene repercusión alguna en sus funciones públicas. También, resaltó que el mensaje partió de la premisa de que el desarrollar una actividad de este tipo constituye una barrera para desempeñar una ocupación pública, lo cual, reforzó un estereotipo de roles y de género.

Respecto del segundo supuesto, si el acto tuvo la finalidad de menoscabar la imagen pública o los derechos de participación de la denunciante, el Tribunal consideró que al cuestionar actividades de la vida privada, por el ejercicio de una función pública, en este caso de fiscalización, tenía como único propósito menoscabar la imagen pública de la denunciante, con el objetivo de mermar las tareas que por ley debe cumplir.

Una vez que el máximo órgano de justicia electoral analizó la responsabilidad y la materialidad de la infracción, pasó a determinar la sanción que debía ser aplicada. En el caso en concreto, y dado que la conducta del infractor no logró menoscabar los derechos de participación de la denunciante, ya que continuaba desempeñando sus funciones de legisladora, y, más bien tuvo la finalidad de menoscabar su imagen pública, el Tribunal impuso una sanción de 21 salarios básicos al denunciado (Voto de mayoría). Sin embargo, olvidó abordar las medidas de reparación, contempladas en el último inciso del artículo 70 del Código de la Democracia, lo cual fue analizado en los votos salvados.

Causa Nro. 135-2022-TCE

“La víctima no pierde esta condición por el hecho de que en el proceso contencioso electoral adquiera la calidad de denunciante” (Tribunal Contencioso Electoral, causa Nro. 135-2022-TCE, párrafo 103.2).

En este caso, una concejala accionó en contra de la máxima autoridad ejecutiva del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Otavalo, quien alegó prácticas indirectas y continuas que afectaban sus facultades como integrante del órgano de fiscalización y legislación.

De los hechos denunciados, únicamente se logró acreditar la obstaculización de la labor de fiscalización, puesto que cuando la máxima autoridad ejecutiva negó el acceso a la información pública, efectivamente se impidió ejercer la facultad de fiscalización inherente al cargo de concejal, motivo por el cual la denunciante tuvo que activar la vía constitucional para requerir información inherente a su cargo.

Sin embargo, no se logró demostrar que este obstáculo obedeció al género de la accionante y que la misma se sustentó en su condición de mujer feminista, favoreciendo a ciertos integrantes del cuerpo colegiado, en detrimento de otros, por lo que, el Tribunal Contencioso Electoral no contaba con los elementos necesarios para determinar que, si la denunciante no fuese mujer, se le hubiese atendido favorablemente sus solicitudes.

Lo expuesto, puso en evidencia, que las condiciones de acceso a la justicia para las víctimas por violencia política de género, no se encontraban plenamente garantizadas en el procedimiento contencioso electoral. En consecuencia, concluyó la necesidad de equilibrar las reglas de valoración de las pruebas y, con ello, garantizar el acceso a la justicia a la posición más vulnerable o a quien se encuentre en desventaja, motivo por el cual se estableció la reversión de la carga probatoria en las infracciones por violencia política de género.

Por lo que, a partir de este fallo, el TCE estableció la siguiente regla:

103.1. *Si bien por regla general en materia de infracciones, la carga de la prueba corresponde a quien afirma la existencia de un hecho u omisión y por tal, debe demostrarlo; también es necesario considerar que existen razones que permiten de forma justificada y razonable la reversión de la carga de la prueba.*

103.2. *En este sentido, la inversión de la carga de la prueba debe obedecer para favorecer en cierta medida a la posición más vulnerable, o a quien se encuentre en desventaja de probar un hecho determinado, no debemos olvidar que, en los casos de violencia política de género, la víctima no pierde esta condición por el hecho de que en el proceso contencioso electoral adquiriera la calidad de denunciante.*

103.3. *Lo dicho, en ninguna manera, se debe contraponer al principio constitucional de presunción de inocencia de la parte denunciada; sin embargo, cuando la víctima aporte indicios de existencia de discriminación, sea esta directa, indirecta, sistemática u otras, en el marco de lo contemplado como violencia política de género, se revierte la carga de la prueba por lo que la contraparte deberá desvirtuar la inexistencia de estos hechos en los que se sustenta la denuncia, lo cual será advertido en la admisión a trámite de la causa.*

103.4 *De igual manera, corresponde al juez de instancia designado por sorteo, requerir las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia discriminación. (Sentencia Nro. 135-2022-TCE, 2023)*

Sin embargo, dado que la causa se tramitó y sustanció bajo la premisa de que la denunciante debía probar los hechos y que el denunciando no se encontraba obligado a reproducir prueba; el órgano jurisdiccional electoral dispuso que esta regla regiría para los nuevos casos que ingresen para conocimiento y resolución del Tribunal, para lo cual, ordenó su difusión para conocimiento de la ciudadanía.

CONCLUSIONES

Las reformas implementadas en el Código de la Democracia en el año 2020 constituyen un hito para erradicar la violencia de género en la vida política de las mujeres; sin embargo, las mismas no fueron implementadas, en total congruencia, con lo que respecta al procedimiento contencioso electoral, por cuanto, las reglas de este procedimiento no difieren de las demás infracciones que conoce y resuelve el Tribunal Contencioso Electoral y que, en su gran mayoría, derivan de las acciones, hechos u omisiones que se producen en el proceso electoral.

En el juzgamiento de infracciones por violencia política no se encuentra un elemento diferenciador del resto de infracciones, puesto que se obvia equilibrar el derecho de defensa de la víctima en su nuevo rol como denunciante,

se omite establecer la obligación del juzgador de visibilizar situaciones de violencia o discriminación y, con ello, se limita requerir las actuaciones que sean necesarias para identificar las medidas de reparación y satisfacción hacia la víctima; en suma, no se reconoce la existencia de desigualdades y discriminación por razones de género.

Los fallos emitidos por el TCE son de reciente data, en sus inicios se verifica una mera aplicación de la norma y, posterior a ello, un análisis e interpretación de las causales para el caso en concreto, dotando de contenido a la norma, buscando una reparación a la víctima y, sobre todo, garantizando el acceso a la justicia electoral.

Las reglas establecidas en la causa Nro.135-2022-TCE constituyen un elemento diferenciador y evita la revictimización en los casos de violencia política de género, siendo responsabilidad de los operadores de justicia identificar, juzgar y sancionar conductas abusivas y antijurídicas de quienes detentan poder, en cumplimiento de su obligación de ser el garante del ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres que decidieron hacer política y tomar decisiones en la gobernanza del Ecuador.

A partir de esta decisión, empieza el verdadero reto de los jueces del Tribunal Contencioso Electoral, para juzgar la violencia con una perspectiva de género, lo cual no implica, en ningún momento, que la víctima tenga siempre razón en desmedro de la presunción de inocencia que le asiste al denunciado, sino que los operadores de justicia tienen la obligación de sensibilizarse sobre esta temática, darle credibilidad al testimonio de la víctima y garantizar un fallo en derecho libre de prejuicios, subjetividades y discrecionalidad.

REFERENCIAS

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449, Montecristi, 20 de octubre de 2008. Última reforma 25 de enero de 2021.
- Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial Suplemento 578, 27 de abril de 2009.
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Registro Oficial Suplemento 134, 03 de febrero de 2020.
- ONU Mujeres. (2019). *Estudio violencia política contra las mujeres en el Ecuador*. Esquel CNE.
- ONU. (2020). *Estudio cualitativo y cuantitativo sobre violencia política contra las mujeres en Ecuador en redes sociales*. ONU mujeres en Ecuador.

- ONU. (2022). *Mecanismo para acelerar la participación Política de las mujeres en América Latina y El Caribe*. ONU mujeres y PNUD en Ecuador.
- Organización de los Estados Americanos Comisión Interamericana de Mujeres. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). (2017). *Ley modelo interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en la vida Política*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-ES.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2019)
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México. (2016).
- Tribunal Contencioso Electoral.
- Unión Interparlamentaria (2016). *Sexismo, acoso y violencia contra las mujeres parlamentarias*. Boletín temático. Disponible en <https://www.ipu.org/file/8981/download>
- Unión Interparlamentaria (2018). *Sexismo, acoso y violencia contra las mujeres en los parlamentos de Europa*. Boletín temático.

EL RECONOCIMIENTO DE LAS DIVERSIDADES EN EL EJERCICIO DE UNA DEMOCRACIA EFECTIVA de pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de 2008

*Andrea Madrid Tamayo**

El art. 1 de la Constitución de 2008 establece que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. El reconocimiento de la diversidad y de las identidades culturales es esencial para el ejercicio de una democracia efectiva. Desde esta perspectiva, este artículo analiza los hitos del relacionamiento del Estado con pueblos y nacionalidades indígenas presentes en la Constitución de 2008. En el marco de los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas legitimados en la Constitución se observa la relevancia de garantizar estos derechos para el funcionamiento y fortalecimiento de un sistema democrático.

INTRODUCCIÓN

A finales de los noventa, el movimiento indígena se constituyó en un actor social y político clave, que buscaba, la reivindicación de derechos (García y Tuaza, 2007:2). En Ecuador, desde 1986 la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) (principal organización indígena del país), ha liderado las movilizaciones para visibilizar sus demandas (fuertemente empoderadas en junio de 1990), resultado de las cuales, casi dos décadas después, se consigue la declaración de Estado plurinacional e intercultural (García y Tuaza, 2007:3). Frente a esto es necesario considerar algunos antecedentes:

- a. Tras la independencia, el Ecuador hereda una estructura colonialista del poder y del saber (Quijano, 2000: 209-212). El carácter clasista y racista se hizo explícito, con el inicio de la época republicana, en la Constitución de 1830, en donde se estipuló como requisito para ser considerado/a como ciudadano/a ecuatoriano/a, saber leer y escribir. Esto a pesar de

* Investigadora del Instituto de la Democracia.

- que, según el censo de 1950, el 44 % de la población, y casi la totalidad de los/as indígenas, eran analfabetos/as (PNBV, 2009-2013:47); es decir, los/as indígenas fueron relegados/as del proceso de construcción del Estado-nación. Este requisito se eliminó recién en la Constitución de 1979, en donde se sustituyó dicho artículo por el siguiente “Art. 12.- Son ciudadanos los ecuatorianos mayores de 18 años”.
- b. La población indígena sigue siendo la más pobre del Ecuador. La desigualdad de la sociedad ecuatoriana, la discriminación y exclusión sistemática de esta población es una forma de colonialidad o de colonialismo interno (Altmann, 2013:137). El colonialismo interno se refiere al legado histórico de un sistema colonial que se perennizó en la república que ocultó y negó lo indígena y desde el cual se reivindicaron las construcciones del saber y del conocimiento racistas (Quijano, 2000: 204). Desde esta posición se estructuraron las élites sociales en función de características raciales (Radcliffe y Westwood, 1998:34), otorgando mayor valor y legitimidad a lo generado por la sociedad blanco-mestiza; continuando con la colonización y sus sistemas de explotación.

América Latina ha sido un laboratorio sociopolítico, respecto a la puesta en marcha de las reformas estatales de los gobiernos que, en la década del 2000, fueron considerados como progresistas. En el marco de estos gobiernos, en Ecuador en el año 2008 se aprobó una nueva Constitución, que, entre otros varios elementos, caracterizó al Estado como “plurinacional e intercultural”. Esto marcó un hito en el reconocimiento de una multiplicidad de pueblos y nacionalidades dentro del denominado “Estado-nación”. Las nacionalidades indígenas se convirtieron en actores colectivos (Altmann, 2013:133); es decir, entidades históricas y políticas, que al igual que la nacionalidad mestiza, tienen un reconocimiento expreso en torno a su identidad, historia, cultura, lengua, etc. (Walsh, 2008:18).

La caracterización del Estado establecida en la Constitución de 2008, en donde se define al Ecuador como un: “... Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...” (Constitución, 2008: Art. 1), generó múltiples debates. Entre ellos, en relación a cómo entender la nación y lo plurinacional; a la manera en que históricamente se habían generado las relaciones interculturales, al sentido de la plurinacionalidad y la interculturalidad como la característica

del Estado; sobre la homogeneización de “lo mestizo” para preguntarse por “lo indígena” e incluso en torno a la sostenibilidad misma del Estado-unitario en su perspectiva más ortodoxa.

A partir de estos antecedentes, el presente artículo analiza los hitos del relacionamiento del Estado con pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de 2008, para acercarnos a la reflexión sobre la importancia del reconocimiento de la diversidad y de las identidades culturales en el ejercicio de una democracia efectiva. Es decir, en el marco de los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas legitimados en la Constitución se hace un análisis sobre la importancia de la garantía de los derechos fundamentales como esenciales en el marco del funcionamiento y fortalecimiento de un sistema democrático.

El reconocimiento de la diversidad y de las identidades culturales es fundamental para el ejercicio de una democracia efectiva, para el funcionamiento democrático y la construcción de una sociedad más inclusiva y justa. Estas reflexiones surgen a la luz de dos lineamientos teóricos importantes. Por un lado, como ha señalado Robert Dahl: “La democracia consiste... no sólo en procesos políticos. También es necesariamente, un sistema de derechos fundamentales” (Dahl, 2008: 24). El autor enfatiza que la democracia va más allá de ser simplemente un proceso electoral; también es un sistema de derechos. Es decir, no puede limitarse a la celebración de elecciones periódicas o a la toma de decisiones por mayoría. Aunque estos aspectos son esenciales, la democracia implica también la protección y promoción de una serie de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la igualdad ante la ley, la libertad de asociación, la protección de la población que ha sido históricamente excluida, entre otros.

El cumplimiento de los derechos, económicos y sociales son indispensables porque ratifican los sentidos de la democracia en la medida en que garantizan que las voces de toda la ciudadanía sean escuchadas y respetadas, independientemente de su origen étnico, religión, género, orientación política, o condición económica. Cuando Dahl (2008) se refiere a la democracia como un sistema de derechos fundamentales, destaca la importancia de crear un entorno en el que la diversidad de opiniones y perspectivas no solo sea tolerada, sino también valorada. Y esto no solo puede aplicarse a la ciudadanía en su trato entre sí, sino también a la relación entre el Estado y sus ciudadanos/as. La democracia implica que el gobierno debe actuar dentro de límites establecidos para proteger los derechos individuales y colectivos (Dahl, 2008),

y esto debería garantizar que los derechos humanos y los derechos colectivos mínimos van a ser respetados y cumplidos.

En este sentido, el documento se ha estructurado en tres partes. En la primera se realiza una introducción con los antecedentes de la reflexión y algunos elementos formales a nivel metodológico (objetivo, anclaje teórico, estructura). A continuación, se esboza una conceptualización de las formas de relacionamiento del Estado con los pueblos y nacionalidades indígenas para entender los avances de la Constitución 2008. Y finalmente se revisan los aportes constitucionales para el reconocimiento de la diversidad cultural a partir de la revisión del articulado de la Carta Magna de 2008.

MULTICULTURALISMO, PLURICULTURALIDAD, INTERCULTURALIDAD Y PLURINACIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Desde sus movilizaciones y demandas, el movimiento indígena de América Latina generó reflexiones respecto al reconocimiento y garantía de sus derechos colectivos, al ejercicio de las autonomías y a las formas de relacionamiento entre las diferentes culturas (García y Tuaza, 2007:3).

En la búsqueda por dar respuestas frente a los conflictos interétnicos, y a las situaciones de exclusión de la población, el movimiento indígena retoma los términos de multiculturalidad, plurinacionalidad e interculturalidad, surgidos en los debates académicos de las Ciencias Sociales en Europa, Estados Unidos y Canadá a partir de 1970 (García y Tuaza, 2007:18). Estos términos son reapropiados para dotarles de una connotación política enfocada en el reconocimiento de la diferencia cultural de los Estados construidos sobre los modelos monoculturales (García y Tuaza, 2007:2).

Estos relacionamientos entre diferentes culturas que interactúan al interior de un mismo territorio, pero que además da cuenta del tipo de vinculación entre el Estado y las culturas no hegemónicas, se han conceptualizado desde diferentes perspectivas: 1) la multiculturalidad o multiculturalismo; 2) la pluriculturalidad o pluriculturalismo; 3) la interculturalidad; y, 4) la plurinacionalidad. Es importante revisarlos para identificar las progresiones y logros alcanzados en la Constitución de 2008 y la importancia en términos de garantía de derechos y libertades que esto supone para Ecuador.

Multiculturalidad o multiculturalismo en el contexto latinoamericano

El multiculturalismo o multiculturalidad se fundamenta en la tolerancia y la igualdad, sin enfocarse de manera crítica en las desigualdades sociales existentes, ni en las interrelaciones inequitativas sobre las que se levanta la sociedad (Garcés, 2009:25). Tiene sus orígenes en países occidentales (Schavelzon, 2015:112), reconoce las comunidades diversas, la pluralidad étnico-cultural, el derecho a la diferencia y a la coexistencia de culturas diversas en un mismo territorio (múltiples culturas juntas) (Walsh, 2012:24). Sin embargo, no profundiza en el tipo de relaciones que existen entre estas culturas, lo que oculta y deja en segundo plano las relaciones de poder y las desigualdades sociales (Garcés, 2009:24; Walsh, 2008:6).

La multiculturalidad ha sido muy criticada, en tanto si bien existe un reconocimiento formal y nominal de la diversidad; su “neutralidad” impide transformar la historia de las relaciones desiguales que, en Latinoamérica, ha sido injusta con los pueblos y las nacionalidades no hegemónicas (Viaña, 2010:98).

Esta forma de relacionamiento es visto por Zizek (1998) como un nuevo mecanismo de colonialidad en donde a pesar del reconocimiento de las diferencias culturales, no se establecen relaciones horizontales entre la matriz cultural dominante (desde la que se definen las formas de relacionamiento), y las múltiples culturas. En esta línea se enmarcan las acciones y lineamientos que sobre los pueblos y nacionalidades plantean los organismos internacionales y corporaciones que intervienen en la política local, mediante los cuales “domesticar la diferencia poniéndola bajo el control de ciertas instancias supranacionales” (García y Tuaza, 2007:5).

Los Estados que se reconocieron como multiculturalistas asumieron la igualdad de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía (que llegaron de la mano de la ilustración), y el liberalismo en la construcción del Estado-nación, el cual se fundamentó en las prácticas sociales y culturales de la población blanco-mestiza, que fueron planteadas como expresión nacional dejando por fuera al resto de sociedades diversas, las cuales quedaron expuestas a las políticas de exclusión y asimilación de la cultura hegemónica (García y Tuaza, 2007:6-7).

Bajo estos criterios, la expectativa a largo plazo por parte del Estado, se enmarcaba en que estos grupos se inserten en la cultura predominante a

nivel nacional vía asimilación y para ello se desarrollaron políticas tendientes a restringir la posesión de tierras y sus prácticas culturales: lengua, religión, autogobierno, etc. (García y Tuaza, 2007:7).

Por otro lado, a pesar de reconocer la injusticia histórica de asimilación y exclusión que se había cometido con pueblos y nacionalidades (García y Tuaza, 2007:7); se generaron políticas que, aunque no explícitamente, terminaron reivindicando una hegemonía cultural sobre la que se construyó la “identidad nacional”: un sistema educativo, un sistema de salud, una historia, una lengua, determinados símbolos nacionales, etc. (García y Tuaza, 2007:7).

Desde la perspectiva de García (2007), el discurso multiculturalista es funcional al sistema capitalista neoliberal y ha sido elaborado de manera externa “por los organismos económicos y políticos internacionales que intentan fomentar la cultura hegemónica desplazando a las culturas locales”, reivindicando la necesidad de conservar las culturas diversas, pero sin reflexionar sobre sus condiciones sociales, económicas y políticas (citado por García y Tuaza, 2007:8).

Pluriculturalidad o pluriculturalismo

Este término tiene una raíz más cercana a América Latina, da cuenta de la diversidad plural de pueblos y nacionalidades representantes de una multitudinaria diversidad cultural que han convivido con la sociedad blanco-mestiza en un mismo territorio, en donde el mestizaje ha jugado un papel preponderante, para determinar una interrelación inequitativa (Walsh, 2008:6).

La afirmación de la diversidad cultural y el reconocimiento de las múltiples nacionalidades y pueblos en el caso ecuatoriano, fue el resultado de la lucha del movimiento indígena, a lo largo de casi toda la historia republicana (Macas, 2009:81). Sin embargo, la pluriculturalidad tampoco trasciende la afirmación de la existencia de pueblos diferentes; a pesar de que se manifiesta la necesidad de generar una interrelación respetuosa, tolerante e igualitaria, no se rompen las fronteras culturales, ni se propicia una emancipación desde lo plural y diverso (Macas, 2009:93-94).

El pluriculturalismo se institucionaliza en Ecuador, tras los levantamientos del movimiento indígena, durante los años 90. En este período se reconoció la pluriculturalidad del Estado (Constitución 1998), pero también se obstaculizaron los proyectos de legislación secundaria propuestos por los pueblos indígenas.

Si bien se reconoció la existencia de la diversidad, no se transformaron las relaciones de poder cotidianas (Encalada, 2012:13).

Lo pluricultural “se basa en el reconocimiento de la diversidad existente, pero desde la mirada de la cultura dominante y nacional” (Garcés, 2009:25). Es el modelo más utilizado en Latinoamérica, en particular en la región andina, donde se incorpora la diversidad cultural en las estructuras de poder e institucionales, las cuales han sido diseñadas y establecidas por la sociedad blanco-mestiza (Walsh citada por Garcés, 2009:25).

“El paso de la coexistencia, tolerancia y convivencia entre desiguales a la construcción de una comunidad de ciudadanos –una comunidad de iguales– es el paso de una concepción multicultural de ciudadanía a una intercultural” (PNUD Bolivia, 2007:96 citado por Viaña, 2010:98).

Frente a la crítica explícita hacia el pluriculturalismo se empieza a introducir el concepto de interculturalidad. No obstante, inicialmente, en su “acepción dominante”, se fundamenta en los mismos principios que el multiculturalismo (Viaña, 2010:98).

La interculturalidad como propuesta latinoamericana

La interculturalidad es parte de una lucha llevada adelante por los pueblos y nacionalidades indígenas de América Latina y el Ecuador desde 1990 (García y Tuaza, 2007:11). Inicialmente estuvo dirigida hacia el sistema educativo y poco a poco se orientó a la búsqueda por transformar el sentido de las políticas públicas y del Estado (García y Tuaza, 2007:11).

Existen por lo menos dos líneas conceptuales alrededor de la interculturalidad. La primera, la describe desde su acepción literal como un “encuentro entre culturas”, alrededor del cual subsisten relaciones de poder verticales, sobre las cuales no se focaliza el debate (Garcés, 2009:24). Este concepto enfatiza la interrelación, el diálogo y el respeto entre culturas (Viaña, 2010:98), pero no cuestiona los cimientos de su estructura, los cuales son, en esencia, inequitativos y no horizontales. Sin embargo, a pesar de buscar un “diálogo intercultural”, no dispone de las condiciones ni el deseo real de propiciarlo, a pesar de que afirma que lo podría hacer, es decir, esta visión no cuestiona las relaciones de poder ni las estructuras de dominación que constituyen la base de la “macrocultura o matriz civilizatoria moderna” (Viaña, 2010:98).

La segunda línea, desde una mirada más crítica, sostiene que considerar a la interculturalidad solo como un diálogo de saberes, no transforma las relaciones inequitativas, ni la matriz desde la que se plantea este “encuentro entre culturas” y que este concepto debe ser visto más como “una alternativa ético-política” frente a las desigualdades del Estado “igualitario” que no ha conseguido equidad, tolerancia, libertad política ni solidaridad social (Tubino, 2005).

Es decir, en los procesos interculturales, la matriz sobre la que se plantea la interacción ha seguido siendo la blanco-mestiza, y por lo tanto el diálogo que se genera no permite un aprendizaje real sobre los sistemas culturales y las diferentes formas de entender el mundo (García y Tuaza, 2007:15). El aprendizaje intercultural ha sido definido unilateralmente para los/as indígenas, afroecuatorianos/as o montubios/as; la población mestiza no ha tenido que aprender ni replantearse nada respecto al funcionamiento de la interculturalidad y los sistemas de educación, salud, justicia, etc., en tanto éstos se siguen manejando desde sus fundamentos culturales (García y Tuaza, 2007:15).

Esto en la práctica legitima las relaciones de poder existentes, invisibilizando la pobreza detrás del diálogo intercultural (citado por García y Tuaza, 2007:13). Esta forma de entender la interculturalidad es criticada por Sarela Paz (1998), quien argumenta que –al enfatizar las actitudes positivas o negativas– debilita su cuestionamiento a las estructuras de poder “configuradas colonialmente” (Garcés, 2009:25). Este acercamiento a la interculturalidad es denominado como “funcional” en tanto promueve el diálogo (positivo o negativo) entre las diversas culturas, (Garcés, 2009:25), pero reproduce “visiones y conceptos funcionales a la dominación a nombre de atenuarla” (Viaña, 2010:98).

Y es justamente esta la diferencia entre la interculturalidad en relación con la pluriculturalidad o la multiculturalidad. Más allá de que éstas últimas den cuenta de un conjunto de nacionalidades o pueblos dentro de un mismo territorio, la interculturalidad debería fundamentarse en la necesidad de repensar las interacciones y las relaciones al interior del Estado, para transformar las asimetrías sociales entre los/as diferentes (Walsh, 2002:24 citada por Encalada, 2012:13).

Desde una perspectiva crítica –más allá de la “interculturalidad funcional”; denominada así por Viaña– la interculturalidad es un proyecto político

social que apunta hacia la transformación de las relaciones al interior de la sociedad, para generar nuevas y mejores condiciones de vida (Walsh, 2008:6).

“A diferencia de la multi y pluriculturalidad, que son hechos constatables, la interculturalidad aún no existe, se trata de un proceso a alcanzar por medio de prácticas y acciones concretas y conscientes” (Garcés, 2009:27).

La interculturalidad, como principio ideológico del proyecto político de la CONAIE (1998), debe ser eje transversal para todos los actos e instancias de gestión política, y un principio primordial para sus reformas. Para desde ahí, generar transformaciones estructurales en el Estado cuya génesis se fundamenta en patrones coloniales en los cuales se sintetiza la inequidad y la explotación (Walsh, 2008:7). En este sentido, la interculturalidad crítica apuesta por trascender el respeto, y la tolerancia a la diversidad cultural, proponiendo concretar interrelaciones equitativas “desde el reconocimiento del conflicto inherente en las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder” (Walsh, 2008:6).

La construcción teórica de lo plurinacional

La conceptualización del Estado plurinacional e intercultural ecuatoriano se ha realizado con diferentes aportes. Por un lado, la CONAIE como máxima organización representante de los pueblos y nacionalidades del país; por otro lado, desde la perspectiva del Estado ecuatoriano; y finalmente también los espacios generadores de conocimiento científico como la academia.

La plurinacionalidad fue planteada como una alternativa para transformar las características bajo las cuales se conformó en 1830 el Estado ecuatoriano, es decir, como un nuevo modelo de organización política que busca desechar los sesgos coloniales y mono culturales de la República (CONAIE, 2007:5).

Esto se sustenta en que el Estado –fundado tras la independencia por la oligarquía liberal y el reformismo mestizo– incorporó estructuralmente prácticas colonizantes, excluyentes e inequitativas (Walsh, 2008:16-17). El Estado nación fue concebido desde una perspectiva unilineal blanco-mestiza, la cual invalidó otras formas de ver el mundo y de concebir las identidades, el territorio, la naturaleza, la administración, el poder, entre otros (Walsh, 2008:17).

Este modelo de organización política para la descolonización, parte del reconocimiento de múltiples culturas en el país, y busca integrar formas comunitarias tradicionales y la participación plena de todos los pueblos y

nacionalidades en la toma de decisiones de “todos los temas” incluyendo aquellos estratégicos para el Estado (Altmann, 2013:134-135).

La plurinacionalidad se enfoca en las estructuras de poder, busca redefinir a la nación y al Estado europeo, edificando un Estado ecuatoriano sustentado en la diferencia (Altmann 2013:136). Es una alternativa para revertir la matriz colonial y eliminar los rezagos eurocentristas y etnocéntricos, que permearon a toda la sociedad ecuatoriana, elementos que, desde la perspectiva de la CONAIE, ameritan la refundación del Estado (CONAIE, 1994:6).

La plurinacionalidad refleja la lucha incesante de los pueblos frente a una “ciudadanización” homogeneizadora, individualista, contraria al entendimiento de la comuna y del colectivo como elementos esenciales para la construcción de la sociedad en el mundo andino (Macas, 2009:87-88). Es decir, la plurinacionalidad se focaliza en el desarrollo de herramientas para enfrentar el colonialismo interno y generar rupturas con el Estado liberal (Macas, 2009:83).

Esto desde la perspectiva de que, la plurinacionalidad no intenta reformar al Estado actual, sino reemplazarlo-refundarlo con el propósito de desaparecer su matriz colonial y los rezagos eurocentristas y etnocéntricos de la colonia, los cuales permearon al conjunto de la sociedad ecuatoriana (CONAIE, 1994:6). Por lo tanto, la plurinacionalidad e interculturalidad son mecanismos “para romper las estructuras de saber eurocentradas”, y descolonizar las relaciones entre los pueblos y nacionalidades y sus maneras de construir identidades (Altmann 2013:136).

APORTES CONSTITUCIONALES PARA LA LEGITIMACIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Estas diferentes formas de relacionamiento con el Estado han ido de la mano con los planteamientos de los movimientos sociales y particularmente del movimiento indígena. Desde 1990, se empezaron a gestar “rupturas históricas y cambios” en los procesos sociopolíticos en la región andina (Walsh, 2012:95). Entre 1989-1992, el movimiento indígena protagonizó varios levantamientos y movilizaciones para exigir reivindicaciones a nivel económico, político, social y cultural al Estado ecuatoriano (Cordero, 2012:135); bajo la idea de que: “...en el Ecuador el problema del indio no es únicamente un problema pedagógico, eclesiástico o administrativo como señalan los sectores dominantes”, esta

situación requiere de una transformación económica-política y estructural de carácter nacional, en la que se involucre toda la sociedad (CONAIE, 1994:5).

Es recién en 1998, luego de 168 años de república, que se declara constitucionalmente el carácter pluricultural y multiétnico del Estado (CRE 1998, Art. 1), se acepta el uso oficial para los pueblos indígenas de los idiomas ancestrales (CRE 1998, Art. 1), se garantiza estatalmente el sistema de educación intercultural bilingüe (CRE 1998, Art. 69), se reconocen los derechos colectivos y la autodefinición de los pueblos indígenas como “nacionalidades” con raíces ancestrales y a los pueblos negros o afroecuatorianos como parte del Estado ecuatoriano (CRE, 1998: Art. 83) (Constitución 1998).

“...en el territorio del Ecuador coexisten con la mayoría mestiza alrededor de 13 naciones o nacionalidades indígenas como prefieren autodenominarse, amparados en el reconocimiento que la constituyente de 1998 hiciera de su derecho a denominarse según ellos decidan” (Trujillo, 2012:306).

A pesar de estos avances, ya entrada la siguiente década, la Constitución de 2008, la cual en hito en el reconocimiento de los derechos colectivos y en la reivindicación de los derechos de las diversidades, fue aprobada en referéndum constitucional, por el 63,3 % de los/as votantes. Su texto asume el reto de saldar la deuda que la historia republicana del país había mantenido con las mayorías diversas, incorporando en su articulado los criterios de plurinacionalidad e interculturalidad propuestos en el Proyecto político de la CONAIE (Cordero, 2012:134).

La Constitución de la República caracteriza al Estado como constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, único e indivisible “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad” (CRE, 2008: Art. 1). De esta manera, el Ecuador legitima la presencia de 14 nacionalidades y 21 pueblos pertenecientes a comunidades ancestrales¹, además del pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio como integrantes del Estado ecuatoriano, único e indivisible (CRE, 2008: Art. 56), y determina, de manera jerárquica, que la “nacionalidad ecuatoriana” es el vínculo jurídico y político, sin impedir la pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas

1 En la amazonia: Achuar, A'í Cofán, Huaorani, kichwa, Secoya, Shiwiar, Shuar, Siona y Zápara; En la costa: Awá, Chachi, Epera y Tsa'chila; y la nacionalidad Kichwa en el área andina, cada una de las cuales tiene en su seno a diversos pueblos (CONAIE, 2007a).

del país (CRE, 2008: Art. 6). Además, se define como sus idiomas oficiales al castellano, kichwa y shuar (CRE, 2008: Art. 2)

Asimismo, reconoce el carácter colectivo de los derechos, sus tradiciones ancestrales, sus formas de organización social, de generación y ejercicio de la autoridad y la práctica del derecho propio o consuetudinario en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral (CRE, 2008: Art. 57, 58, 59).

Pone énfasis en el reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo y discriminación étnica o cultural (CRE, 2008: Art. 57), y deja explícita la responsabilidad del Estado en legitimar las manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador (CRE, 2008: Art. 380). En la misma línea argumentativa, en cuanto a la igualdad en la diversidad, el Artículo 341 de la Constitución establece que: “El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad” (CRE, 2008: Art. 341).

En lo referente a la organización político-administrativa del territorio se determina la posibilidad de constituir circunscripciones territoriales para la preservación de la cultura de los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios (CRE, 2008: Art. 60). Igualmente, el Art. 242 señala que el Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales y que, por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas como regímenes especiales (CRE, 2008: Art. 242). Asimismo, determina que estas circunscripciones ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos (CRE, 2008: Art. 257).

En cuanto a la distribución y redistribución del presupuesto, el Art. 85, literal 3, dispone que: “El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de

bienes y servicios públicos...” y especifica que durante el ciclo de las políticas y en la prestación de los servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (CRE, 2008: Art. 85).

Esto, se complementa con el Art. 95, referente a la participación ciudadana (individual y colectiva), en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y al control popular de las instituciones del Estado y de sus representantes: “La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad, y que esta es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria” (CRE, 2008: Art. 95). Es decir, se señala explícitamente que el Ecuador legitima los mecanismos organizativos generados desde la epistemología de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias: la democracia comunitaria.

Con relación a la justicia indígena, la Constitución la reconoce como un mecanismo dentro de la Función judicial del Estado: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena, sujetas al control constitucional, sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” (CRE, 2008: Art. 171).

Por otro lado, se propone una nueva perspectiva del desarrollo nacional, que se presenta como distanciado del modelo neoliberal, y enfocado hacia un paradigma de crecimiento fundamentado en el Buen vivir, la vida plena o *Sumak Kawsay* (CRE, 2008: Art. 275). Esta es una percepción del desarrollo, retomada desde las epistemologías y cosmovisiones de los pueblos y nacionalidades (PNBV, 2009-2013: 27-28).

La noción de desarrollo es radicalmente diferente en esta cosmovisión, partiendo de que el *Sumak Kawsay* se fundamenta en un sistema comunitario para su funcionamiento; el “Buen vivir” es una estrategia que supone: “revisar y reinterpretar la relación entre la naturaleza y los seres humanos y reconocer

y revalorar el diálogo de los pueblos y de sus culturas, la igualdad y la justicia social” (PNBV, 2009-2013:10):

“El *Sumak Kawsay* no puede adaptarse al sistema actual, es imposible, es lo mismo que querer mezclar el agua con el aceite, es decir, por más esfuerzos que hagan el sistema actual es incompatible con el *Sumak Kawsay*” (Entrevista 14, dirigente indígena, comunicación personal, jueves 22 de marzo de 2018).

Es un mecanismo en el que se conjugan los ámbitos jurídico, político, económico, ambiental, social y cultural, y que está enfocado a cimentar la igualdad y el respeto a la vida (CODENPE, 2009:6), en el marco de un proyecto descolonizador más grande (Walsh, 2008:17).

La caracterización del Estado como plurinacional e intercultural conseguida en el 2008 va más allá de reconocer la existencia de múltiples nacionalidades dentro del territorio ecuatoriano, lo que, como se ha señalado, se consiguió ya con el Estado multicultural en la Constitución de 1998. La Constitución de 2008 legitima la convivencia de nacionalidades que, desde sus percepciones culturales, bajo las mismas condiciones que la sociedad mestiza pueden incidir, articular, administrar o transformar la forma actual del Estado.

CONCLUSIONES

El Estado ecuatoriano configuró una nación monocultural construida sobre los parámetros de una identidad blanco-mestiza y castellano hablante, que desconoció la multiplicidad de nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios y sus sistemas culturales (García y Tuaza, 2007:14). Desde el mestizaje se ha legitimado una forma de entender el mundo, sin considerar las distintas culturas que habitan el territorio ecuatoriano. Entender las ventajas de vivir en un país donde cohabitan múltiples pueblos y nacionalidades, parte de la comprensión de que ninguna cultura es perfecta, todas son perfectibles y por lo tanto pueden ser mejorables; por lo que se requiere cambiar los esquemas racistas y coloniales que impiden valorar y mirar con objetividad las diferentes prácticas culturales (Altmann, 2016:13).

Desde estos elementos, los sectores indígenas han cuestionado las construcciones sociales, políticas, culturales y económicas realizadas desde una visión occidental, y al hacerlo, desafían los conceptos clásicos de Estado-nación, plantean los derechos colectivos y la conformación de los Estados plurinacionales en el

marco de reformas constitucionales, que incluyen otras miradas para entender la administración estatal y sus sistemas: salud, educación, justicia, democracia, etc., (García y Tuaza, 2007:2). Tenemos una consigna, frente a los avances y progresismos del texto constitucional, hacer efectiva la Constitución de 2008, es aún un reto.

REFERENCIAS

- Altmann, Philipp (2013). "Interculturalidad y plurinacionalidad como conceptos decoloniales – Colonialidad y discurso del movimiento indígena en el Ecuador". En Cairo Carou, Heriberto; Cabezas González, Almudena; Mallo Gutiérrez, Tomás; Campo García, Esther del; Carpio Martín, José. XV Encuentro Latinoamericanistas Españoles. Madrid, España: Trama editorial, CEEIB. Pp.131-138.
- Altmann, Philipp (2016). "El Estado plurinacional en Ecuador o la esperanza de supervivencia de los pueblos indígenas". Entrevista de Philipp Altmann a Ileana Almeida. Disponible en: <https://lalineadefuego.info/2016/10/11/el-estado-plurinacional-en-ecuador-o-la-esperanza-de-supervivencia-de-los-pueblos-indigenas-entrevista-a-ileana-almeida/>
- CONAIE (1994). Proyecto Político de la CONAIE. Quito: Consejo de Gobierno de la CONAIE.
- CONAIE (1998). Proyecto de Constitución Política del Estado Plurinacional del Ecuador. Quito: CONAIE, Conferencia episcopal ecuatoriana, Gobierno del Ecuador, Banco Interamericano de Desarrollo.
- CONAIE (2007). "Principios y lineamientos para la nueva Constitución del Ecuador". Quito: CONAIE. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial de Ecuador Nro. 1. 11 de agosto de 1998. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial de Ecuador Nro. 449. 20 de octubre de 2008.
- Cordero Ponce, Sofía (2012). Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador. Nuevas ciudadanía, ¿más democracia? Revista Nueva Sociedad Nro. 240. Brasil, San Pablo: Revista brasilera de Ciencias Sociales de la Asociación Estudiantes de Ciencias Sociales. Pp. 134-148. Disponible en: www.nuso.org
- Dahl, Robert A. (2008). La igualdad política. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 132 pp.
- Encalada Falconí, Karla Monserrath (2012). Racismo en la administración de justicia en el Ecuador: el caso de Riobamba. Quito: FLACSO, Sede Ecuador. 2012. 133 p.
- Garcés, Fernando V. (2009). "De la interculturalidad como armónica relación de diversos a una interculturalidad politizada". En Jorge Víaña, Luis Claros, Josef Estermann, Raúl Fornet-Betancourt, Víctor Hugo Quintanilla, Esteban Ticona "Interculturalidad crítica y descolonización. Fundamentos para el debate". Bolivia, La Paz: Instituto internacional de integración del Convenio Andrés Bello, Ediciones exlibris Hernán Reyes Aguinaga.
- García S., Fernando y Tuaza, Luis Alberto (2007). Estudio sobre legislación intercultural en el Ecuador. Instituto de Estudios Ecuatorianos (IEE) ejecutor en Ecuador del Proyecto "Conflictos interculturales: Una respuesta democrática y participativa desde Ecuador, Perú y Bolivia".

- Macas, Luis (2009). "Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena en el Ecuador". En "Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad". Santiago de Chile: Colección Pensamiento Latinoamericano. Editorial Universidad Bolivariana S. A.
- Paz, Sarela (1998). "Los territorios indígenas como reivindicación y practica discursiva", Nueva Sociedad, núm. 156, pp. 120-130. Caracas.
- Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013. SENPLADES. Registro Oficial de Ecuador Suplemento Nro. 144. 5 de marzo de 2010.
- Quijano, Aníbal (2000). "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina". En Lander Edgardo (Comp.): La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Argentina, Buenos Aires: CLACSO.
- Radcliffe, Sarah; Westwood, Sallie (1998). Rehaciendo la nación: lugar, identidad y política en América Latina. Quito: Ediciones Abya Yala.
- Schavelzon, Salvador (2015). Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes. Quito: Ediciones Abya Yala, CLACSO. Pp. 269.
- Trujillo, Julio César (2012). "Plurinacionalidad y constitución". En De Sousa Santos, Boaventura; Grijalva Jiménez, Agustín (eds.): Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, Ediciones Abya Yala.
- Tubino, Fidel. (2005), La interculturalidad crítica como proyecto ético-político, Encuentro continental de educadores agustinos. Lima, 24-28 de enero de 2005
- Viaña, Jorge (2010). "Interculturalidad crítica y educación intercultural". En Viaña, Jorge; Tapia, Luis. Construyendo interculturalidad crítica. Bolivia, La Paz: Instituto internacional de integración del Convenio Andrés Bello. Ediciones exlibris Hernán Reyes Aguinaga.
- Walsh, Catherine (2008). Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente. Ecuador, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.
- Walsh Catherine (2012). "Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político epistémico en marcha". En Ramón Grosfoguel y Roberto Almanza Hernández (eds.). Lugares descoloniales. Espacios de intervención en las Américas. Colombia, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Pp. 95-118.
- Zizek, Slavoj (1998). "Multiculturalismo, la lógica cultural del capitalismo multinacional". En Zizek, Slavoj; Jameson, Fredric. Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo. México: Paidós.

PARTE II
PARTE GENERAL

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Realización en la sociedad actual

*Jacqueline Guerrero Carrera**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos teóricos. 2.1. Concepto. 2.2. Tipologías de la participación. 3. El derecho constitucional a la participación ciudadana en el estado constitucional de derechos y justicia. 4. La participación ciudadana en la sociedad actual. 4.1. Sociedad red: el contexto. 4.2. Participación ciudadana electrónica. 5. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la sociedad civil ha enfrentado niveles de restricción sin precedentes, resultado de factores condicionantes como el hecho de que un mínimo porcentaje de la población mundial vive en países con espacios cívicos completamente abiertos y tales espacios están seriamente restringidos en la gran mayoría de países. Por ese motivo, el patrón de restricción de la participación ciudadana condiciona la agenda mundial.

Específicamente, en el caso de Latinoamérica el informe de CIVICUS¹, sobre el estado de la sociedad civil al 2017, evidenciaba que el 60 % de los países de esta región presentaban un espacio cívico reducido, con la consiguiente afectación a alguna de las tres libertades fundamentales: asociación, reunión pacífica y expresión. Como consecuencia, el 45,41 % de la población en los países de América tenía espacios cívicos reducidos. Ello significa que no existe garantía de un espacio cívico adecuado, al tiempo de evidenciarse importantes amenazas a las libertades que son necesarias para el activismo y la participación. Sin embargo, el informe destacaba la permanente lucha de

* Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador, UIDE. Doctoranda en Derecho por la Universidad CEU San Pablo, España. E-mail: elguerrero@uide.edu.ec

1 CIVICUS es la Alianza Internacional para la Participación Ciudadana, de alcance mundial. Agrupa miembros y socios que constituyen una red influyente de organizaciones a nivel local, nacional, regional e internacional, y abarca todo el espectro de la sociedad civil, incluyendo: redes y organizaciones de la sociedad civil; sindicatos; redes basadas en la fe; asociaciones profesionales; organizaciones de desarrollo de capacidades de ONG; fundaciones filantrópicas y otros organismos de financiación; negocios; y programas de responsabilidad social.

la sociedad civil por ejercer las libertades de expresión, asociación y reunión pacífica. Por ese motivo el análisis enfatiza en la importancia de garantizar el acceso a la información, a través de medios de comunicación en línea y tradicionales, así como limitar el empleo de la seguridad nacional como justificación para la adopción de legislaciones que restrinjan los derechos y libertades que conforman el espacio cívico (CIVICUS, 2021). Para el 2019 el espacio cívico y la sociedad civil continuaban presentando severas restricciones, por lo que el análisis derivaba en la necesidad de lograr una democracia más profunda y de mejor calidad. Esto implica crear espacios democráticos inclusivos, que permitan escuchar la opinión de los ciudadanos y garantizar su participación (CIVICUS, 2019).

A finales del 2020 el 87 % de la población mundial vivía en países con graves restricciones al espacio cívico (CIVICUS, 2021). Tal situación se acentuó debido a la pandemia, cuya llegada ocasionó que la interacción física se redujera al mínimo, dando paso a un escenario virtual. Si bien el nuevo espacio virtual de participación ciudadana brindó la posibilidad de democratizar el debate, permitiendo la incorporación de sectores que incluso por razones geográficas o económicas permanecían marginadas, afrontó dificultades debido a las barreras tecnológicas que presenta como el acceso a Internet, la censura y la vigilancia o las nuevas formas de restricción como los ataques en línea y las leyes en contra de las “noticias falsas”. Además, puso en el debate la importante cuestión de quién controla los medios tecnológicos requeridos para la participación y consecuentemente los datos e información que se generan por el uso de las plataformas y los servicios digitales.

Sin duda, en algunos sentidos la participación ciudadana aumentó en la virtualidad, debido, principalmente, a la eliminación del proceso de traslado hacia los lugares donde tradicionalmente se realizan los foros y debates, permitiendo que voces diversas en todo el mundo se expresen. Pero, el espacio virtual también afronta desafíos, que además de ser inherentes a la tecnología, como la brecha digital, conllevan cambios en patrones tradicionales de actuación, como puede ser la interacción que se logra en los encuentros físicos.

Se evidenció también el recambio generacional de los movimientos, colectivos y organizaciones de la sociedad civil, cuyos integrantes y representantes más jóvenes han crecido en contacto con la tecnología móvil y las redes sociales. Estas nuevas generaciones tienen estructuras diferentes de participación,

potenciando el uso de redes sociales que trascienden el elemento temporal y territorial. Esto lo evidencia el informe Digital 2023 – Global Statshot Report, en el que se establece que en las redes sociales el número activo alcanzó los 4880 millones de personas, equivalente al 60 % de la población mundial. Es un dato significativo si se contrasta con el porcentaje de la población mundial que se considera internauta (64.5 %), evidenciando la potencialidad de las redes sociales como principal medio de comunicación a nivel mundial (We are Social, 2023).

Su fuerza está, sin duda, en las redes y el alto compromiso de sus integrantes que abren mayores posibilidades de acción para la ciudadanía. Sin embargo, en este espacio actualmente la ciudadanía libra también batallas diferentes, para enfrentar la desinformación y su difusión viral, los discursos de odio, las posiciones anti derechos, que en muchas ocasiones encuentran su fuente de origen en el Estado y grupos de poder que buscan atacar a la sociedad civil y menoscabar sus derechos. Esto prácticamente se ha convertido en un modelo de negocio de las redes sociales, denominado la economía de la desinformación.

En el escenario post pandemia cualquier análisis y estrategia sobre participación ciudadana, necesita incorporar el escenario virtual, pues sin duda la participación en línea demostró ser una alternativa relativamente segura e inclusiva, a fin de ampliar el número y diversificar los participantes, sin consideración de tiempo y espacio. Y, si se combina con la presencialidad el escenario mixto puede maximizar la capacidad de participación e impactar significativamente en la vida de la sociedad.

Con este panorama, la necesidad de lograr una participación ciudadana efectiva en la actualidad, ineludiblemente, debe considerar como variable a las TIC, no sin antes entender el contexto de la sociedad en la que vivimos, a partir del nuevo paradigma de la sociedad red. Por ello, el presente trabajo se desarrolla con base en dos ejes: el derecho fundamental a la participación ciudadana y su realización en el escenario de la sociedad actual, entendida en términos de la sociedad red.

La participación ciudadana es consustancial de la democracia y es un elemento esencial para la deliberación y el gobierno abierto. En los tiempos actuales, y con más razón en tiempos post pandemia, es indispensable repensar

la participación ciudadana a partir de su relación con las TIC y los cambios que han operado en la actuación ciudadana. Por ello el objetivo de este trabajo se aborda el derecho a la participación ciudadana desde su intersección con el espacio político virtual. La aproximación de los aspectos conceptuales de la participación ciudadana permite el desarrollo de la participación ciudadana electrónica, finalizando con algunas reflexiones sobre los retos que conlleva el ejercicio de nuevas formas de participación en la sociedad actual. Para tales fines se ha empleado una metodología descriptiva y analítica-reflexiva.

ASPECTOS TEÓRICOS

Concepto

Entender la participación ciudadana precisa partir del concepto de democracia y su complejidad en la actualidad, así como los importantes desafíos que afronta. Uno de ellos es la aspiración de alcanzar la democracia ideal o también llamada democracia real, que se traduce en la participación directa de los ciudadanos.

La participación de los ciudadanos en las decisiones que les atañen, así como los espacios en los que se pueda ejercer el derecho a participar, constituyen los factores relevantes para analizar el grado de desarrollo de la democracia. Así, el paso de la democratización del Estado a la democratización de la sociedad está marcada por la participación de los ciudadanos activos (Bobbio, 1986, pág. 43). En este sentido, el déficit de participación es razón para el déficit democrático, que explica muchos de los problemas de la democracia representativa, como la falta de transparencia o la corrupción.

Pensando en el ideal de la democracia, Dahl (1989) explica que hay dos dimensiones: i) el debate público; y, ii) el derecho a participar. El primero se diferencia de la representación como tal, pues el derecho al voto puede estar reconocido, pero el derecho a participar en el debate público no. Entonces, participar es tener voz en un sistema de debate público. La participación en el debate político es trascendente, debido a que, como lo señalará John Stuart Mill, permite que un ciudadano conecte acontecimientos lejanos con su propio interés, establezca vínculos con otros ciudadanos y se convierta en un miembro consciente de la comunidad (Bobbio, 1986, pág. 25). Para Held el derecho de todos los ciudadanos a participar en las cuestiones públicas explica el llamado

principio de autonomía; pero, tal derecho debe consistir en una participación verdadera. Por tanto, se trata de rescatar la figura del ciudadano activo, que no sólo tiene el derecho a participar, sino que además dispone de las posibilidades para hacerlo. En tal virtud, la participación no puede ser vista como una obligación ciudadana (Held, 2007, pág. 350).

La participación, al igual que la democracia, es un término polisémico y ambivalente, que puede ser abordado desde diferentes acepciones. Algunas incluso erróneas, como democracia directa o participación política, comunitaria o social; lo que obliga a acotar su definición. Para los fines de este trabajo, nos ocuparemos estrictamente de la noción de participación ciudadana.

El término participación explica “la incidencia de los individuos y grupos sociales en las diferentes etapas en que se resuelven asuntos de interés público. Es decir, en la consulta, discusiones, planteo de propuestas y todo tipo de actividades en las cuales se interrelacionan el Estado y los ciudadanos, para el progreso de la comunidad” (Guillen et. al, 2009, pág. 179). La participación ciudadana es un concepto histórico que se asienta en una premisa básica. Se trata de la necesidad de relacionamiento entre el Estado, el gobierno y la administración pública, en general, y los ciudadanos, con fines tales como la elaboración de políticas públicas o la prestación de servicios. Expresa una relación indefinida entre el Estado y la sociedad civil, que se enmarca en las nuevas dinámicas de la sociedad, pero que aún no presenta ni siquiera claridad conceptual.

Una de las formas de comprender el significado y alcance de la participación ciudadana es en función del ámbito de acción en el que se va a desarrollar. Esto parte de una idea básica y es que la participación ciudadana se traduce en el involucramiento en asuntos públicos. Como lo señaló Cunill es “la intervención de particulares en actividades públicas, en tanto portadores de determinados intereses sociales” (1991, pág. 48). Esto implica establecer la dimensión de lo público, que abarca la esfera política y la administrativa. Entonces, la participación ciudadana en lo político se refiere a los procedimientos de construcción de la voluntad política; y, en lo administrativo, a los mecanismos para la mejora de su funcionamiento.

Pero, es importante distinguir la participación política de la participación ciudadana. La primera supone una acción regulada por el Estado, que se ejerce mediante instituciones y mecanismos reconocidos en el sistema político. En

tanto que la participación ciudadana se traduce en las acciones que buscan la interacción con el Estado a fin de influir sobre él. Por tanto, “la participación política ejerce la democracia, mientras la participación ciudadana la genera y la amplía” (Aguirre J., 2013). No obstante, esencialmente se trata de la actuación de los ciudadanos a partir de sus intereses privados, que cobran dimensión pública, por lo que la participación ciudadana corresponde con más precisión a la segunda esfera. Esto es, al espacio de la administración pública (Baño, 1998).

Entonces, la participación ciudadana se traduce en el conjunto de mecanismos que permite a los ciudadanos y a la sociedad influir en la toma de decisiones del poder público. Y existe cuando es posible demostrar que la ciudadanía ha influido en la toma de decisiones y no solo ha participado en la deliberación. Ciertamente, la participación que realizan los ciudadanos, como un fin en sí mismo o un medio para alcanzar determinados objetivos, implica la posibilidad de incidir o influenciar, de manera real y verificable, en la toma de las decisiones públicas. En esencia, no se trata de decidir, sino de influir en la decisión. Esto es posible si existen al menos los siguientes elementos: i) La voluntad individual y colectiva de participar; ii) La existencia de espacios y mecanismos que permitan la participación de los individuos y grupos de la sociedad; y, iii) La implementación de instrumentos y procedimientos que viabilicen la participación. En este sentido, la participación ciudadana precisa de dos supuestos: a) la capacidad autónoma de los ciudadanos para discutir y plantear alternativas; y, b) la responsabilidad de la ciudadanía para mejorar su participación (OCDE, 2001, pág. 39).

Acertadamente Arnstein (1969) estableció que la participación ciudadana es la etiqueta que representa el poder ciudadano, lo que permite la inclusión de los ciudadanos excluidos del poder político. *Es el medio* por el cual los ciudadanos pueden inducir una reforma social significativa, que les permite compartir los beneficios de la sociedad. Se trata de un *poder real*, que necesariamente debe implicar una redistribución del poder.

Cumplidos los elementos esenciales para que pueda existir participación, ésta opera a través de diversos mecanismos. La clasificación más útil es la formulada a partir del tipo de acceso que permite cada mecanismo de participación ciudadana y que le permite a la ciudadanía influir en diversos ámbitos. Entre ellos la estructura del Estado, las políticas públicas, el ám-

bito administrativo o la información pública (Fundación Nacional para el Desarrollo, 2014).

Se reconocen algunos mecanismos que están disponibles para viabilizar la participación ciudadana. Así tratándose del acceso a la estructura del Estado, se cuentan las elecciones, el referéndum, la iniciativa popular legislativa o la revocatoria del mandato. En tema de políticas públicas y decisiones administrativas, los mecanismos incluyen el plebiscito, el cabildo abierto, las consultas públicas y los organismos consultivos integrados con miembros de la sociedad. Y si se trata de acceso a la información pública, se debe considerar la petición de información pública o la solicitud de desclasificación de información reservada (Fundación Nacional para el Desarrollo, 2014).

Lo dicho se sintetiza a continuación:

Tipo de mecanismo	Ejemplos
Acceso a la estructura del Estado	Elecciones Referéndum Iniciativa popular legislativa Revocatoria del mandato Proceso de inconstitucionalidad
Acceso a la definición de las políticas públicas y decisiones administrativas	Plebiscito Cabildo Abierto Consultas públicas para formular políticas públicas Consultas públicas para tomar resoluciones administrativas Organismos decisorios del gobierno que integran a miembros de la sociedad Organismos consultivos del gobierno integrados con miembros de la sociedad
Acceso a la justicia	Denuncias penales Demandas civiles Denuncias administrativas
Acceso a la información pública	Petición de información pública Solicitud de desclasificación de información reservada

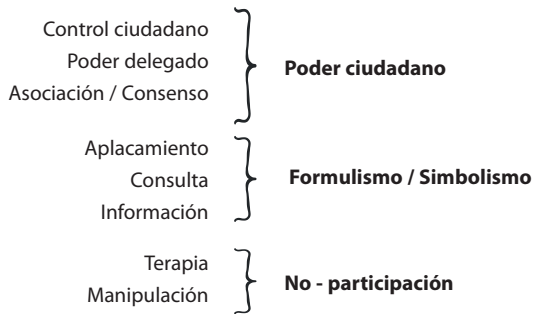
Fuente: (Fundación Nacional para el Desarrollo, 2014).

Tipologías de la participación

Tratándose de tipologías de la participación un punto de partida obligado es el modelo propuesto por Arnstein y conocido como la “escalera de la participación”, que pretende explicar el concepto y tipos de la participación y de la no participación, en base del análisis de programas federales de Estados Unidos, en el ámbito urbano marginal (Arnstein, 1969).

La tipología prevé ocho niveles que siguen el patrón de una escalera, en la que cada escalón corresponde a la amplitud del poder de los ciudadanos. Los dos primeros peldaños representan la no participación; los escalones tres y cuatro refieren un tipo de participación que se traduce en tener voz, pero no hay certeza de que los ciudadanos y sus opiniones sean escuchados efectivamente, por lo que se mantiene el *estatus quo*. En la parte alta de la escalera se ubican los niveles en los que la participación ciudadana representa el poder de decidir.

De manera gráfica, los tipos de participación según este modelo se representan de la siguiente forma:



En el modelo propuesto la verdadera participación ciudadana conlleva necesariamente la redistribución del poder y por ello corresponde a los niveles de poder ciudadano; lo demás se traduce en una participación simbólica o en ausencia de participación.

Pese a las críticas que se han realizado al modelo propuesto por Arnstein, algunas de las tipologías que surgieron posteriormente se alinean a éste, como se muestra en el siguiente cuadro, que contiene una explicación breve de manera integrada:

Connor (1998)	Propone una actualización de la escalera de Arnstein, aunque se trata de categorías más que de una escalera. La escala incluye: 1) Educación; 2) <i>Feedback</i> informativo; 3) Consulta; 4) Planificación conjunta; 5) Mediación; 6) Litigación; y, 7) Prevención / resolución de conflictos.
AIPP (2000)	Simplifica la escalera de Arnstein, mediante una propuesta denominada “Espectro de la participación” que incluye cinco niveles: 1) Informar; 2) Consultar; 3) Involucrar; 4) Colaborar; y, 5) Dar poder de decisión.
OCDE (2001)	Se trata de una hiper simplificación de la escalera de Arnstein, que involucra tres niveles en una visión centrada en la administración: 1) Información; 2) Consulta; y, 3) Participación Activa.
Bishop y Davis (2002)	Se considera una adaptación del modelo de Arnstein, que plantea 8 “niveles de influencia”: 1) Procesos informativos unidireccionales; 2) Procesos comunicativos bidireccionales; 3) Consultas instantáneas; 4) Consultas deliberativas con moderadores; 5) Planificación participativa; 6) Prácticas colaborativas de participación; 7) Delegación; y, 8) Control ciudadano directo.

Fuente: (Prieto-Martín, 2012, págs. 12-16)

Las distintas tipologías de la participación que existen tratan de resaltar algún aspecto de aquella, como: la intensidad de la participación, los actores, las características de la participación, las dimensiones, entre otras; que en algunos casos ha contribuido a aumentar la confusión acerca de cuestiones esenciales de la participación. En todo caso, hay un elemento que se destaca y es que la mayoría analiza las formas de participación desde la perspectiva del gobernante, plasmando iniciativas participativas que no conducen a la transformación (Prieto-Martín, 2012, pág. 17).

Una de las propuestas más interesantes es la denominada “rueda de la participación”, diseñada por Scott Davidson para ofrecer una alternativa a las limitaciones de la escalera de Arnstein; empezando por la metáfora de la escalera que representa una idea de escalada en la participación. Por el contrario, la metáfora de la rueda representa los diferentes niveles de participación que se producen según los objetivos que se pretenden alcanzar: informar, consultar, lograr la participación (Davidson, 1998).

La rueda de la participación explica el concepto de participación a partir del modelo que incluye cuatro acciones básicas: i) información; ii) consulta;

iii) intervención; y, iv) empoderamiento. La intensidad de la participación está marcada por las actividades que se detallan en cada acción, desde un nivel elemental hasta lo que se considera ideal. Así tratándose de la información se puede ir desde la mínima comunicación hasta la información de calidad; en la consulta para llegar a una genuina se parte de una consulta mínima. Tratándose de la intervención se pasa de un consejo asesor efectivo hacia una capacidad decisoria descentralizada limitada. Finalmente, en el empoderamiento hay un poder delegado, un control independiente y un control garantizado.

La *International Association for Public Participation* (IAP2) presentó una tipología de participación ciudadana, que explica los tipos de participación ciudadana a partir de la meta o propósito que persigue, y los clasifica desde los que representan un nivel de participación menor hasta aquellos que implican una intensidad participativa mayor. La propuesta de la IAP2 se sintetiza en la siguiente matriz:

	Meta o propósito de la participación pública	Promesa hecha al público	Técnicas o mecanismos típicos
INFORMAR	Proporcionar información equilibrada y objetiva al público, para ayudarlo a entender el problema, las alternativas, oportunidades y/o soluciones	Estarán informados	Cartillas informativas Sitios web Jornadas de puertas abiertas
CONSULTAR	Recibir opiniones y comentarios del público sobre análisis, alternativas y/o decisiones.	Estarán informados, serán escuchados y se tomarán en cuenta sus preocupaciones y aspiraciones, recibiendo después información sobre el modo en que los aportes del público influyeron en la decisión.	Reuniones de órganos de gobierno abiertas al público, en que se reciben opiniones y comentarios sobre algún proyecto o asunto ("Public comment") Grupos focales ("Focus groups") o grupos de discusión dirigido Encuestas Reuniones públicas, en general

	Meta o propósito de la participación pública	Promesa hecha al público	Técnicas o mecanismos típicos
INVOLUCRAR	Trabajar directamente con el público durante todo el proceso para asegurar que sus preocupaciones y aspiraciones sean entendidas y consideradas de un modo cabal.	Trabajaremos con ustedes para asegurar que sus preocupaciones y aspiraciones estén reflejadas directamente en las alternativas que se elaboren, recibiendo después información sobre el modo en que los aportes del público influyeron en la decisión.	Talleres, seminarios o reuniones de trabajo Encuestas o sondeos deliberativos (<i>"Deliberative polling"</i>)
COLABORAR	Asociarse con el público en cada aspecto de la decisión, incluyendo la elaboración de alternativas y la identificación de la solución preferida	Recurriremos a su consejo e innovación para formular las soluciones e incorporaremos su consejo y recomendaciones en las decisiones en la mayor medida posible	Comités ciudadanos asesores –Solución colaborativa de problemas (<i>"Collaborative problem solving"</i>), método de mediación que se conoce también como <i>"Consensusbuilding"</i> Proceso de toma de decisiones participativo.
EMPODERAR	Poner en manos del público la toma de la decisión definitiva.	Implementaremos lo que ustedes decidan.	Jurados ciudadanos Votaciones Decisión delegada

Fuente: (Ferrero y Hoehn, 2014)

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

La participación ciudadana en Ecuador ha pasado por diferentes etapas, especialmente desde 1978 con el retorno a la democracia; sin embargo, existe un desarrollo evolutivo importante a partir de su institucionalización en la Constitución de 1998.

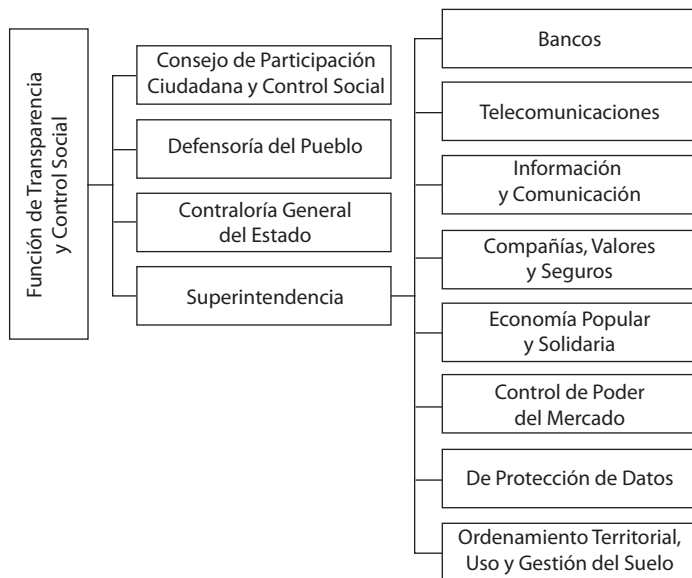
En Ecuador la participación ciudadana es resultado de un proceso de construcción histórica, que se origina fundamentalmente en la iniciativa de grupos sociales diversos, como los pueblos indígenas, y su aspiración de incidir en la vida social y política nacional (Moncada, 2012). Sin duda se trata de una lucha constante de diversas organizaciones sociales y de colectivos que moldearon lo que hoy se define como los derechos constitucionales de participación.

La aprobación de la vigésima Constitución del Ecuador implicó, al menos en teoría, un avance cualitativo en materia de participación, debido a la consagración de mecanismos constitucionales, como: la iniciativa de reforma constitucional, iniciativa popular de leyes, consulta popular no vinculante y revocatoria del mandato; y fundamentalmente debido a la creación del quinto poder del Estado, con el objetivo de materializar el rol protagónico de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, a través del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Así, la actual Carta Magna refiere, al menos, 86 veces al término “participación”.

En el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, definido como el nuevo modelo de Estado a partir de 2008, se reconoce a la participación ciudadana como un derecho que puede ejercerse de forma individual o colectiva, así como su rol fundamental para la construcción del poder ciudadano; tal es así, que se redefinió la estructura del Estado y se aprobó un quinto poder, con la denominación de Función de Transparencia y Control Social. La quinta función se conformó con el objetivo de representar la materialización del precepto constitucional de que el pueblo es el mandante y el fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social tiene como principal responsabilidad el fomento e incentivo de la participación ciudadana, así como el control de las entidades y organismos del sector público, para prevenir y combatir la corrupción, a través de los organismos que la conforman: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias.

En el siguiente gráfico se muestra la conformación de la quinta función del Estado:



Fuente: Constitución de la República

En el nuevo diseño institucional participativo, adquirió un rol protagónico el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), que de acuerdo con los deberes y atribuciones reconocidos en el artículo 208 de la Constitución, es responsable de la promoción de la participación ciudadana, así como de los procesos de deliberación pública, de veeduría ciudadana y control social. Tiene además la atribución de designar a las principales autoridades encargadas del control, con el apoyo de comisiones ciudadanas de selección.

Ciertamente, la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde 2008, inauguró una nueva etapa en el desarrollo constitucional del país, al establecer como modelo de Estado el “Estado constitucional, de derechos y justicia”. Tal modelo articula en realidad tres modelos conceptuales independientes: i) el estado constitucional; ii) el estado de derechos; y iii) el estado de justicia.

A decir de Ramiro Ávila el estado constitucional explica *quién* es la autoridad, *cómo* se hacen las normas y *qué* contenido deben tener. El estado de derechos permite entender *dónde* se encuentran las normas y *para qué* se las expide. Y, el estado de justicia aporta al entendimiento de *por qué* el Estado

(Ávila, 2009). A su vez, los tres modelos constituyen ejes transversales de las instituciones reguladas en la Constitución.

El cambio de paradigma más profundo deriva del Estado de derechos, que supone una nueva forma de entendimiento del Estado y del derecho a partir de la sujeción de ambos a los derechos de las personas y colectividades. Así el Estado y todo poder público y privado está limitado y sometido a los derechos (Ávila, 2009).

Desde la perspectiva de la participación ciudadana, en el Estado constitucional de derechos y justicia el pueblo es partícipe del poder, a través de la participación en los diferentes niveles de gobierno y de los mecanismos de democracia directa. Acorde a lo establecido en el artículo 100 de la Constitución, en todos los niveles de gobierno deben existir instancias de participación como: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y otros, que permitan: 1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía. 2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo. 3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos. 4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social. 5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Los mecanismos de democracia directa, por su parte, pese a que ya estaban previstos en la Constitución de 1998, la Constitución vigente los ratificó y amplió, incluyendo: a) la iniciativa popular normativa, esto es la posibilidad de presentar proyectos de ley por parte de los ciudadanos y las organizaciones sociales, que cuenten con el respaldo mínimo requerido de los inscritos en el padrón electoral; b) la consulta popular, sea referéndum o plebiscito; y, c) la revocatoria del mandato.

Por lo expuesto, la participación en todo asunto de interés público es un derecho. Pero, además en el Estado constitucional de derechos y justicia se aspira a que la participación de la sociedad resulte en una especie de freno frente a los poder reforzados, especialmente del Ejecutivo, en la medida en la que se cuente con ciudadanos conscientes de sus derechos y de las garantías para su protección (Trujillo, 2009).

En este contexto se enmarca el título IV de la Constitución de la República, que se denomina de la participación y la organización del poder. Subyace

la idea de la participación en el poder, que se explica con la denominación del capítulo primero “participación en democracia”.

En este orden de ideas, el artículo 95 de la Constitución establece que el derecho a la participación, individual o colectiva, de los ciudadanos es un proceso permanente de construcción del poder ciudadano, con protagonismo en tres **ámbitos**: 1) la toma de decisiones; 2) la planificación y gestión de los asuntos públicos (presupuestos participativos, silla vacía, consejos consultivos); y, 3) el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes (rendición de cuentas, observatorios). Tal participación se orienta por los **principios** de: i) igualdad; ii) autonomía; iii) deliberación pública; iv) respeto a la diferencia; v) control popular; vi) solidaridad; e, vii) interculturalidad. Y, finalmente el derecho a la participación ciudadana se ejercerá a través tres **mecanismos**; a) democracia representativa; b) mecanismos directos; y, c) mecanismos comunitarios.

El capítulo quinto, del título II, de la Constitución de la República está dedicado a los derechos de participación; que constituye uno de los siete grupos de derechos definidos en la actual Carta Magna, además de los derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección.

En este marco constitucional la participación tiene un amplio espectro, pues, de conformidad con el artículo 91 de la Constitución, se reconocen como derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

- Elegir y ser elegidos
- Participar en los asuntos de interés público
- Presentar proyectos de iniciativa popular normativa
- Ser consultados
- Fiscalizar los actos del poder público
- Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.
- Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.

- Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafilarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten

Así también, el artículo 95 de la Carta Magna determina que la participación de los ciudadanos debe estar encaminada a la construcción del poder ciudadano, por lo que deberá ser protagónica en tres temas puntuales: i) toma de decisiones; ii) planificación y gestión de los asuntos públicos; y, iii) control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes.

Para que tal participación sea posible, la Constitución dispone que en todos los niveles de gobierno se conformen instancias de participación que integren a representantes de la sociedad, con el fin de: a) elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre el gobierno y la ciudadanía; b) Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo; c) Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos; d) Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; y, d) Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

A tal fin, los mecanismos definidos en la Constitución incluyen: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y otros que promueva la ciudadanía. Además, en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados existe la figura de la silla vacía en las sesiones del máximo órgano de gobierno, que será ocupada por un representante ciudadano, en función de los temas a tratarse, a fin de que participe en el debate y la toma de decisiones.

También se reconocen como mecanismos de democracia directa, la iniciativa popular normativa que se ejerce para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa; así como la propuesta de reforma constitucional. Sin embargo, en ambos casos existe una limitación relativa al respaldo mínimo de personas inscritas en el registro electoral, que deben apoyar la iniciativa.

Tratándose puntualmente de la participación ciudadana en los asuntos de interés público, el artículo 95 ratifica que se trata de un derecho, y en consecuencia se deben observar los principios de aplicación de los derechos establecidos en el artículo 11 de la Constitución, especialmente el ejercicio individual o colectivo de los derechos; la posibilidad de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial; la

imposibilidad de restringir el contenido de los derechos; el principio de progresividad; y, los principios de inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía.

En concordancia, para el ejercicio de la participación la Constitución reconoce todas las formas de organización de la sociedad, como una expresión de la soberanía, a fin de incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno. La organización colectiva contribuye, por tanto, a fortalecer el poder ciudadano.

En el marco legal sobre el derecho a la participación ciudadana destaca la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social (2010), la que se aprobó con el objetivo de propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio del derecho, de forma individual o colectiva, además de instituir mecanismos, instancias, instrumentos y procedimientos de deliberación pública entre el Estado y la sociedad, a fin de fortalecer el poder ciudadano y sentar las bases de una democracia participativa. El artículo 4 de la Ley desarrolla los principios fundamentales de la participación, en concordancia con el artículo 95 de la Constitución:

1. *Igualdad.*- Los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícita tienen los mismos derechos y oportunidades, de forma individual o colectiva, para participar en la vida pública del país.
2. *Autonomía.*- La ciudadanía y las organizaciones sociales gozan de independencia política y derecho a la autodeterminación, para participar en los asuntos de interés público del país.
3. *Deliberación pública.*- La base de la participación ciudadana es el intercambio público y razonado de argumentos, así como, el procesamiento dialógico de las relaciones y los conflictos entre la sociedad y el Estado.
4. *Respeto a la diferencia.*- El derecho a participar en los asuntos públicos se ejerce por igual, sin discriminación alguna fundamentada en la etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, o de cualquier otra índole.

5. *Control popular*.- La participación debe lograr el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes.
6. *Solidaridad*.- Virtud del ejercicio de la participación ciudadana se deben establecer y fortalecer las relaciones de cooperación y ayuda mutua entre las personas y colectivos.
7. *Interculturalidad*.- El ejercicio de la participación ciudadana debe ser incluyente de las diversas identidades culturales, a fin de promover el diálogo y la interacción de las visiones y saberes de las diferentes culturas.

A estos principios establecidos en la Constitución se suman seis más, definidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, que son:

1. *Plurinacionalidad*.- El ejercicio de la participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícita, debe realizarse conforme a sus instituciones y derecho propios.
2. *Paridad de género*.- La ley promoverá la participación proporcional de las mujeres y los hombres en las instancias, mecanismos e instrumentos; para lo cual se adoptarán medidas de acción afirmativa que promuevan la participación real y efectiva de las mujeres, especialmente en el ámbito del control popular de las instituciones del Estado y sus representantes.
3. *Responsabilidad*.- Las ciudadanas y los ciudadanos, de manera individual o colectiva, mantendrán un compromiso legal y ético, en la búsqueda del buen vivir.
4. *Corresponsabilidad*.- En la gestión de lo público, el Estado y las instituciones de la sociedad civil, mantendrán de manera compartida un compromiso legal y ético.
5. *Información y transparencia*.- Se traduce en el derecho de la ciudadanía al libre acceso a la información pública, en el marco de los principios de responsabilidad y ética pública establecidos en la Constitución y la ley, sin censura previa.
6. *Pluralismo*.- Es el reconocimiento a la libertad de pensamiento, expresión y difusión de las diferentes opiniones, ideologías políticas, sistemas de ideas y principios, en el marco del respeto a los derechos humanos, sin censura previa.

Luego de quince años de la vigencia de la actual Carta Magna, resulta importante diagnosticar la experiencia ecuatoriana de institucionalización de la participación ciudadana, a partir del trabajo del CPCCS. Sin embargo, este aspecto excede el objetivo de esta contribución.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Sociedad Red: el contexto

En los últimos años, se ha venido apostando al posicionamiento de dos cambios de paradigmas: el de la sociedad red, como nuevo paradigma de la sociedad posindustrial, que supera el concepto de la sociedad de la información y del conocimiento; y, el de gobierno de la información como nuevo paradigma del gobierno electrónico (Amoroso, Yarina. et. al, 2019). Estos conceptos están vinculados y son necesarios para comprender el efecto transformador de las TIC en la participación ciudadana, así como el nuevo espacio público virtual que emerge en la sociedad red y permite el desarrollo de nuevas formas de deliberación y de participación ciudadana, los cuales constituyen elementos fundamentales para la democracia digital.

El entendimiento de la sociedad red y su diferencia con la sociedad de la información, precisa del análisis teórico de la sociedad contemporánea, pues hablar de aquellas implica hacer referencia a tipos de sociedades modernas que difieren en sus elementos distintivos. Así, en tanto la sociedad de la información hace énfasis en los contenidos, la sociedad red se define por su forma y organización, cuyos fundamentos técnicos esenciales se relacionan con la infraestructura de la comunicación.

La base técnica de la sociedad red, en términos de Dijk (2012) está conformada por: la microelectrónica, la digitalización, la comunicación de datos, la tecnología informática, el principio de envío y almacenamiento de datos que permiten los equipos electrónicos; la organización en capas de los computadores y de las redes informáticas y las redes de información. Así también, los elementos básicos de la sociedad red son el tiempo y el espacio. En términos de tiempo y espacio, la sociedad red se caracteriza por el espacio de flujos y el tiempo atemporal, entendiéndose el primero como “la posibilidad tecnológica y organizativa de practicar simultaneidad (o determinado tiempo del tiempo simultáneo) sin contigüidad” (Castells, 2006, pág. 65). Esto quiere decir que

las actividades principales en las sociedades funcionan en torno al espacio de flujos, que se desarrolla en el espacio de las redes de comunicación, lo que permite la circulación e interacción de los flujos de información. En cuanto al tiempo, éste es un factor que se redefine por el uso de las TIC y, por tanto, por los flujos de información, que introducen el elemento de la simultaneidad. Estos dos factores constituyen objeto de lucha sobre la forma en cómo deben reprogramarse dentro de la nueva estructura social de la sociedad red. Por lo que, finalmente, el tiempo y el espacio expresan la cultura de la sociedad red. También, el tiempo y el espacio son la expresión de las características de extensión y amplificación. Los espacios son globales, pero también locales; hay un tiempo de Internet, pero también coexisten tiempos convencionales. A decir de Dijk (2012) esto conduce a que, por naturaleza, la sociedad red sea inestable y que incluso se caracterice por la volatilidad y la alta tensión social, producto de la excesiva conectividad.

Por otro lado, la infraestructura básica de la sociedad red está determinada por las redes, que conectan todas las esferas y los niveles de la sociedad. Pero, la información es el continente y el contenido de la sociedad red. En consecuencia, la infraestructura básica de la sociedad red está conformada por la información y las redes, que abarca a Internet como la red de redes. Son las redes de comunicación, como base de Internet, las que procesan flujos de información, que hoy es el activo más importante de la humanidad y la esencia del nuevo orden mundial. Por ello el intercambio gratuito, la circulación libre y el acceso a la información, constituyen pilares fundamentales de Internet. Por ello cuando se hace referencia a Internet el elemento esencial es la información, considerada un recurso vital, de trascendente importancia en la actualidad, al punto de definir el nuevo orden de gobierno mundial denominado Gobierno de la Información (Amoroso, Yarina. et. al, 2019). Debido a esto, en torno a la información se ha configurado un orden normativo conocido como derecho *de* la información. Empero, también se reconoce un derecho fundamental, cuyo titular somos todos y nos permite acceder a la información; se trata del derecho *a* la información.

Participación ciudadana electrónica

Ahora bien, en el marco de la sociedad red emergen nuevos espacios para la participación ciudadana, que por el uso intensivo de las TIC ha pasado a denominarse *e-participación* o participación ciudadana electrónica. Aunque

ésta podría no suponer una nueva forma de participación, si implica más participación, debido a las potencialidades de las herramientas tecnológicas para lograr una masa crítica que permita la deliberación. Desde la visión de la corriente transformadora de las TIC, el efecto de éstas en la política y la participación obedece a diversas razones, entre otras: la abundante información que se encuentra a disposición de los ciudadanos, que pueden obtenerla de fuentes directas y sin la influencia de intermediarios; y, las características de horizontalidad e interactividad de la red, que permiten una relación directa entre los ciudadanos y el Estado y sus representantes.

La participación ciudadana se redimensiona en la sociedad red y en el contexto de Internet en particular, pues la participación electrónica elimina algunas de las barreras que afrontaba la participación clásica. Entre ellos, los factores de tiempo y espacio, la consecución y el empoderamiento de pequeñas masas críticas. En general, Internet y las redes sociales tienen un poder multiplicador que dinamiza la acción colectiva (Prieto-Martín, 2012, pág. 38). Algunas voces entusiastas incluso consideran que Internet tiene el potencial para saldar los déficits de la democracia representativa y la participación ciudadana, proporcionando los medios para establecer pactos y alianzas sólidas entre el gobierno y la ciudadanía (Aguirre J., 2015).

La relación de la participación ciudadana y las TIC ha sido abordada como un dilema teórico de visiones contrapuestas. Por un lado, están aquellos que defienden la teoría de la normalización y sostienen que las TIC no han modificado esencialmente la política, ni las actitudes políticas de los ciudadanos y sus orientaciones. En la visión opuesta están aquellos que creen que las TIC, e Internet en particular, han transformado las actitudes políticas de los ciudadanos fomentando especialmente la participación de los ciudadanos y colectivos. Peña-López (2014) explica esa dualidad a través de la caracterización de dos planos distintos: uno evolutivo, que implica una sustitución de las viejas prácticas y actores del pasado por nuevas herramientas; y, otro disruptivo, donde las nuevas prácticas, actores y escenarios, que se sustraen a los patrones de caracterización tradicionales, determinan la transformación de la esencia de los viejos espacios y las relaciones de poder. En todo caso, en criterio del autor, cualquier análisis no debe hacerse desde una visión reducida, superponiendo lo digital a lo existente, sino que deben repensarse los modelos de participación para comprender el efecto transformador de las TIC en la participación ciudadana.

La *e-participación* afronta también un problema ontológico, que ha generado dificultades para establecer su alcance y entendimiento. Prieto-Martin (2012) explica la diversidad de propuestas de conceptualizaciones de la *e-participación*:

- Primero, identifica aquellas definiciones de *e-participación* que derivaron de la desagregación analítica de nociones más amplias, como la del gobierno electrónico y la democracia digital; entonces, la *e-participación* puede reducirse al uso de las TIC para facilitar y potenciar la participación ciudadana, lo cual resulta en una trivialidad.
- Luego, ubica las definiciones obtenidas por medio de la síntesis, de la agregación; en consecuencia, la *e-participación* puede entenderse como un conjunto de herramientas y sistemas (paneles, foros, chats, consultas, peticiones, encuestas deliberativas, etc.) que permiten la participación ciudadana en el entorno digital. Esto conduce a la agregación de un “e” u “on-line” a diversas herramientas, lo cual no permite una comprensión conceptual de la *e-participación*.
- Finalmente, la visión del propio autor, parte de la noción tradicional de participación para llegar a la conclusión de que la *e-participación* no existe. Esto porque la participación –por naturaleza y en esencia– es la misma. Sin embargo, en el siglo XXI las TIC son necesarias para hacerla viable. Entonces, el término *e-participación* denota que el componente técnico es dominante. No obstante, la participación sigue refiriendo a todas las actividades que realizan los ciudadanos con el fin de influir, directa o indirectamente, en las políticas públicas y en las decisiones que adoptan los diferentes niveles políticos y administrativos.

Hacemos propia y adherimos a la propuesta de Jan van Dijk (2013), para quien la participación ciudadana electrónica consiste en el uso de los medios digitales para mediar y transformar las relaciones de los ciudadanos con los gobiernos y la administración pública con el objetivo de alcanzar una mayor participación de los ciudadanos. Por ello, según el autor, es un concepto más amplio que el de democracia digital, el cual fundamentalmente se refiere a cuestiones políticas; mientras que la *e-participación* implica otros aspectos, como los servicios públicos y las relaciones cotidianas en general.

El surgimiento y uso de las TIC inauguró una nueva etapa en las comunicaciones tradicionales, caracterizadas por la participación de un emisor y un receptor, resultando en conversaciones y discusiones esencialmente perso-

nales. Son los llamados “medios sociales” los que permiten que las personas se integren a diversas redes para comunicarse de manera interactiva a través de las plataformas interactivas. En el espacio de la web 2.0, la comunicación se realiza de una manera menos estructurada, mediante sitios y aplicaciones web, redes sociales, foros, blogs, chats, mensajes de texto y diversos sistemas integrados en computadoras, tabletas, *netbooks*, teléfonos celulares y otros. Estas herramientas de participación descentralizada y horizontal permiten que los usuarios puedan ser partícipes activos y generadores de contenido, que para muchos constituye el inicio de una nueva cultura del diálogo en la que cada persona desea ser escuchada, participar y opinar.

En este espacio público virtual las ideas y opiniones se transmiten en palabras, imágenes, fotografías, videos, o acciones a través de un clic (me gusta o compartir) o un retuiteo. Peña-López (2014) explica este aspecto a través del denominado clickactivismo, que representa la actuación ciudadana y su nivel de compromiso. Esto mediante acciones puntuales como la firma de una petición en línea, el reenvío de un mensaje, el retuiteo de un tuit, la activación de un “me gusta”, o el comentario en una red o en un blog. Pero, esta participación, que conlleva un mínimo de compromiso, es necesaria para la salud de las comunidades virtuales, pues da cohesión al grupo y una cierta identidad colectiva. Así también, el clickactivista es un tomador de decisiones, cuya acción es descentralizada y al mismo tiempo centrada en la comunidad; y su participación se destaca por ser multiplataforma, documentada, ampliamente difundida en la red y muy importante para el receptor, entendiéndose por tal todas las instituciones sujetas al escrutinio público. Empero, la actuación individual del clickactivista tiene trascendencia en su dimensión colectiva y la posibilidad de generar comportamientos colectivos complejos en los que se pueden identificar patrones. Entonces emergen los movimientos, con su propia ideología, cultura y programa político, que resultan de la suma de las acciones individuales. Es lo que Rieder (2012) referiría como el esquema mental creado por un determinado número de mensajes a lo largo del tiempo. Desde la visión colectiva, el clickactivismo permite el surgimiento de los movimientos ciudadanos que actúan en diferentes plataformas y medios, redefiniendo el concepto mismo de ciudadanía. Ahora bien, el activismo político en la red no es sinónimo de participación ciudadana electrónica, pues pretende esencialmente motivar la movilización y la protesta. Esto, haciendo uso de los recursos

tecnológicos disponibles, que también pueden ser empleados para propiciar la participación ciudadana, la cual opera cuando el objetivo es influir en la toma de decisiones públicas.

CONCLUSIONES

La participación ciudadana es un elemento consustancial de la democracia, al tiempo de contribuir a la profundización y mejora de su calidad, que adquiere mayor trascendencia frente a la crisis de la democracia representativa, sin pretender desplazar al sistema representativo sino complementarlo. Se compone de dos aspectos: el 'ser parte' de la comunidad, colectividad o grupo social; y, el 'tomar parte' o tener la posibilidad de actuar, individual o grupalmente. De este segundo aspecto se desprende el elemento activo de la ciudadanía, que se traduce en un ciudadano involucrado, interesado y empoderado con los asuntos de su comunidad.

La participación activa es un elemento esencial de la ciudadanía misma, cuya condición se asocia con la participación de las personas en una determinada sociedad; es decir, el componente activo de la participación es parte integrante de la condición de ciudadanía, dándole sentido a la misma, pues la ciudadanía se entiende por la pertenencia de un individuo a una comunidad y su participación en el devenir colectivo. Pero, la participación debe ser entendida como un derecho, así como en un deber; un fin del Estado; un principio rector de las políticas públicas; e incluso una forma de gobierno. El reconocimiento del derecho a la participación ciudadana, aun cuando es relevante, no conduce a una participación propiamente. Así, el marco jurídico es condición necesaria pero no suficiente. Entonces, los medios que permiten la participación se vuelven pieza angular en la aplicación de los derechos.

Tratándose de la participación ciudadana electrónica es posible hablar de un cambio de paradigma, lo que supone definir un modelo teórico que permita comprender la nueva realidad. Esta realidad se corresponde con la sociedad red y el comportamiento de los ciudadanos que están conectados a la Red, especialmente los jóvenes que ya evidencian ciertas conductas que propician la participación. Así, la participación ciudadana es un factor fundamental para el desarrollo de las sociedades modernas. En ellas ha emergido una nueva cultura política como consecuencia, especialmente, del uso intensivo de las TIC. Los ciudadanos de las sociedades red tienen mayores posibilidades de expresarse,

debatir y proponer de forma directa y sin la mediación de representantes, como los partidos políticos. De esa manera se genera lo que Manuel Castells llama la auto representación ciudadana.

En la sociedad red, los gobiernos tratan de dar respuesta a las presiones de cambio, especialmente a la necesidad de acercarse más a los ciudadanos. Tratan de hacerlos partícipes del proceso de gobernanza y del sistema de toma de decisiones que debe volverse más participativo. Uno de los efectos es la prestación de servicios, basada en un modelo verdaderamente inclusivo y participativo y en el avance hacia una democracia abierta, caracterizada por un alto nivel de apertura y transparencia. En este contexto se produce la demanda de nuevos mecanismos que respalden la participación ciudadana y fortalezcan los espacios para la acción ciudadana. Esto con el propósito de contribuir a una democracia que tenga a la voz ciudadana como su centro y protagonista. Entonces, lo importante es encontrar mecanismos y estrategias que faciliten esa participación y las TIC ofrecen recursos importantes. Entre ellos, el uso de mecanismos participativos multi-interactivos, que fomentan la voz de los ciudadanos, tradicionalmente excluidos.

Por ello, Internet es una herramienta fundamental para la democracia actual, que ha permitido la conexión del espacio virtual y el espacio social. Esto mediante una comunicación horizontal, no mediada y de forma distribuida, que facilita la participación ciudadana y propicia una mayor deliberación con los requisitos básicos de pluralidad y acceso, así como igualdad y libertad. Como señala Fuster (2012) Internet es también un medio capaz de favorecer la creación de nuevas esferas públicas, ya que disemina información alternativa y crea espacios (semi) públicos alternativos para el debate. Además, Internet permite la movilización ciudadana a una velocidad sorprendente, aportando espacios abiertos de comunicación que potencian la voz ciudadana. Una de las ventajas de esto es eludir la gran mayoría de los controles y bloqueos que pueden imponer los gobiernos, como los intentos oficiales de bloquear las redes sociales como twitter frente a protestas civiles.

Actualmente, es impensable que se pueda convocar, únicamente, a la ciudadanía a un espacio físico para deliberar. Lo que sí es posible y evidenciable es que esa misma ciudadanía se puede conectar a Internet para participar en deliberaciones, como sucede con los presupuestos participativos. Parafraseando a Ernesto Ganuza, si se considera la economía de la deliberación, hoy en día no hay un medio que ofrezca de forma tan plausible la concurrencia pública de la

ciudadanía para debatir un asunto concreto. Además, si se consideran las dificultades que afronta la deliberación, su integración a las TIC puede ofrecer el salto cualitativo necesario (Ganuza, 2012). Sin embargo, la deliberación *on line* tiene sus propios desafíos vinculados igualmente al acceso al foro deliberativo, la calidad argumentativa, la garantía de diversidad y libertad de participación, entre otros. A esto se suma que las experiencias prácticas muestren que los gobiernos casi nunca permiten la participación ciudadana hasta el nivel de toma de decisiones o ejecución de políticas. Esta participación suele llegar únicamente hasta las fases preliminares, como la definición de la agenda y la lista de actores a ser convocados.

En criterio de algunos autores, hasta el momento no se ha evidenciado que las TIC e internet hayan contribuido a estrechar la brecha existente entre los ciudadanos y los mecanismos de gobernanza (Hartz-Karp, J. et. al, 2012). Antes de la pandemia, en las pocas experiencias prácticas se constataban bajos niveles de participación ciudadana a través de las TIC, lo cual fortalecía el escepticismo sobre las potencialidades de las TIC en materia democrática y en el ámbito deliberativo, consecuencia de diferentes razones, especialmente la falta de acceso a Internet; pero también a la cultura participativa de la ciudadanía y a la falta de voluntad política. Aunque también había voces que consideraban que “la deliberación digital podría convertirse en un modo integral de participación cívica en el seno de una estrategia más amplia de desarrollo de comunidades deliberativas y en la creación de nuevas formas de gobernanza colaborativa” (Lusoli y Misuraca, 2012).

Frente a tal escenario se requiere de estrategias para lograr una ciudadanía activa y la iniciativa ciudadana para exigir espacios de participación y deliberación. De lo dicho se desprende que uno de los mayores retos de la participación en línea, como medio para la deliberación pública, es lograr la masa crítica necesaria para pensar en la posibilidad de una verdadera democracia deliberativa. En todo caso, debemos tener claro que Internet *per sé* no ofrece soluciones inmediatas a los complejos problemas que afronta la democracia, incluyendo la deliberación como fuente de legitimidad. No obstante, ofrece un nuevo escenario para la participación ciudadana con fines deliberativos, que conduzcan a una forma de gobernanza basada en la colaboración.

En el escenario de gobernanza abierta propuesto por Lusoli y Misuraca (2012), el acceso a la información y el conocimiento conduce al desarrollo de la inteligencia colectiva, que entre otras cosas, genera un mayor compromiso de parte los ciudadanos que están en línea. Esto se traduce en una mayor

participación en los procesos de gobernanza y de diseño de políticas. Pensando al 2030, se visualiza un nuevo modelo centrado en el individuo, en el que las TIC permitan brindar servicios centrados en el usuario. Ello fortalecerá a la sociedad civil, que coexistirá con el modelo representativo y lo sustentará. Si se piensa en una mayor proyección futura, se espera llegar a una gobernanza en línea, que surgirá inicialmente a nivel local teniendo como pieza angular la colaboración de todos los actores involucrados. Para ello se deberán superar primero las barreras y debilidades que afectan a la participación electrónica. De hecho, las dificultades de acceso, la falta de conocimiento y competencias necesarias, el tiempo, el interés o la adaptabilidad, se consideran factores que afectarán la legitimidad de la e-participación en el futuro cercano. Sin embargo, Internet sin duda tiene un rol crucial en los nuevos escenarios democráticos, “actuando como incubador, movilizador e integrador del pensamiento público” (Hartz-Karp, J. et. al, 2012).

La iniciativa ciudadana abre la posibilidad también de la participación en otros ámbitos. No obstante, la aceptación de iniciativas de participación dependerá de la visión particular de la democracia que tengan los gobiernos, pues comúnmente consideran que admitir la participación en la deliberación y toma de decisiones entra en conflicto con el sistema representativo. Pocos gobiernos y autoridades públicas están dispuestas a aceptar las incursiones directas de la ciudadanía en sus decisiones. Por lo tanto, en términos de democracia, la evidencia muestra que la mayoría de las administraciones aún no tiene mecanismos y capacidades para hacer frente a un aumento significativo en la participación.

La participación electrónica es una forma de participación diferente, que implica un mayor número de participantes. Esta integra además a participantes reticentes como los jóvenes y tiene la potencialidad de lograr un compromiso sostenible, porque permite que exista coordinación, colaboración y construcción colectiva. En este caso el costo es menor del que tiene la participación *off line* (Hartz-Karp, J. et. al, 2012).

Tratándose de participación ciudadana electrónica, el elemento fundamental a considerar es la posibilidad de influir en las decisiones políticas. Por eso no será posible hablar de una real participación si no se puede cuantificar el grado de influencia de la voz ciudadana en las decisiones que adopte la autoridad pública. Esto obliga a que las herramientas dispongan de un mecanismo técnico para evaluar el grado de influencia en las decisiones. La experiencia

demuestra que lo usual es que los canales electrónicos para la participación se agreguen a los canales tradicionales y reproduzcan las debilidades de éstos.

Si bien la e-participación ha tenido gran impulso en el contexto de la web 2.0, cobra sentido cuando se plasma en aplicaciones y herramientas. Es decir que pasa de la teoría a la praxis; pero en esta transición se requiere que las herramientas tengan un fundamento metodológico, técnico y jurídico. Esto para facilitar la garantía de los derechos ciudadanos, lo que podría traducirse en una propuesta de e-participación por diseño. Esto se resume en el hecho de que la deliberación digital está influida e influye en el desarrollo tecnológico.

El internet de las cosas y el internet de servicios permiten visualizar un futuro prometedor en cuanto a la potencialidad de las TIC para aportar en la mejora de la calidad de vida de los individuos; así como en el desarrollo de escenarios democráticos más participativos. Sin embargo, es claro que la tecnología avanza más rápido que la capacidad de adaptación o asimilación de la sociedad. Surge entonces la necesidad de contar con modelos de gobernanza, acordes con la redefinición de los sistemas democráticos y los cambios en el tejido social.

En relación con los medios o herramientas para la participación electrónica, las redes sociales digitales han potenciado y mejorado sustancialmente las posibilidades de participación, lo que se evidencia en diversas experiencias a nivel mundial, especialmente en el medio oriente. Sin embargo, estas nuevas formas de participación combinan las que están en línea con lo presencial, destacándose la potencia de la nueva ágora virtual y sus recursos de comunicación horizontal, como un link, un *tweet* o un mensaje. Entonces, adherimos a la idea de que es irrefutable que las redes sociales constituyen un instrumento de socialización, adscripción y activismo juvenil (Rubio Gil, 2013).

REFERENCIAS

- Aguirre, J. (2013). Nuevos alcances de la participación ciudadana a través de redes sociales. *Culturales*, 1(2). Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912013000200004
- Aguirre, J. (2015). Riesgos y Ventajas de la Gobernanza Electrónica y el estatus del Estado de Nuevo León. *En-claves del Pensamiento*, IX(17), 177-2000. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/1411/141140686009.pdf>
- Amoroso, Y. Chacón, N. García, M. Guerrero, J. Reyes, P. (2019). *Gobierno de la Información: realidades contemporáneas*. Quito: Udla Ediciones. Obtenido de https://www.udla.edu.ec/wp-content/uploads/2019/01/Gobiernodelainfor_issuu-1.pdf

- Arnstein, S. (1969). A Ladder Of Citizen Participation. *Journal of the American Planning*, págs. 216-224. doi:10.1080/01944366908977225
- Asamblea Nacional. (20 de Abril de 2010). Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social. Ecuador.
- Ávila, R. (2009). Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En A. e. al, *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (págs. 405-428). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Baño, R. (1998). Participación ciudadana: elementos conceptuales. En E. C. editores, *Nociones de una ciudadanía que crece* (págs. 15-37). Santiago : FLACSO-Chile.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. (J. F. Santillán, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Castells, M. (2006). *La Sociedad Red: una visión global*. Madrid: Alianza.
- CIVICUS. (2017). *Informe sobre el estado de la sociedad civil*. CIVICUS. Obtenido de <http://www.civicus.org/documents/reports-and-publications/SOCS/2017/informe-sobre-el-estado-de-la-sociedad-civil-executive-summary-es.pdf>
- CIVICUS. (2019). *Informe sobre el estado de la sociedad civil*. CIVICUS. Obtenido de https://www.civicus.org/documents/reports-and-publications/SOCS/2019/SOCS_YIR_2019_Exec-Sum_Spanish.pdf
- CIVICUS. (2021). *Informe sobre el estado de la Sociedad Civil*. Obtenido de https://civicus.org/state-of-civil-society-report-2021/es/wp-content/uploads/2021/05/SOCS2021Overview_es.pdf.pdf
- Cunill, N. (1991). *Participación ciudadana: dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Caracas: CLAD.
- Dahl, R. (1989). Democratización y oposición pública. En R. Dahl, *La Poliarquía* (págs. 13-25). Madrid: Tecnos.
- Davidson, S. (Abril de 1998). Spinning the Wheel of Empowerment. *Planning*, 1262, 14-15. Obtenido de <https://www.sarkissian.com.au/wp-content/uploads/2009/06/Davidson-Spinning-wheel-article1998.pdf>
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas. (s.f.). *Administración Pública y Gestión del Desarrollo*. Recuperado el 23 de Octubre de 2017, de <https://publicadministration.un.org/es/eparticipation>
- Dijk, J. v. (2012). *The Network Society* (Tercera ed.). Londres: SAGE.
- Dijk, J. v. (2013). Digital Democracy: vision and reality. En S. I. Donk, *Public Administration in the information age: revisited*. ISO-Press.
- Fundación Nacional para el Desarrollo. (junio de 2014). *Democracia y Participación*. Recuperado el 30 de septiembre de 2017, de Repositorio Institucional FUNDE: <http://www.repo.funde.org/941/7/DEMOC-PART.pdf>
- Fuster, M. (2012). Concepción de la participación en entornos en línea: lecciones y retos para las experiencias de democracia digital. En I. R. (Coord), *Ciudadanía en 3D: Democracia Digital Deliberativa. Un análisis exploratorio*. Madrid: Edhasa.
- Ganuza, E. (2012). El desafío deliberativo. En C. Irene Ramos Vielba y Eva Campos Domínguez, *Ciudadanía en 3D: democracia digital deliberativa. Un análisis exploratorio*. Barcelona: Edhasa.

- Guillen, A, Sáez, K. Baddi, M. Castillo, J. (2009). Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, 179-193.
- Hartz-Karp, J. Balnaves, M. Sullivan, B. (2012). Del monólogo y la agregación al diálogo y la deliberación: enfoques híbridos innovadores sobre la deliberación y la gobernanza colaborativa. En I. R. (Coord), *Ciudadanía en 3D: Democracia Digital Deliberativa. Un análisis exploratorio*. Madrid: Edhasa.
- Held, D. (2007). *Modelos de Democracia*. Madrid: Alianza.
- Lusoli, W. Misuraca, G. (2012). De la 3D a la gobernanza abierta en Europa 2030: impulsores, barreras y condiciones. En I. R. Campos, *Ciudadanía en 3D: Democracia Digital Deliberativa. Un análisis exploratorio*. Madrid: Edhasa.
- Ferrero, M. Hoehn, M. (2014). *Participación ciudadana: un marco teórico*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Obtenido de <http://www.giorgiojackson.cl/wp/wp-content/uploads/2014/09/marco-teorico-estudio-participacion-ciudadana.pdf>
- Moncada, A. (2012). La Participación Ciudadana y el control social en el Ecuador, el aporte del CPCCS. En C. d. Social, *Voces Ciudadanas* (págs. 21-23). Quito.
- OCDE. (2001). *Participación ciudadana: Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*. París: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- Peña-López, I. (2014). Casual politics: el clickactivismo a los movimientos emergentes y el reconocimiento de patrones. En R. C. (Eds), *La democracia del Siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales* (págs. 211-230). Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Prieto-Martín, P. (2012). “E pur si muove!” *La participación electrónica más allá de los galimatías académicos*. Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Madrid. Obtenido de GIGAPP Estudios/Working Papers. Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas: https://www.academia.edu/2304661/_E_pur_si_muove_La_participaci%C3%B3n_electr%C3%B3nica_m%C3%A1s_all%C3%A1_de_los_galimat%C3%ADas_acad%C3%A9micos
- Rieder, B. (2012). *The refraction chamber: twitter as sphere and network*. Obtenido de Firt Monday: <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/article/view/4199/3359>
- Rubio Gil, M. Á. (2013). Ciberparticipación política de la juventud: el caso Spanish Revolution. En R. C. (Ed), *Ciberpolítica. Las nuevas formas de acción y comunicación políticas* (págs. 279-296). Valencia: Tirant Humanidades.
- Trujillo, J. C. (2009). Sociedad Civil, Estado y Participación. En S. A. al, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (págs. 21-44). Quito: Corporación Editora Nacional.
- We are Social. (2023). *Digital 2023*. Obtenido de <https://wearesocial.com/es/blog/2023/04/reporte-digital-2023-abril/>

Normas jurídicas citadas

Constitución de la República de Ecuador. (20 de octubre de 2008)

Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social. (20 de abril de 2010)

LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO. HERRAMIENTAS PARA ELIMINAR LA BRECHA LABORAL DE GÉNERO

*Alba Guevara Bárcenas**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las Normas Internacionales de Trabajo y el derecho ecuatoriano. 2.1. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Recomendación 90. 2.2. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). 2.3. Convenios sobre la protección de la maternidad (núm. 103 y 183); Recomendación 191. 2.4 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). 3. Conclusiones. 4. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos más complejos de conciliar en el campo laboral dentro de los países de la región, ha sido y es la inserción laboral de la mujer sin discriminación y en igualdad de condiciones con el hombre. Si bien es cierto a la fecha, las mujeres han conquistado muchos espacios de trabajo, el camino ha sido por decir lo menos sinuoso, vistos los sesgos natos o culturales vinculados a las responsabilidades familiares, que en la práctica se traducen en una continua limitación en el acceso a una gran parte –sino a todos– los campos de acción del ser humano, encontrándose con los conocidos techos de cristal y pisos pegajosos.¹

Lo cierto es que actualmente la participación activa de las mujeres en el mundo se aproxima al 49 % y la de los hombres al 75 %, igual de desalentadoras son las cifras en Ecuador, en las que la participación de la mujer en la fuerza de trabajo alcanza un 55.4 % y la de los hombres un 81.3 % (Organiza-

* Docente Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. email: rguevara@uide.edu.ec. <https://orcid.org/0000-0001-7594-8662>

1 Según Melissa Ardanche el término “techo de cristal” sirve para identificar los factores discriminadores que limitan el acceso de las mujeres más capacitadas a niveles superiores en las estructuras jerárquicas institucionales; el concepto de “pisos pegajosos” se utiliza para describir el entrapamiento en el que se encuentran gran parte de las mujeres que por falta de apoyo para cuidados, oportunidades de capacitación, entre otras, se ven imposibilitadas de salir de aquellas condiciones que les representan bajos salarios y empleos informales de inferior calidad (Entre el techo de cristal y el piso pegajoso. El trabajo como herramienta de inclusión en el Uruguay de 2011).

ción Internacional del Trabajo s.f.), realidad que sitúa a la mujer según el Foro Económico Mundial a 267,6 años de la paridad de género en el ámbito de la participación económica (World Economic Forum 2021).

Dentro de las problemáticas que han incidido en esa exclusión, se encuentra la división sexual del trabajo, que en principio relegaba a las mujeres al desarrollo de trabajo exclusivamente doméstico y a la fecha las margina a labores de cuidado o actividades de similar naturaleza, consecuentemente menor remunerados que los trabajos realizados por sus pares y en varias ocasiones en condiciones de precariedad. Este escenario es agravado por los vigentes patrones de comportamiento, es decir, la visión de “varón proveedor” y “mujer cuidadora”, lo que se traduce en que el ingreso de esta última no sea significativo o relevante para la economía del hogar.

La realidad expuesta ha originado graves problemas que se expresan en fenómenos como la segregación laboral, la discriminación y la desigualdad en las remuneraciones, profundizando la brecha de género existente entre hombres y mujeres. Si bien la Constitución ecuatoriana de 2008, marca un punto de inflexión en cuanto a los derechos de las mujeres, – ya que a partir de su promulgación éstos han encontrado mayor desarrollado–, es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fuente de inspiración, por cuanto como medida de protección a las trabajadoras, ha aprobado varios instrumentos internacionales, a fin de reconocer los múltiples roles de la mujer en el mundo laboral, lo cual ha llevado a desarrollar disposiciones que buscan fortalecer las garantías y la tutela de sus derechos fundamentales a nivel nacional e internacional.

LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

“Un marco jurídico internacional sobre las normas sociales garantiza el establecimiento de condiciones de igualdad en la economía global.”

(Organización Internacional del Trabajo)

Con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 se buscó contar con una instancia a través de la cual se logre de manera progresiva el establecimiento de nuevas y mejores condiciones para las personas trabajadoras a nivel global; para esto, la OIT ha consolidado un sistema de Normas Internacionales de Trabajo (NIT) que se manifiesta a través de convenios y recomendacio-

nes estructurados de forma tripartita en el seno de este organismo, a través del consenso y participación de representantes de trabajadores, de empleadores y gobiernos de todo el mundo. Esta labor se ha visto complementada con la implementación de un régimen de control que permite analizar y constatar los problemas que se presentan al interior de los Estados miembros, al momento de verificar su aplicabilidad en la legislación interna de cada país.

En Ecuador, el procedimiento de adopción de convenios y tratados internacionales requiere –de forma general– la intervención del Presidente o Presidenta de la República en dos momentos: suscripción y ratificación. La Función Ejecutiva cuenta entre sus facultades con la de suscribir tratados u otros convenios internacionales (Constitución de la República, 2008), procediendo a informar a la Asamblea Nacional acerca del carácter y contenido del instrumento internacional adoptado. Sólo después de diez días de esta notificación al órgano legislativo, el Ejecutivo podrá ratificarlo para su posterior canje o depósito, reservándose el Estado la competencia exclusiva acerca de su aplicabilidad.

Existen convenios que por su contenido requieren de aprobación previa de la Asamblea Nacional cuando se pretenda su ratificación (o denuncia), los cuales serían aquellos que: i) se refieran a materia territorial o de límites; ii) establezcan alianzas políticas o militares.; iii) contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; iv) se refieran a derechos y garantías establecidas en la Constitución; v) comprometan la política económica del Estado –establecida en su Plan Nacional de Desarrollo– a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; vi) comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; vii) atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y, viii) comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

Sobre este particular cabe anotar que el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana contempla a los tratados y convenios internacionales con una jerarquía supralegal e infraconstitucional, aclarando que tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos (ratificados) que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional, prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público y que los derechos allí consagrados son de inmediato cumplimiento y aplicación. Consecuentemente,

las y los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos las aplicarán directamente, aunque no se hayan invocado de forma expresa.

De acuerdo a lo hasta aquí analizado, Ecuador es un Estado de carácter monista, en tanto en cuanto las normas del derecho internacional y del derecho interno no se encuentran separadas en dos ámbitos distintos, sino que los instrumentos internacionales pasan a integrar el ordenamiento jurídico vigente en una única esfera normativa, volviéndose su aplicación de carácter obligatorio y directo en todos aquellos casos en los que la legislación no es adecuada para dar solución al asunto en específico o, en su defecto, no regula de forma expresa los supuestos materia de controversia.

Así las cosas, el bloque de constitucionalidad obliga a los operadores de justicia romper con ciertos paradigmas que limitaban su accionar desde un enfoque estrictamente normativo por un enfoque sistémico que abarque principios y valores materialmente constitucionales, a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos. En este contexto, la sentencia D-5807 de la Corte Constitucional de Colombia, sostiene que este instituto contiene manifestaciones que sin estar en el articulado de la Constitución, hacen parte de ella “por la remisión que el mismo Constituyente hizo a ellas para que tuviesen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos”.

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Recomendación 90

“En algunos países desarrollados, por ejemplo, las trabajadoras ganan hasta un 25 % menos que sus colegas de sexo masculino por la realización del mismo trabajo.”
(Organización Internacional del Trabajo)

El Convenio 100 de 1951² es uno de los instrumentos considerados por la OIT como fundamentales.³ En este instrumento se determina la obligación

2 Ratificado por el Ecuador el 11 de marzo de 1957.

3 El calificativo de fundamentales obedecería al hecho de que estas normas garantizan los derechos de los seres humanos en el trabajo, independientemente del nivel de desarrollo de los Estados miembros, constituyendo condición previa para el desarrollo del resto de derechos. Entre los convenios considerados como fundamentales o “normas fundamentales” por la OIT tenemos los siguientes: Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación

de los Estados de garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, concepto que no en todas las legislaciones se ha reconocido en su real dimensión. Se refiere a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, en virtud de lo señalado se entiende que los Estados que lo ratifiquen están obligados a promover este principio de igualdad, caso contrario resultaría ser utópico, si de forma efectiva no se toman las medidas para materializarlo, por ello, las vías idóneas necesariamente serán a través de la norma, contratos colectivos o de los organismos de fijación de salarios; a este propósito, el convenio recalca la trascendencia de promover evaluaciones objetivas de los trabajos a realizarse.

Ahora bien, promover la igualdad de género implica evidenciar la realidad y carga social de la mujer, que como se señaló, está marcada principalmente por normas sociales que le imponen mayores responsabilidades domésticas y reproductivas, cuidado del hogar e hijos y actualmente –inclusive– el cuidado de adultos mayores, lo que significa que la empleabilidad de la mujer está supeditada a la existencia de trabajos cercanos, guarderías o círculos de cuidado afines a la trabajadora, estos elementos serán definitivos para la incorporación laboral de la mujer y su impacto salarial, produciéndose una suerte de discriminación con sus pares masculinos, para quienes las condiciones señaladas son irrelevantes.

Así las cosas, se ha normalizado el hecho de que las mujeres se desarrollen en espacios menos competitivos, de menor trascendencia laboral y, por consiguiente, peor remunerados, con la dificultad ineludible de conciliar la doble jornada laboral que cumple como consecuencia de la estructura social patriarcal, por lo que, erradicar la brecha de género exige un mayor compromiso de las sociedades en lo concerniente a establecer una distribución más justa y equitativa de las responsabilidades familiares.

y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (núm. 29); Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138); Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182); Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100); Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111).

Es preciso señalar que, si bien el origen del convenio hacía referencia a la igualdad de remuneración entre hombre y mujer, a la fecha, es evidente que este instrumento no se ha limitado al género femenino, al contrario, ha irradiado todos los supuestos posibles en los que la igualdad de remuneración se ha visto soslayada por aquellas categorías sospechosas que pudieren generar un trato diferenciado.

Desde esta óptica, el trabajo de igual valor no debería ser visto única y exclusivamente como la igualdad en cuanto al pago para aquellas actividades o trabajos que sean considerados similares o semejantes, sino que debería trascender hacia la prohibición de discriminación en la remuneración entre hombres y mujeres por realizar labores diferentes, pero que conllevan igual valor. Tanto el Convenio 100 como la Recomendación 90, al hablar del término valor del trabajo, refieren un sentido más amplio que las expresiones tradicionalmente ocupadas en la legislación nacional cuando se establece que “A trabajo igual corresponde igual remuneración” (Ecuador 2005). De acuerdo con Humblet (Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global), “El Convenio sugiere que se debe utilizar la valoración objetiva del empleo, para determinar el valor del trabajo donde se considere útil, tomando como base los trabajos que éste entrañe y no el sexo de la persona que ocupe el puesto.” Para estos efectos la OIT (2014) recomienda la adopción de un método que permita la comparación y valoración del valor relativo de diversas labores, tomando en cuenta parámetros tales como capacidades, esfuerzo, responsabilidades y condiciones de trabajo.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

“...el Convenio ampara formas directas de discriminación, como las exclusiones de personas cuando expresamente se dice que no pueden solicitar los trabajos, y formas indirectas de discriminación como la discriminación ocupacional basada en el sexo.”
(Humblet, y otros).

Según Baquero, Guataquí y Sarmiento se puede hablar de discriminación laboral cuando “...de dos trabajadores con la misma capacidad productiva pero que difieren en alguna característica personal no relacionada con esta, uno recibe un trato inferior en cuanto a posibilidades de obtener empleo, condiciones de trabajo ó (sic) educación.” (Un marco analítico de la discriminación laboral. Teorías, modalidades y estudios para Colombia 2000).

En este contexto, el Convenio 111 de 1958⁴ sobre la discriminación (empleo y ocupación) tiene una marcada trascendencia a nivel internacional, ya que prohíbe la discriminación en el ámbito del trabajo, entendiendo por discriminación a “...cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (1958). Podemos notar que la naturaleza fundamental del convenio radica en la protección de las y los trabajadores en el sentido más amplio, por tanto, no se establece ningún tipo de categoría o grupos de trabajadores.

In extenso, a través del Convenio llegamos al estándar más alto de protección, por cuanto queda proscrita tanto la discriminación directa como la indirecta, esta última resulta ser de interés primordial para la mujer, toda vez que generalmente los procesos de discriminación a los que se enfrenta, pertenecen a esta categoría, por lo cual se hace necesario que se establezcan medidas de protección o acciones afirmativas, tendentes a proteger a la mujer en el caso de la maternidad (embarazo, parto y lactancia), estado civil, la situación matrimonial o la familiar, las responsabilidades familiares o, de igual forma, diseñar medidas especiales con el objeto de promover la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales que tradicionalmente han sido víctimas de prácticas discriminatorias.

Concomitantemente a lo señalado, no se debe dejar de lado el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que, aunque tiene su origen en la Organización de Naciones Unidas, no por este hecho deja de tener relevancia cuando determina como obligación de los Estados Partes la adopción de las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a efectos de asegurarle el derecho a las mismas oportunidades de empleo, incluso a la aplicación de los mismos criterios de selección.⁵

La Constitución del Ecuador garantiza a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a una remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que les afecte en el trabajo. De forma concomitante garantiza el

4 Ratificado por el Ecuador el 10 de julio de 1962.

5 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 11.

respeto a los derechos reproductivos de las personas, incluyendo la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia y el derecho a licencia por paternidad.

De lo señalado, podemos identificar que existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado, por lo que ese deber de protección debería proyectarse en todos los campos de la vida social y en particular en la laboral, ahora bien, frente a las vulneraciones, el máximo organismo constitucional ha desarrollado algunas líneas jurisprudenciales pronunciada en varias sentencias⁶ en las que se reconoce la situación de vulnerabilidad de las mujeres y su necesidad de protección, hace especial referencia a principio de igualdad y no discriminación, además de considerar a la acción de protección como vía adecuada para garantizar los derechos de este grupo de personas.

Por otro lado, la Recomendación 111 de la OIT complementa las directrices contenidas en el convenio precisando algunos elementos que permiten concretar de mejor manera la formulación de políticas laborales justas y dejan al margen determinadas conductas que configurarían tratos discriminatorios. Destaca a la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación como un asunto de interés público; además, precisa la necesidad de gozar de iguales oportunidades en cuanto a: (i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de propia elección, basándose en la aptitud individual; (iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; (iv) seguridad en el empleo; (v) remuneración por un trabajo de igual valor; (vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo; (vii) aplicación por parte de los organismos oficiales de una política de empleo no discriminatoria en todas sus actividades; (viii) ni práctica ni tolerancia por empleadores de discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar en el empleo a cualquier persona o al fijar sus condiciones de

6 0108-14-EP de 09 de junio de 2020, 048-17-SEP-CC, 22 de febrero de 2017, 0003-19-JP y acumulados de 05 de agosto de 2020, 0036-19-IN

trabajo (los empleadores no deberían ser objeto de ninguna obstrucción o intervención, directa o indirecta, por parte de personas u organizaciones en aplicación de este principio); (ix) respeto al principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, en las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo (los contratos colectivos no contengan cláusulas discriminatorias en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo); (x) ni práctica ni tolerancia de discriminación en las organizaciones de empleadores y de trabajadores respecto a la afiliación a las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en los asuntos sindicales.

En este contexto, debería propenderse de manera efectiva a la eliminación de la discriminación en cualquiera de sus formas, a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato para todas las categorías de trabajadores, en todos los sectores de empleo y de ocupación, con respecto a cualquier motivo de discriminación identificado en el convenio. Es posible que sea necesario dar un trato diferenciado a algunos grupos para eliminar la discriminación y lograr una igualdad sustantiva para todos los grupos abarcados por este instrumento, lo cual evidentemente constituiría la implementación de medidas especiales encaminadas a satisfacer las necesidades particulares de personas que por su situación particular, requieren que se les reconozca protección o asistencia especial.

Convenios sobre la protección de la maternidad (núm. 103 y 183); Recomendación 191

“Las normas internacionales de la OIT sobre protección de la maternidad prevén la protección del empleo de la mujer durante la maternidad, la licencia de maternidad y un periodo posterior a la reincorporación al trabajo, así como medidas para lograr que la maternidad no sea causal de discriminación en el empleo.”
(Organización Internacional del Trabajo)

Siendo uno de los aspectos limitantes y excluyentes para la contratación laboral la etapa reproductiva de la mujer, se aprueba el Convenio 103 de 1952⁷, cuyo ámbito de tutela es la protección de la maternidad, estableciéndose un mínimo de doce semanas de licencia anterior y posterior al parto, derecho a

7 Ratificado por el Ecuador el 05 de febrero de 1962.

lactancia, prestaciones médicas y obligaciones de los estados partes a efectos de materializar los derechos mínimos acordados en este convenio, mismo que ha sido superado, al ser revisado y actualizado por el Convenio 183 de 2000⁸ que actualiza la normativa base respecto a la maternidad; *verbi gracia*, establece una licencia mínima de catorce semanas. Pese a que el instrumento en mención no ha sido ratificado por el Ecuador, cabe poner de relieve que la Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-JP/20⁹ y acumulados ha tomado como referencia este instrumento con la finalidad de desarrollar el derecho de cuidado, determinando que uno de los componentes de la compensación económica sería la remuneración que venía percibiendo la trabajadora por un lapso de catorce semanas.¹⁰

En el ámbito nacional, se garantiza la inamovilidad y estabilidad de la trabajadora cuya condición esté asociada a la gestación o maternidad, así como también se prohíbe la discriminación vinculada con los roles reproductivos. Como se dejó anotado, el Convenio sobre la protección de la maternidad, establece catorce semanas de prestaciones de maternidad para las mujeres trabajadoras en situación de gravidez; sin embargo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano únicamente se contemplan doce semanas, por lo que se hace indispensable conciliar ambas disposiciones para lo cual el órgano legislativo debería ampliar la licencia por maternidad prevista en el Código del Trabajo, con el objetivo de procurar un mayor ámbito de protección para la mujer trabajadora en situación de embarazo.

De igual forma la Recomendación 191 de 2000, que por su naturaleza jurídica podríamos considerarla como norma orientadora o inspiradora

8 Este convenio no ha sido ratificado por el Ecuador.

9 La sentencia referida agrupa 18 sentencias de acciones de protección propuestas por mujeres que estaban cobijadas por contratos ocasionales, nombramientos provisionales y nombramientos de libre remoción, es decir, con contratos dentro del sector público que no generan estabilidad laboral, produciéndose su terminación dentro de sus periodos de maternidad y lactancia, en la misma se identifica ciertos patrones de discriminación y desarrolla el contenido de los derechos a la salud sexual y reproductiva, lactancia, la intimidad y no injerencia de los empleadores, al trabajo sin discriminación, la prohibición de desvinculación o tratos diferenciados. Adicionalmente, desarrolló la compensación *para el derecho al cuidado* de la mujer embarazada, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia, entendiéndolo al cuidado del niño o niña lactante como parte de la corresponsabilidad estatal.

10 El Código del Trabajo en su artículo 152 establece un tiempo de 12 semanas en concepto de licencia por maternidad.

del sistema jurídico, establece una duración ideal de la licencia de dieciocho semanas, prolongación por parto múltiple y otras licencias por enfermedad, muerte, licencia parental, adopción; es decir, aborda aspectos que los Estados deberían considerar en aras de una protección efectiva de la mujer en su etapa reproductiva, fortaleciendo su situación en el ámbito laboral.

En cuanto a los ingresos se pone de relieve el reconocimiento del derecho a una prestación en metálico que garantice el sustento de la trabajadora y el de su hijo en condiciones de salud apropiadas y con un nivel de vida adecuado, cuyo monto no debe ser inferior a las dos terceras partes de sus ganancias anteriores o a una cuantía comparable.

La norma garantiza también la estabilidad laboral de la mujer durante el embarazo, durante su ausencia por licencia de maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, con el nacimiento del hijo (y sus posibles consecuencias) o la lactancia. En igual forma se garantiza su derecho a reintegrarse al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración. Además, reconoce a la mujer el derecho a una o más interrupciones al día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.

GARANTÍAS	CONVENIO 183	LEGISLACIÓN LABORAL ECUATORIANA
Licencia por maternidad	Catorce semanas	Doce semanas. Diez días adicionales en caso de nacimientos múltiples. Tres meses adicionales en el caso del nacimiento de niñas o niños con discapacidad o congénitos graves. (Art. 153 C.T.-art. 52 LOD.)
Prestaciones	Prestaciones en metálico no inferior a las 2/3 partes de sus ganancias anteriores o a una cuantía comparable.	Tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en el Código del Trabajo (Art. 153 C.T.)

GARANTÍAS	CONVENIO 183	LEGISLACIÓN LABORAL ECUATORIANA
Estabilidad	Prohíbe que los empleadores despidan a una mujer durante el embarazo, durante su ausencia por licencia de maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, nacimiento de hijo y sus consecuencias y la lactancia.	No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior. (Art. 153). Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. (art. 195.1 C.T.)
Lactancia	Derecho a una o más interrupciones al día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.	Durante los quince (15) meses a partir de que haya concluido su licencia por maternidad, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria. (Art. 155 C.T) Reformado por la LOCH, Reg. Oficial Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023. Permiso de veinte minutos cada dos horas (cada tres horas durante el segundo año), para la extracción de la leche materna. (Acuerdo interministerial Nro. 003 -2019).

Un aspecto a destacar es que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se establece de forma expresa la prohibición de obligar a las embarazadas o a las madres en período de lactancia a realizar un trabajo que haya sido considerado como perjudicial para su salud o la de su hijo, aspecto que el convenio en análisis si ha cuidado de disponer como obligación ineludible a los Estados ratificantes, añadiendo además que deben adoptar medidas para proteger a las trabajadoras contra la discriminación basada en la maternidad.

Importante puntualizar es que en legislación ecuatoriana se prevé el derecho de la mujer a acogerse a una licencia sin remuneración para el cuidado de hijo o hija por quince meses, este derecho aplica también en el caso de adopción, la misma podrá solicitarse concluida la licencia o permiso por maternidad o desde el momento de que el niño o niña egrese de la entidad de acogimiento.

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)

“La maternidad, la paternidad y las responsabilidades familiares deben pasar a ser un elemento normal de la dinámica empresarial.”

(Organización Internacional del Trabajo)

En la trayectoria de reconocimiento y protección de derechos de las mujeres trabajadoras por parte de la OIT, el Convenio 156 de 1981¹¹, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, plantea la necesidad de debatir acerca de la redistribución de las obligaciones domésticas y familiares en el seno del hogar, lo que en la *praxis* exige un cambio de paradigma en el rol que cumplen tanto los hombres como las mujeres.

Quedó en evidencia que no resulta suficiente la normativa que protege a la mujer en su etapa reproductiva si por cumplir con las tareas de cuidado se ve relegada a desempeñar actividades de menor valía o desvincularse de sus espacios de trabajo, así se ha determinado que es imprescindible que tanto los hombres como las mujeres reciban un trato igualitario, ello significa que los hombres deben repensar la situación laboral desde la perspectiva del trabajo y no solo del empleo, es decir, considerando las actividades de subsistencia, autocuidado, ayuda familiar, entre otras obligaciones tradicionalmente impuestas a las mujeres.

Esta nueva visión a criterio de Rodríguez (1996), exige que las mujeres puedan liberarse de una parte del trabajo reproductivo que limita su acceso al mercado de trabajo, que los hombres asuman estas tareas y se sitúen en el mercado laboral con sus correspondientes responsabilidades reproductivas y obligar al mercado laboral a entender que la disponibilidad de hombres y mujeres está condicionada o vinculada con el trabajo reproductivo.

En este sentido, el convenio recoge la necesidad de lograr un trato igualitario para hombres y mujeres, con especial énfasis en la legislación protectora, haciéndose imprescindible se acojan en igualdad de criterios ciertas condiciones vinculadas con permisos relacionados con la familia¹²; por ello, es imperioso

11 Ratificado por el Ecuador el 08 de febrero de 2013.

12 En la misma línea se señaló que: “En el artículo 8 del aludido instrumento, se señala que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo (Convenio 156, 1981, art. 8). La propia OIT ha reconocido que los hombres también son discriminados y penalizados en caso de asumir responsabilidades por el cuidado

citar la sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional Colombiana, en la misma que se reflexiona respecto a la necesidad de conciliar la vida familiar, personal y laboral, como única vía para garantizar la igualdad de las y los trabajadores, en este orden de ideas se resolvió que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

Sin lugar a dudas, la única vía para erradicar la discriminación del mundo laboral, es equilibrar las condiciones de trabajo, (entendido como obligaciones en general) y condiciones laborales, lo que implica la exigencia de equiparar los permisos familiares y fueros tanto para hombres como mujeres, forzando, de ser necesario la conciencia social respecto del rol de las mujeres trabajadoras.

Las licencias en Ecuador para los padres distan mucho de equipararse al de las mujeres, es así que, el padre goza de la siguiente protección en cuanto a la licencia con remuneración.

Nacimiento de hijo/a por parto normal.	15 días	Segundo párrafo del Art. 152 C.T. Reformado por la LOCH, Reg. Of. Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023.
Nacimientos múltiples o cesárea	20 días	Segundo párrafo del Art. 152 C.T. Reformado por la LOCH, Reg. Of. Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023.
En los casos de que la hija o hijo haya nacido prematuro o en condiciones de cuidado especial.	23 días	Segundo párrafo del Art. 152 C.T. Reformado por la LOCH, Reg. Of. Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023.
En los casos que la hija o hijo haya nacido con una enfermedad, degenerativa, terminal o irreversible, o con un grado de discapacidad severa.	25 días	Segundo párrafo del Art. 152 C.T. Reformado por la LOCH, Reg. Of. Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023.
Licencia por adopción, a partir del egresamiento de la niña o niño en la entidad de acogimiento institucional.	30 días	155.2 C.T. Reformado por la LOCH, Reg. Of. Suplemento 309 de 12 de mayo del 2023.

de sus hijos, pudiendo manifestarse estas conductas en una reducción de sus remuneraciones o en un descenso de su categoría en el trabajo.” (Ortega 2020)

Asimismo, se considera la posibilidad de que el padre pueda acogerse a una licencia sin remuneración hasta por quince meses después del goce de licencia remunerada para atender a los hijos e hijas, por lo que también aplica en el caso de adopciones, desde que termina la licencia. Se debe hacer notar que el progenitor, no cuenta con ningún tipo de garantía o protección si es despedido, salvo el caso de la licencia sin remuneración, que, de producirse el despido, se considerará ineficaz, según lo establece el último inciso del artículo 152.1 del CT.

Esta falta de protección jurídica traduce la norma en poco efectiva, toda vez que por el machismo estructural existente, los padres no hacen mayor uso de la licencia, sea por temor a las críticas o la falta de entendimiento de la sociedad de la importancia de la misma en el cambio de percepción de los roles de los progenitores; y, por otro lado, profundiza la discriminación en la contratación laboral, prefiriéndose la mano de obra masculina sobre la femenina, en especial en la etapa mayormente reproductiva de la mujer, por ello, es imperioso repensar la norma desde la construcción de una sociedad en la que hombres y mujeres tienen una vida familiar y laboral, por tanto obligaciones mutuas.

En términos de Faur (2009), se requiere de un nuevo *contrato sexual*, en el que el rol de cuidado no lo asuma la mujer, para lo cual es necesario superar los conceptos de políticas laborales y conciliación y revisar las políticas culturales, educativas y comunicacionales, buscando a través de éste, cambios que permitan entender la transformación social, pero sobre todo la transformación productiva y reproductiva.

CONCLUSIONES

Los roles de género –históricamente atribuidos a hombres y mujeres– han establecido regímenes laborales disímiles en diferentes latitudes, regulados a través de marcos normativos nacionales que han impedido proporcionar un trato justo y equitativo hacia las trabajadoras, quienes se enfrentan con dicha realidad desde el momento mismo en que se ven limitadas en el ingreso al mercado laboral (discriminación directa), todo lo cual se ve agravado aún más cuando se las discrimina para el eventual acceso a puestos de dirección o altas gerencias (discriminación indirecta), sin dejar de lado la realidad indiscutible

de percibir ingresos sustancialmente inferiores a las que percibirían sus compañeros por la realización de un trabajo de igual valor.

Las Normas Internacionales del Trabajo han permitido romper con muchas de esas barreras, lo cual ha coadyuvado a que las mujeres se incorporen en condiciones dignas a los diferentes ámbitos del quehacer humano; desde este punto de vista, las NIT constituyen instrumentos de avanzada que proporcionan la guía imprescindible para los operadores de justicia a fin de que puedan desarrollar progresivamente los derechos de las personas en las disímiles relaciones laborales, así como son trascendentes en la expedición de políticas públicas y normativa.

Lo afirmado se evidencia cuando en el ámbito nacional, la Corte Constitucional del Ecuador aplicó el Convenio 183 (no ratificado por el país) en el desarrollo del derecho de cuidado, destacándose que el órgano de control constitucional estableció un tiempo de catorce semanas para la determinación del valor correspondiente por concepto de compensación que por este derecho se ha de reconocer, observando lo previsto en el artículo 4 del antedicho convenio. Este pronunciamiento constituye un hito sin parangón, al momento en que el alto tribunal determinó la necesidad de ampliar no sólo el periodo de lactancia y período de cuidado, sino también la ampliación y regulación del permiso de los hombres para el cuidado.¹³

Todo parece indicar que los logros alcanzados hasta el momento son solamente el comienzo de un largo camino por recorrer que tiene una sola dirección y es aquella que nos llevará a la consecución de una verdadera y legítima igualdad de las personas trabajadoras en el entorno laboral, recordemos que las mujeres trabajadoras no transitan solas, sus proyectos personales, familiares, laborales no pueden continuar siendo minimizados, relegados, postergados o cancelados; cuando legalmente deberían estar garantizados.

13 Otro aspecto no menos interesante es que en esta sentencia la Corte Constitucional dispuso a la Defensoría del Pueblo que presente a la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de ley para incorporar el derecho al cuidado en el ámbito laboral. Sobre este particular, se debe destacar que la Organización de Estados Americanos en este año presentó la Ley Modelo Interamericana de Cuidados, la cual tiene por objeto la regulación de los cuidados, su redistribución, provisión y promoción como bien público fundamental y el reconocimiento del trabajo de cuidados no remunerado.

REFERENCIAS

- Ardanche, Melissa. *Entre el techo de cristal y el piso pegajoso. El trabajo como herramienta de inclusión en el Uruguay de 2011*. Montevideo : Cotidiano Mujer, 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.» *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (último acceso: 12 de agosto de 2022).
- Baquero, Jairo, Juan Carlos Guataquí, y Lina Sarmiento. «Un marco analítico de la discriminación laboral. Teorías, modalidades y estudios para Colombia.» *Economía Borradores de investigación. Universidad del Rosario*. 08 de junio de 2000. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10807/3679.pdf> (último acceso: 12 de agosto de 2022).
- Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. «C-100 Convenio sobre igualdad de remuneración.» 29 de junio de 1951. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100.
- . «C103 - Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado).» 28 de junio de 1952. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312248.
- . «C-111 Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación).» 25 de junio de 1958. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C111:NO.
- . «C156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.» 23 de junio de 1981. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156.
- . «C-183 Convenio sobre la protección de la maternidad.» 15 de junio de 2000. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183.
- . «R111 - Recomendación sobre la discriminación.» 1958. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R111,/Document.
- . «R191 - Recomendación sobre la protección de la maternidad.» 15 de junio de 2000. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191.
- Constitucionalidad del inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo*. Sentencia No. 36-19-IN/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 22 de septiembre de 2021).
- Código del Trabajo*. Quito: Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005, 2005.
- Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial, 2008.
- Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo)*. Sentencia C-005/17 (Corte Constitucional de Colombia, 18 de enero de 2017).
- Faur, Eleonor (2009), Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo, en Ávila R, Salgado J, Valladares L, *El género en el derecho Ensayos críticos, serie de Justicia y*

- Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera Edición, 2009
- Humblet, M, y otros. *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global.* Malta: OIT, 2001.
- Ministerio de Salud Pública y Ministerio del Trabajo. *Acuerdo Interministerial Nro. 003.* Quito: Registro Oficial No 473 de 23 de abril de 2019, 2019.
- Oficina Internacional del Trabajo. «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.» 2003. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf (último acceso: 10 de agosto de 2022).
- Organización de los Estados Americanos. «Ley Modelo Interamericana de Cuidados.» 2022. <https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. «ilo.org.» 23 de mayo de 2022. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_242618/lang-es/index.htm.
- . *La brecha de género en el empleo: ¿qué frena el avance de la mujer?* s.f. <https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/Employment/barriers-women#global-gap/labour-force> (último acceso: 12 de agosto de 2022).
- . *LAS REGLAS DE JUEGO. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo.* Ginebra: OIT, 2014.
- Ortega, Guillermo. «Fuero de Paternidad: Tarea pendiente en la tutela de derechos laborales.» *Revista Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, 2020: 580-607.
- Revisión de garantías (JP) Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.* Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador, 05 de agosto de 2020).
- Rodríguez, Arantxa, Begoña Goñi, y Gurutze Maguregi. «Del reparto del empleo al reparto del trabajo.» En *El futuro del trabajo. Reorganizar y repartir desde la perspectiva de las mujeres*, 95-125. Bilbao: Bakeaz y CDEM, 1996.
- World Economic Forum. «Global Gender Gap Report 2021.» marzo de 2021. https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf (último acceso: 12 de agosto de 2022).

Listado de abreviaturas y siglas

CT	Código de Trabajo.
LOCH	Ley Orgánica de Cuidado Humano.
LOD	Ley Orgánica de Discapacidades.
NIT	Normas Internacionales de Trabajo.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.

RENDICIÓN DE CUENTAS

¿Una vía para garantizar el principio del interés superior del niño?

*Katherine Jinez Proaño**

*María Fernanda Bastidas Pérez***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Pensión alimenticia. ¿Qué es la pensión alimenticia? 2.2. Tipos de alimentos. 2.3. Características de la pensión de alimentos. 2.4. Sujetos de alimentos. 3. Interés superior del niño. 3.1. Definición del Principio del Interés superior del niño. 3.2. Interés superior del niño y derecho alimentario. 3.3. Alcance. 4. Rendición de cuentas: 4.1. ¿Qué es la rendición? 4.2. Tipo de rendición de cuentas. 4.3. Consulta rendición de cuentas. 4.4 Proyecto de Ley. 5. Derecho Comparado. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La legislación ecuatoriana, partiendo desde la Constitución de la República del Ecuador de 2008, ha tenido un gran avance en materia de niñez y adolescencia, mediante la protección especial otorgada a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de atención prioritaria, obligando al Estado, sociedad y familia a brindar apoyo a través de su gestión.

Los derechos le deben ser garantizados para que gocen de una vida digna, sin importar condiciones como la edad, sexo, situación socioeconómica, entre otros, y, sobre todo asegurar el cumplimiento del principio de interés superior del niño mismo que, será el eje fundamental para alcanzar la satisfacción plena del ejercicio de sus derechos y brindar un ambiente adecuado para su crecimiento.

En este sentido es menester analizar el alcance de la pensión de alimentos, misma que está planteada como un parámetro mínimo económico-legal que permitirá cubrir las necesidades básicas y dar cumplimiento a los derechos que han sido positivizados tanto en instrumentos nacionales e internacionales.

Para dar inicio, se vuelve primordial definir qué es el derecho de alimentos. Dentro de la Observación General No.12 de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), se define al derecho de alimentos como el derecho

* Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. email: kajinez-pr@uide.edu.ec.

** Docente de la Universidad Internacional del Ecuador. email: mabastidaspe@uide.edu.ec.

que tienen los NNA de contar con los medios suficientes, físicos y económicos, para poder satisfacer sus necesidades humanas de manera adecuada.¹

Este concepto debe ser estudiado de manera amplia, donde primero se entienda que, los NNA son los titulares de este derecho y el Estado, la sociedad y la familia son los llamados a garantizarlos de manera continua mientras que se cumplan las condiciones que establezca la Ley; segundo, que los alimentos no únicamente se refieren a tener una porción de comida, sino que esto va más allá, es contar con las condiciones mínimas y necesarias que le permitan crecer, desarrollarse y gozar de una vida libre sin ningún tipo de limitación y, que puedan ser satisfechos a través de una cantidad económica u otro medio eficaz por el que se pueda acceder a los alimentos.

En el Ecuador, el medio para garantizar el derecho de alimentos es a través de una reclamación económica que hace el NNA, sea por el representante legal o de manera autónoma cuando el NNA haya cumplido dieciocho años, al juez para que se le fije una pensión de alimentos que deberá ser pagada de manera mensual por catorce veces durante el año. El valor de la pensión de alimentos es impuesto de conformidad con la “Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas” que fue expedido por primera vez en la Resolución No.001-CNNA-2013 del Consejo Nacional de la Niñez y es actualizado anualmente por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES).

Esta Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas fue propuesto por el Estado mediante una política pública estatal como un instrumento para poder facilitar la satisfacción de las necesidades vitales de los NNA, tomando en cuenta que, el ordenamiento jurídico establece como una prioridad a la importancia de la responsabilidad parental, en el sentido que, tanto padre y madre son quienes deben velar por un adecuado desarrollo donde la persona cuenta con los recursos suficientes para su vivienda, educación, alimentación, entre otros, que puede ser garantizado a través de un monto económico.

El monto económico que se busca fijar en la pensión alimenticia tendrá como guía algunos aspectos, entre ellos y uno de los más importantes es, el ingreso que tiene el alimentante al momento de la solicitud, así como la edad del alimentario, pues son estos factores los que permitirán al operador de justicia determinar el valor que permitirá garantizar el derecho de alimentos.

1 ONU: Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No.12 (1999) sobre El derecho a una alimentación adecuada (art.11), 14 de mayo de 1999.

Así, si bien la Tabla de Pensiones Alimenticias es el medio por el cual el NNA puede obtener los recursos económicos necesarios para el mantenimiento de un nivel de vida adecuado a lo largo de cada una de las etapas del desarrollo y se pueda gozar dignamente del derecho de alimentos y otros que se derivan de éste y, aun cuando existen algunos mecanismos en el Código de Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos que pueden ser aplicados en caso de incumplimiento por parte del alimentante en el pago de pensiones como la prohibición de salida de país, el apremio u otras inhabilidades mencionadas², pueden existir otras formas por las que se pueda incumplir no solo con el derecho de alimentos sino con el principio del Interés superior del niño.

Una de las formas por las que se puede vulnerar este derecho es por el uso inadecuado del dinero de la pensión alimenticia por parte del representante legal mientras que el NNA no pueda realizarlo de manera autónoma, dado que si bien el alimentante cumple con su deber no existe la certeza de que el representante legal esté utilizando los recursos económicos exclusivamente a favor de las necesidades del alimentario, y por el contrario este siendo destinado para gastos no relacionados con el menor; es por esto que, se plantea la necesidad de estudiar la posibilidad de incorporar como una herramienta dentro de la normativa ecuatoriana a la figura de rendición de cuentas como un mecanismo que pueda ayudar a dar solución a dicho problema.

Por lo que, a lo largo de este artículo, explicaremos cómo la ausencia de la figura de la rendición de cuentas de la pensión alimenticia como una obligatoriedad dentro de la normativa ecuatoriana puede derivar en el incumplimiento al derecho de alimentos y la vulneración del principio del Interés superior del niño.

DESARROLLO

Pensión Alimenticia

¿Qué es la pensión alimenticia?

Para comenzar, es necesario establecer que se entiende por pensión alimenticia. Este término puede ser entendido como el medio por el cual el NNA puede hacer exigible su derecho de tener lo necesario para su sosteni-

2 Artículo 20,21,22, Ley reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. Suplemento 643, 28 de julio del 2009.

miento y obligar a sus progenitores a que cumplan con su deber legal y moral de proporcionar los recursos indispensables que van a permitir su subsistencia.³

Cuando se habla de pensión alimenticia es importante referirse al sostenimiento, que para Fernando Moreno es “[...] todo lo referente a las necesidades vitales de quienes integran el hogar en sentido estricto, aunque desborden la obligación legal de alimentos.”⁴. Esta definición no se debe entender como un término en sentido estricto, es decir, como la porción de alimentos que necesita la persona día a día, sino a entender de manera más amplia como el medio por el cual se garantiza muchos derechos que están encaminados a alcanzar el bienestar y desarrollo integral de los NNA.

Además, de dicha definición se desprende un término importante que es el derechos de alimentos, que está reconocido tanto en instrumentos nacionales e internacionales. A nivel internacional el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo ha definido como:

El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.⁵

A nivel nacional, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) se establece lo siguiente:

“[...] es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar

3 Edmundo Naranjo, El derecho de alimentos dentro de la legislación ecuatoriana y el Código de la Niñez y Adolescencia (Quito: UISEK, 2009), 16.

4 Moreno, Fernando. *Cargas del matrimonio y alimentos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018). Citado en Ignacio Aparicio. *Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018. <http://bitly.ws/EEJb>.

5 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”. Observación General No.12. (Mayo 1999). www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf

los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios [...]”⁶.

De estas definiciones se desprenden dos elementos importantes. Primero, la accesibilidad, es decir, contar con los medios necesarios que permitan al NNA reclamar una pensión alimenticia para que se garantice sus derechos; y, proporcional, es decir, que el monto que se fije en la pensión alimenticia debe ser adecuado para lograr cubrir las necesidades en cada etapa del crecimiento.

Tipos de alimentos

Así pues, siguiendo la misma línea de lo que se ha dicho sobre el derecho de alimentos y su finalidad, cabe realizar una pequeña clasificación sobre los alimentos según el fin que se persigue. El Código Civil ecuatoriano realiza la clasificación de los alimentos en congruos y necesarios. Sobre los primeros se dice que “Son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.”⁷ y, sobre los segundos “[...] los que dan lo que basta para sustentar la vida”.⁸

Además, si bien en el Código Civil realiza la clasificación de los alimentos en dos, tomando en cuenta la naturaleza que tiene un juicio de pensión de alimentos, se puede decir que también existen los alimentos provisionales, que son aquellos que el juez fija hasta el momento que se resuelva la controversia y se fije de manera definitiva los alimentos.

De esta forma, si bien existe una clasificación normativa sobre los alimentos, la importancia radica en un solo objetivo: satisfacer las necesidades de los NNA. Como se ha mencionado previamente, cuando se habla de una pensión alimenticia para cubrir las necesidades básicas no solo se hace mención del acceso diario de los alimentos, sino también al cumplimiento de los derechos que están encaminados a garantizar una vida digna, esto es tener una vivienda, educación de calidad, vestuario, atención médica, transporte, entre otros.

6 Artículo 2, Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2009.

7 Artículo 351, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

8 Idem.

Características de la pensión de alimentos

En el CNA se menciona que el derecho de alimentos es “intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y admite compensación ni reembolso de los pagado, [...]”⁹.

De las características que menciona la Ley, los dos más importantes son que: 1. Este derecho no es negociable, es decir, no es una opción que tiene el obligado de hacerlo o no, sino que es una obligación que está llamado a cumplirlo por la Ley, claro está que el monto que se le otorgará será definido previamente por un juez en base a las características económicas que tenga el responsable de otorgar una pensión; 2. Es un derecho imprescriptible, es decir, es un derecho permanente que perdurará mientras que se cumplan las condiciones que haya establecido la Ley y no prescribe en el tiempo.

Sujetos de alimentos

Existen tres sujetos involucrados en el tema de alimentos, el alimentante, el alimentario y el administrador.

El alimentante es la persona que otorga la pensión alimenticia, es decir, es la persona que tiene un vínculo filial con el NNA y por tal razón es el obligado a cumplir con las obligaciones pertinentes. Además, tal como se lo considera en el ordenamiento jurídico, tenemos como responsables de otorgar alimentos al Estado, sociedad y familia.

Sobre la familia, la Ley indica que, los alimentantes subsidiarios, bajo ciertas circunstancias serán los “los tíos, abuelos y hermanos mayores de 21 años que no sean beneficiarios de la pensión alimenticia y se encuentren en las posibilidades de responder por los alimentos del NNA”¹⁰; tal como lo señala la misma Ley, no son los responsables directos, es decir, no son los que de manera obligatoria deben cubrir los alimentos pues no tienen la misma responsabilidad que el padre o madre lo tienen, ni tampoco se les aplica las mismas sanciones ante un posible caso de incumplimiento, pero si asumen cierta responsabilidad cuando existe un incumplimiento por parte de los responsables directos. También es el encargado de procurar que el NNA siempre tenga una familia, así como su permanencia dentro de la misma.

9 Artículo 3, Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2009.

10 Artículo 5, Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2009.

Por otro lado, tenemos al Estado que si bien no es quien proporciona de manera directa un monto económico al NNA para cubrir sus necesidades, es el encargado de velar por sus derechos a través de la creación de los mecanismos necesarios (como la pensión alimenticia) para que en cualquier momento pueda reclamar su cumplimiento y no se quede en indefensión.

Además, la sociedad es la llamada a cumplir de manera cabal con los mecanismos impuestos por el Estado, brindar apoyo al NNA durante su crecimiento, y que el mismo sea en un ambiente libre de violencia, así como denunciar cualquier violación a sus derechos de manera oportuna.

El alimentario es el NNA, sujeto a quien se le otorga la pensión de alimentos para que de esa manera se pueda garantizar el principio del interés superior del niño, donde está incluido el derecho de alimentos.

El Administrador, figura que no se menciona de manera explícita dentro del CNA, se puede entender de manera implícita como la persona encargada representarle al alimentario dentro del juicio de alimentos y como tal se le considera como la persona que se encarga de realizar cualquier tipo de acto que sea de beneficio para el NNA, dentro del cual está la buena administración del dinero de la pensión de alimentos para lograr cubrir de mejor manera las necesidades.

Se puede considerar que quienes tienen la calidad del administrador es el representante legal del NNA, sea padre o madre dependiendo el caso, o cualquier otra persona que asista a la persona. Además, cabe decir que esta figura está presente mientras que el NNA sea menor de edad y necesite de otro para su representación, ya que cuando sea mayor de edad se entiende que la persona ya no necesita de ésta y por sí solo puede administrar lo suyo.

La falta de contemplación expresa de la figura de administrador dentro del CNA, que es la ley especial ecuatoriana en materia de alimentos puede derivar en problemas como: la libertad que puede tener el administrador en decidir cómo administrar el dinero de la pensión alimenticia para cubrir las necesidades vitales del NNA, es decir, dejar en manos de una persona externa la decisión de manejar o no adecuadamente este dinero y por consiguiente cumplir o no de manera cabal el derecho de alimentos.

Es aquí donde se puede plantear una pregunta, ¿el derecho de alimentos se agota con el cumplimiento de la pensión alimenticia que tiene el alimentario con el alimentante?

A primera vista y con la normativa existente pareciera ser que sí, pues no se ha considerado la necesidad de verificar que el NNA realmente está gozando de sus derechos y de esa manera garantizando el interés superior del niño porque para muchos la garantía esta implícita en el deber moral de la persona de hacer lo correcto, empero como se evidenciará más adelante la realidad para este grupo de atención prioritaria puede ser diferente. Para esto es necesario entender qué es el interés superior del niño y su alcance.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Definición del principio del interés superior del niño

Cuando se habla del derecho de alimentos y la atención prioritaria que se les debe brindar a los niños, niñas y adolescentes, hacemos referencia a un conjunto de derechos y garantías que se encuentran resumidos en el principio del interés superior del niño (en adelante el principio). Tal como lo define Diego Freedman, este principio representa el núcleo duro de los derechos e impone un límite a la discrecionalidad del Estado y sus operadores jurídicos en las decisiones que a la materia se refieren.¹¹ En la misma línea Jean Zermatten, define a este principio como el “instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en plan físico, psíquico y moral [...]”.¹²

Este principio se encuentra reconocido a nivel nacional en la Constitución de la República en su artículo 44, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11, así como a nivel internacional en la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3.

Este principio si bien tiene definiciones y caracterizaciones diversas, su importancia radica en que es un principio de inmediata aplicación, es decir, en caso de conflictos entre varias normas se buscará aplicar éste, teniendo en cuenta que

11 Freedman, Diego. *Funciones Normativas del interés superior del niño*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017. Citado en Alejandro Montecé. *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*. Quito: UASB, 2017.

12 Zermatten, Jean. *El interés superior del niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008. Citado en Gonzalo Aguilar. *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008.

es el que más le favorece al NNA en cuanto a sus derechos, así como en cualquier decisión que sea tomada por la autoridad en busca de su bienestar y estabilidad.

Cuando se hace alusión a este principio es necesario tener en cuenta que su aplicación no está sujeta únicamente a casos específicos, pues al ser un principio universal obliga a las personas a aplicarlos en todos los contextos donde el NNA este sufriendo de alguna vulnerabilidad y de la misma manera puede ser considerado como la vía que debe ser tomada para lograr que se satisfagan sus derechos y necesidades.

Interés superior del niño y obligación alimentaria

Una forma por la cual se puede hacer efectiva la aplicación del interés superior del niño es mediante la familia, que es entendida como el núcleo fundamental y por donde empieza a cimentarse la vida y el desarrollo del niño, pues como ya se ha mencionado es aquí donde nace todas los derechos, deberes y obligaciones recíprocas que tiene tanto el alimentante y el alimentario.¹³

Entendiéndose que la familia es la forma en la que el NNA puede tener una estabilidad y vivir en un entorno seguro para su crecimiento y desarrollo, es importante abordar el derecho de alimentos para relacionarlos, ya que es éste mediante el cual se da lugar a que se garantice los diferentes derechos, pero también como la vía donde surge la posibilidad de que se configure el incumplimiento de muchas obligaciones que se tiene con y para el niño.

Sobre el derecho de alimentos, existen casos que, para poder ser garantizados a los NNA, es necesario realizar la reclamación de una pensión alimenticia, donde el monto económico a ser pagado es determinado por un juez en base a diferentes elementos determinados en el Código de la Niñez y Adolescencia como:

[...] a) las necesidades básicas por edad del alimentado; b) los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos; [...].¹⁴

13 Paula Suárez y Maribel Vélez, "El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental", *Revista Psico espacios* 12 (Junio 2018): 173-198, <https://doi.org/10.25057/issn.2145-2776>.

14 Artículo 15, Ley reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2009.

Este monto económico, si bien será utilizado para proveer de recursos suficientes a los NNA para que se pueda solventar sus necesidades, no puede ni debe ser destinado para cubrir rubros diferentes a gastos que se realiza con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los diferentes derechos como tener una educación, vivienda, vestimenta, salud, entre otros contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos normativos especiales concernientes a niñez y adolescencia a nivel internacional.

Además, parte de la importancia de las pensiones alimenticias para los NNA radica en que el pago se lo realice de manera puntual y responsable por parte del alimentante, y de esa manera cumplir con uno de los propósitos que se persigue con el principio, pues al menos ya existe la voluntad y el compromiso del padre o madre de familia de facilitarle al NNA con los medios económicos que este a su alcance para permitir un adecuado desarrollo.

Una vez que se ha cumplido la pensión alimenticia como un modo de garantizar el interés superior del niño, el siguiente paso a seguir cuando el NNA sea menor de edad, este representando por alguien y el dinero no sea manejado directamente por el beneficiario (en este caso el alimentario), es que la autoridad pertinente de manera constante deba evaluar y determinar si efectivamente el alimentario se está beneficiando o no de dicho dinero.

¿Por qué evaluar y determinar? La respuesta es simple, el principio del interés superior del niño no solo implica determinar en los ordenamientos jurídicos su significado y su fin, sino también verificar que en realidad se garantice cada uno de los elementos ahí establecidos. Además, si bien existe la presunción de que al pagarse la pensión alimenticia el niño cubre cada una de las necesidades, no se puede descartar el riesgo que existe cuando el niño no es quien administra directamente el dinero de la pensión.

Tal como se establece en la Observación General No.2 de la ONU, uno de los deberes que tienen las instituciones y por consiguiente las autoridades, es asegurar que se dé cumplimiento con las normas establecidas en la Convención de Derechos del Niño que ha sido ratificado por el Ecuador, y el modo en que se puede asegurar es mediante la evaluación y el seguimiento.¹⁵

15 Comité de los Derechos del Niño. El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos. Observación General No.2 (noviembre 2002).

Igualmente, es importante dar evaluación y seguimiento al cumplimiento del Interés Superior del Niño en los casos donde el NNA goce de una pensión alimenticia porque existe una probabilidad de que el monto de dichas pensiones sean utilizadas para fines diferentes como el pago de rubros que son de responsabilidad de la persona a cargo de la custodia y cuidado, e incluso no pueden ser considerados como gastos extraordinarios relacionados a actividades de disfrute del niño, variaciones en la situación financiera de los padres, calidad de vida, entre otros.

Alcance

Para definir el alcance, es menester recordar que este principio está dirigido a promover el reconocimiento y cumplimiento de cada uno de los derechos que se desprenden de éste, mediante su incorporación o adecuación de la normativa nacional a los estándares internacionales y la obligación de las autoridades de aplicarlo en todos los casos que se de algún tipo de vulneración.

El principio al ser una norma sustantiva, interpretativa y de procedimiento, está dirigida a encaminar la forma en la que un Estado y sus instituciones deben aplicar el mismo en todos los casos que involucra a los niños; mediante su consideración como la norma suprema o superior que debe ser empleada por las autoridades pertinentes en cada una de las etapas del proceso, así como su atención fundamental para que en cualquier decisión siempre se aplique lo más favorable para su situación y lo que menos conlleve sean consecuencias negativas, y por último el debido seguimiento que se le debe dar.

Aunque es un principio que ha sido aplicado progresivamente en los procesos donde se ven involucrados los niños, sus características de subjetividad e indeterminación pueden traer consigo algunos problemas.¹⁶ Al ser subjetivo queda a discrecionalidad de juez la deliberación de lo que puede ser lo más favorable o desfavorable para el niño según su forma de pensar; al ser indeterminado no existe un claro detalle de cómo se debe aplicar o los elementos que se debe tener para evaluar una efectiva aplicación.

16 Paulette Murillo, Jennifer Banchón y Wilson Vilela, "El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano", *Revista Universidad y Sociedad* 12(2), (marzo 2020):385-392, <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n2/2218-3620-rus-12-02-385.pdf>

Si bien sobre la subjetividad existe pronunciamiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos que se menciona lo siguiente: “[...] una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. [...]”¹⁷ Dejando en claro que una decisión no se basa en lo “bueno” o “malo” de un aspecto para determinada persona, sino que es lo mejor tomando en cuenta la realidad en la que se devuelve el niño y lo que le va a permitir salvaguardar su desarrollo e integridad.

Sobre la indeterminación, en el Ecuador, y específicamente en el derecho de alimentos se puede mencionar que, si bien existen normas y políticas públicas como la pensión de alimentos que permiten una efectiva aplicación del principio en un primer momento, todavía falta esclarecer o incluir mecanismos que permitan dar seguimiento a esa aplicación, pues los derechos del NNA no se agotan con el solo cumplimiento de la obligación que tiene el alimentante con el alimentario, pues precisamente para que sus necesidades se satisfagan es necesario que el dinero de dicha pensión sea utilizado para los fines que establece.

Un instrumento que ha sido incorporado por algunos países para vigilar el cumplimiento al derecho de alimentos que forma parte de este principio y de manera especial dar el debido seguimiento al dinero de la pensión alimenticia, es la figura de rendición de cuentas.

RENDICIÓN DE CUENTAS

¿Qué es la rendición?

A nivel doctrinario, la rendición de cuentas ha sido definido como “la obligación de toda persona a la que le es conferida una responsabilidad, de dar cuenta del encargo recibido”.¹⁸ En el derecho anglosajón la rendición de cuentas se asimila a la palabra *accountability* que es asociada como una acción que “los individuos u organizaciones, obligatoria o voluntariamente, tienden a

17 Caso Forneón e hija v. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, p.99.

18 Jimmy Bolaños. “Bases conceptuales de la Rendición de Cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior” *Revista Nacional de Administración*, no.1. (enero-junio,2010): 110.

rendir cuentas acerca de su conducta o bien [...], responsabilizándose de sus actos y/o informando, enterando, dando cuenta, justificando el porqué de sus acciones y la forma en que atendieron sus deberes [...].”¹⁹

El autor Schedler realizó la siguiente afirmación sobre la rendición de cuentas: “‘A’ rinde cuentas ‘B’ cuando está obligado a informarle sobre sus acciones y decisiones (sean pasadas o futuras), a justificarlas y a sufrir el castigo.”²⁰

De estas definiciones se puede entender a la rendición de cuentas como la obligación que tiene cualquier persona de responder por algo que se ha hecho responsable o le han otorgado dicha responsabilidad, y que adaptado al derecho de alimentos quedaría definido como la obligación que tiene el representante legal del alimentario de administrar correctamente lo que es suyo e informar sobre los gastos que se han incurrido para cubrir las necesidades del niño y que podrá ser sancionado en caso de que se evidencie lo contrario.

A nivel normativo, se define a la rendición de cuentas como “La persona que administra bienes ajenos, corporales o incorporales está obligada a rendir cuentas en los periodos estipulados y a falta de estipulación, cuando el titular del derecho de dominio o la persona que ha encomendado la administración, lo solicite.”²¹

Esta definición aplicada al derecho de alimentos quedaría establecida como la persona que está encargada de administrar el dinero de la pensión alimenticia tiene la obligación de rendir cuentas cuando el alimentante o alimentario realice la solicitud.

En la rendición de cuentas se ven involucradas algunas partes: a. el administrador, que es la persona que voluntariamente o a quien se le impuso la obligación de administrar recursos que le pertenecen a otras personas; b. el administrado, entendido como la persona a quien pertenece los recursos; y c. el supervisor, la persona a quien se le solicita verificar si la administración se está haciendo de manera correcta o no, y si se está algún derecho.

19 Víctor Peña, *A una década: temas y reflexiones sobre transparencia y rendición de cuentas como política pública en México* (México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2011, 71.

20 Schedler, A. *¿Qué es la rendición de cuentas?* México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2011. Citado en Víctor S. Peña. *A una década: temas y reflexiones sobre transparencia y rendición de cuentas como política pública en México*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2011. eLibro.

21 Artículo 339, Código Orgánico General de Procesos, R.O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

Son muchas las finalidades que se persigue con la rendición de cuentas: 1. Informativa, es decir, informar sobre cómo se está administrando los recursos que le fueron asignados; 2. Justificativa, esto es explicar en que se utilizó lo asignado; 3. Fiscalizadora, es decir, constatar que los recursos son utilizados de manera transparente para lo que fueron asignados; y, 4. Sancionatoria, esto es establecer medidas que permitan dar solución ante un problema de una mala administración.

Dichas finalidades pueden ser aplicadas en materia de alimentos porque la figura de rendición de cuentas servirá para informar al alimentante sobre cómo se utiliza ese dinero para cubrir las necesidades del niño, justificar que los gastos en los que se incurre son estrictamente para su bienestar y supervivencia, permitir que el operador de justicia como parte de los objetivos que se tiene con el interés superior del niño pueda estar en permanente monitoreo y velar porque este principio se cumpla a cabalidad y sancionar en caso de que se verifique de que existe una desviación de fondos o el dinero está siendo manejo inadecuadamente.

Tipo de rendición de cuentas

La doctrina ha establecido tres tipos de rendición de cuentas: a. vertical, responsabilidad que tienen los funcionarios que han sido elegidos por el pueblo mediante un voto; b. Horizontal, la inspección que realizan ciertos organismos del Estado a ciertas entidades para controlar que cualquier actuación está dentro de sus funciones; y, c. diagonal, cuando existe una solicitud por parte de cualquier ciudadano hacia el Estado para que sea éste último quien verifique que cualquier acto estatal no es perjudicial, dentro de este tipo de rendición se puede formular políticas públicas, inspeccionar la elaboración de obras, entre otros.²²

De esta tipología, la que más se adecua a un contexto de derecho de alimentos y pensión alimenticia es la rendición de cuentas diagonal, esto porque el alimentante sería quien le solicita al operador de justicia que se exija una rendición de cuentas al administrador del dinero del niño para poder verificar si ese valor efectivamente está siendo utilizado para educación, vestimenta, transporte o cualquier otro aspecto que sea necesario para su desarrollo. El

22 Comisión de Rendición de Cuentas del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *El ABC de la rendición de cuentas* (México: Infoem, 2019): 10-11. https://www.infoem.org.mx/doc/publicaciones/ABC_rendicionCuentas.pdf

operador de justicia, una vez entregado la rendición por parte del responsable y revisado, en caso de que se observe algún aspecto que pueda perjudicar al NNA, como parte de la función sancionadora se puede imponer medidas correctivas que permitan mejorar su situación.

Consulta rendición de cuentas

Como se observa la rendición de cuentas es una figura que, si puede ser aplicada para el caso de derecho de alimentos, y serviría de mucha ayuda para que como Estado y como país en general al haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño podamos no solo garantizar mediante una normativa el principio del interés superior del niño, sino que mediante cada una de las acciones y políticas públicas que se plantee exista un ejercicio efectivo del mismo.

Si bien es cierto que la figura de la rendición ya se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) o en el Código Civil en sus artículos 292²³ y 293²⁴, se ha vuelto inaplicable en materia de niñez y adolescencia sobre todo en materia de alimentos porque el mismo organismo judicial ha emitido la negativa sobre su uso, lo que ha causado que dicha figura se desnaturalice en este tipo de contextos que son importantes pues como ya se mencionaba en párrafos anteriores para asegurar que se cumpla con dicho principio es necesario estar en continuo seguimiento.

Dentro de un criterio de carácter no penal absuelto por la Corte Nacional de Justicia, órgano competente para atender y resolver casos en los que se ven involucrados los NNA, se plantea una consulta sobre si se podría incorporar la rendición de cuentas en la normativa especial de Niñez y Adolescencia (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia), al menos en los casos donde la

23 Art. 292.- El padre o la madre es responsable en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La responsabilidad del padre o la madre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en los bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita a la propiedad, en los bienes de los que es administrador.

24 Art. 293.- Habrá derecho para quitar al padre o a la madre la administración de los bienes del hijo cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual. El padre o la madre, en su caso, pierde la administración de los bienes del hijo, mientras por resolución del juez, esté suspensa la patria potestad.

pensión alimenticia que se ha fijado sea un monto mayor al de un salario básico unificado que es fijado anualmente²⁵, a la cual la respuesta fue la siguiente:

El propósito de la fijación de una pensión alimenticia no es la administración de bienes ajenos corporales o incorporeales, en cuyo caso si hubiera la obligación de rendir cuentas; tampoco existe encomienda de administración como para que haya la obligación de rendir cuentas, consecuentemente, en la actualidad no cabe rendición de cuentas sobre las pensiones alimenticias fijadas.²⁶

Dicho criterio al establecer que no es posible aplicar una rendición de cuentas en materia de alimentos hace que éste mecanismo de control quede totalmente excluido, lo que causa que el COGEP y el Código Civil como norma supletoria al CNA no pueda ser utilizado en este tipo de casos, pues más allá de que exista una norma ya establecida al no poder adaptarlo tanto el operador de justicia como la sociedad en general se quedan sin recursos para solicitar una verificación de la efectiva garantía de los derechos del niño.

Además, tal como se ha mencionado, la mera incorporación de elementos dentro de una normativa no es suficiente para garantizar derechos. El principio del interés superior del niño no es garantizado porque únicamente ya se estableció en la norma suprema, es necesario que el Estado como el principal obligado de velar por el desarrollo integral de los niños proporcione instrumentos de acción que permitan ejecutar lo establecido.

Igualmente, dicha absolución adolece de errores porque si bien no se le otorga expresamente una administración de los bienes del niño, el representante legal adquiere voluntariamente esa calidad y como tal tiene el deber de informar sobre su manejo; y, si bien el fin último con el que se estableció la pensión alimenticia fue otorgar los medios necesarios para la supervivencia de los NNA, eso no significa que la comprobación de su cumplimiento únicamente es mediante la verificación del pago de la pensión de manera mensual.

Así, al menos cuando el beneficiario es menor de edad, es evidente que no administra directamente su pensión alimenticia o ejecuta directamente sus necesidades, sino que es un tercero quien realiza esa tarea y por tal razón sería

25 Corte Nacional de Justicia. *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias No Penales*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017). https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/criterios/Criterios%20no%20penales.pdf

26 Ibid.

erróneo decir que el cumplimiento basta con el otorgamiento de la pensión alimenticia; por lo que, en este tipo de casos es adecuado establecer una herramienta que permita determinar y evaluar su garantía y de esa manera tener la seguridad de que el niño no se encuentra en un estado de desamparo.

Si para el organismo judicial no es adecuado que la persona quien le representa al niño rinda cuentas sobre el manejo del dinero de la pensión alimenticia, debería plantear otro mecanismo de control con en el que se pueda dar seguimiento y poder tener la seguridad de que los derechos del niño únicamente no quedan plasmados en una norma, sino que al contrario están siendo ejecutados. Los NNA al ser sujetos de una protección especial necesitan tener la certeza y el convencimiento de que en cada una de las etapas de su crecimiento van a contar con los medios adecuados para una vida digna.

Proyecto de Ley

Por otro lado, si bien en la consulta antes mencionada se negaba la utilización de la rendición de cuentas para las pensiones alimenticias, en el mes de mayo de 2017, el entonces Presidente de la República, Rafael Correa, presentó ante la Asamblea Nacional el “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”, donde se propone incluir a dicha figura a través del artículo 146, que mencionaba lo siguiente:

Art. 146.- De la rendición de cuentas. – La o el obligado a pasar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados a favor del alimentario.

La o el juez apreciará si corresponde dar trámite a la solicitud de rendición de cuentas.²⁷

Dicho artículo, lamentablemente, no fue tratado en los debates y por consiguiente tampoco fue incorporado al Código de la Niñez y Adolescencia, lo que trae como consecuencia la falta de correcta aplicación del principio del interés superior del niño.

Son varias las razones por las que no se logra incluir un artículo tan importante como éste. Primero, porque dentro de la exposición de motivos no se

27 Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, Quito: 2017.

logra explicar de manera fundamentada la importancia de su incorporación y la relación de dicha figura con el derecho de alimentos donde los titulares son los NNA, únicamente se habla de la incorporación de los principios instaurados en la Convención de los Derechos del Niño.

También, instituciones como la Defensoría del Pueblo manifestaron que dicho artículo no podía ser agregado al CNA, “[...] puesto que puede convertirse en una causa de confrontación y conflictos entre padre y madre, en cuya discusión se puede perder de vista el interés superior del niño, niña o adolescente [...]”²⁸.

Sobre esto, se puede realizar una crítica y es que, al establecer este artículo no se busca proteger los intereses de los progenitores ni de la sociedad, se busca proteger a estos sujetos de atención prioritaria para que sus derechos sean garantizados y prevenir una situación de indefensión por la falta de procedimientos para dar seguimiento al debido cumplimiento. Más allá de una “confrontación”, es el hecho de que existen casos donde los progenitores no utilizan el dinero para las necesidades del NNA, sino que le dan prioridad a otros aspectos financieros que no son obligación del niño solventarlos.

El dinero de la pensión alimenticia al ser utilizada para cubrir otros gastos que no son un deber del niño, se desnaturaliza por completo el propósito por el cual se fija una pensión alimenticia que es la de que exista una responsabilidad parental y el aseguramiento de un desarrollo integral y vida digna del niño al contar con alimentos, vestimenta, vivienda, y otros necesarios para su crecimiento.

En adición, aun cuando la rendición de cuentas puede ser vista como un mecanismo que puede ser utilizado para generar un conflicto entre progenitores por razones que no están vinculadas a garantizar el bienestar del NNA, la Corte Constitucional dentro del Ecuador en la sentencia No. 28-15-IN/21 se ha pronunciado sobre cómo se debe proceder en ese tipo de casos, mencionando lo siguiente:

[...]Tanto mujeres como niños pueden ser víctimas directas de este tipo de violencia, por lo que se debe enfatizar que en cualquier discusión o decisión que se tome relacionada a NNA, como por ejemplo al establecer el régimen

28 Dirección General de Política Pública, *Análisis Normativo del Proyecto de Reforma al Libro II del Código de la Niñez y la Familia* (Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2017), 23.

de visitas, y, principalmente en el encargo de la tenencia, se debe tomar, con la debida diligencia, todas las medidas necesarias y conducentes a descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial o económica.²⁹

Esto quiere decir que, en el caso de solicitarse una rendición de cuentas de las pensiones alimenticias al progenitor encargado, el administrador de justicia deberá verificar que los motivos por el cual se solicita estén relacionados a criterios exclusivamente al efectivo cumplimiento del interés superior del niño y de esa manera descartar cualquier solicitud que tenga como finalidad promover o ejercer cualquier tipo de violencia.

Igualmente, pueden existir opiniones donde se mencionen que es una figura que únicamente busca dar prioridad a los derechos del alimentante, lo cual es equívoco porque lo que se busca prevalecer aquí son los derechos del niño sobre cualquier otro derecho que este en juego. Si bien es un derecho que se le otorga al alimentante al poder solicitar una rendición de cuentas, no se debe dejar de lado que el fin último de dicho articulado y en sí de la figura es brindar una verdadera garantía y aplicación del interés superior del niño.

Además, pueden existir discusiones en base a la falta de recursos que tiene el Estado para poder incorporar personal que se encargue de dar dicho seguimiento o al tiempo procesal que puede tomar la solicitud. Sobre esto cabe decir que, no se requiere más personal porque actualmente los procesos en materia de alimentos son rápidos y los mismos jueces que otorgan una pensión alimenticia pueden dar trámite a la solicitud y verificar mediante las pruebas que sean presentadas la correcta administración del dinero.

En esta misma línea, existen comentarios sobre que es “irracional” o “ilógico” solicitar la rendición de cuentas sobre los valores de las pensiones alimenticias por cantidades bajas o altas; si bien no hay un valor ideal por el cual se pueda decir que el NNA pueda vivir dignamente, la única forma en la que el juez podrá determinar si el valor es insuficiente para que el NNA pueda cubrir las necesidades básicas es a través de la implementación de un mecanismo por el cual se pueda valorar, determinar y de ser el caso tomar las medidas correctivas para precautelar el interés superior del niño.

29 Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021.

En los casos donde el valor fijado por la pensión alimenticia se considere alta para cubrir las necesidades del NNA, es fundamental que el juez cuente con las herramientas jurídicas necesarias para dar seguimiento y evaluación, para que sea a través de este proceso donde se determine si el dinero de la pensión está utilizándose adecuadamente y de ser el caso implementar medidas donde se obligue a la persona quien administra el dinero, a ahorrar la diferencia no utilizada en una cuenta bancaria u otro método factible, que sirva como previsión para satisfacer necesidades del alimentario en un futuro, por ejemplo, una urgencia médica, estudios universitarios, entre otros.

Por otra parte, y dejando de lado las críticas que se puede realizar al articulado, el aspecto más trascendental por el que debió haber sido incluido el articulado en el CNA es, la obligación de los operadores de justicia de dar seguimiento a las decisiones judiciales. A pesar de que el artículo 219 del CNA establece que: “Las Juntas de Protección de Derechos y los Jueces de la Niñez y Adolescencia tienen la responsabilidad de hacer el seguimiento de las medidas de protección que han ordenado, revisar su aplicación y evaluar periódicamente su efectividad [...]”³⁰.

Hay que tomar en cuenta que, tal como lo menciona el Consejo de la Judicatura, “esta evaluación no es exclusiva para los procesos de medidas de protección, sino, para todas las decisiones que la autoridad judicial toma y que afectan a los derechos de los NNA.”³¹

Por lo que, si bien las pensiones alimenticias no son medidas de protección que se les otorga a los NNA, es una decisión judicial mediante la cual se les materializa el derecho de alimentos y como tal el Estado debe asegurar que los jueces determinen y evalúen que este derecho no se agote con el mero cumplimiento de las obligaciones que contraen los padres con los hijos.

Para poder evaluar y determinar el efectivo cumplimiento del Principio del interés superior del niño, se deberá tomar en consideración lo mencionado en la Observación General No.14 del Comité de los Derechos del Niño respecto a los pasos que debe seguirse para su aplicación, donde se establece lo siguiente:

30 Art. 219, Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, 3 de enero de 2003.

31 Consejo de la Judicatura, *Guía para la Evaluación y Determinación del interés superior del niño en los Procesos Judiciales*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2021). <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Guía%20interés%20superior%20del%20niño%202021.pdf>

Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

- a. En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- b. En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.³²

Asimismo, dentro de la Observación antes mencionada se hace referencia a ciertos elementos como la opinión del niño, el cuidado, protección y seguridad del niño, el derecho del niño a la salud, el derecho del niño a la educación, entre otros.³³ Además, sobre las garantías jurídicas se establece que más allá del procedimiento que se sugiere, existe la necesidad de que cada uno de los Estados dentro de su normativa establezcan aspectos procesales claros como el tiempo, autoridad competente, la obligación de motivación de sus decisiones y el análisis de las posibles repercusiones en los NNA.³⁴

Dichos pasos traducidos al posible procedimiento que se debería seguir para la solicitud de rendición de cuentas de las pensiones alimenticias por parte del alimenante a la persona encargada de su administración y su análisis posterior por parte del administrador de justicia para su aplicación sería de la siguiente manera:

1. Establecer dentro de la normativa ecuatoriana, específicamente en el Código de la Niñez y Adolescencia, la posibilidad del alimentante de solicitar ante un juez la rendición de cuentas de las pensiones alimenticias para que se justifique el monto utilizado a favor del alimentario.

32 ONU: Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

33 Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 52-84.

34 Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 85-99.

2. Incluir dentro del articulado los requisitos mínimos que se debe cumplir para solicitar la rendición de cuentas como:
 - 2.1. La puntualidad del pago de las pensiones alimenticias por parte del alimentante.
 - 2.2 El monto de la pensión alimenticia y las necesidades básicas del NNA.
3. Fijar criterios que deben ser considerados para una evaluación de los gastos en los que se debe incurrir con la estricta finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los NNA como salud, educación, vivienda, transporte, alimentación, entre otros.
4. Asegurar el cumplimiento de los requisitos procesales básicos como celeridad en los procesos, contar con jueces especializados en la materia, debido proceso, derecho a la defensa, así como otros aspectos que aseguren un proceso libre de transgresiones a la norma o violaciones a derechos que puedan viciar el procedimiento y perjudicar los intereses de los NNA que se buscan proteger.

DERECHO COMPARADO

Existen varios países latinoamericanos que han incorporado a la figura de rendición de cuentas como una forma de verificar el cumplimiento del principio del interés superior del niño, pues se ha puesto de manifiesto su necesidad para que los derechos únicamente no queden plasmados en una normativa y sobre todo los niños no se queden desamparados.

Un ejemplo claro es Uruguay, que después de un caso sucedido en el 2016, decidió incorporar en su normativa dicha figura marcando un precedente no solo para ese país, sino como una forma de ejemplo para los demás países, demostrando que la rendición de cuentas es una vía eficaz de la tutela de derechos.

ARTICULO 47. (Forma de prestación de los alimentos).- Las prestaciones alimentarias serán servidas en dinero o en especie, o de ambas formas, en atención a las circunstancias de cada caso.

Todas las prestaciones se servirán en forma periódica y anticipada.

El obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados para los beneficiarios.

El Juez apreciará si corresponde dar trámite a la solicitud de rendición de cuentas.³⁵

CONCLUSIONES

1. El Estado al ser un responsable de garantizar el debido cumplimiento de los niños, como sujetos que requieren una atención especial, es necesario que proporcione los mecanismos adecuados que permitan su ejecución; además, tal como se establece dentro de la normativa ecuatoriana, es un deber contar con elementos que permitan al operador de justicia evaluar el acatamiento a las medidas impuestas por decisión judicial, y donde se vean involucrados los NNA.
2. Se ha evidenciado que la garantía del derecho de alimentos no se agota o termina cuando el alimentante cumple con su deber de dar una pensión de alimentos al alimentario, sino que únicamente representa una parte de esta garantía. Como se ha mencionado cualquier decisión que se tome a favor de los NNA es necesario dar seguimiento porque de esa manera se verifica el efectivo cumplimiento, por lo que es necesario comprobar que la pensión de alimentos únicamente está siendo destinado para el propósito por el cual se creó la medida, es decir, cubrir con alimentación, vivienda, salud, educación, entre otros que son fundamentales para evitar que los NNA se encuentren en una situación de vulnerabilidad.
3. Es trascendental la incorporación de la figura de rendición de cuentas en el Código de la Niñez y Adolescencia como norma específica en la materia de Niñez y Adolescencia, y las posibles condiciones que se podrían establecer son las siguientes:
 - a. Que el alimentante haya cumplido con las obligaciones de manera puntual;
 - b. Que el alimentario sea menor de edad;

35 Art.47, Ley No. 17.823 Código de la Niñez y Adolescencia (República Oriental de Uruguay), D.O. 14 set/004. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_ninez_adolescencia_uruguay.pdf

- c. Que la rendición de cuentas procederá en todos los casos; excepto cuando el juez evidencie que el uso de esta figura puede ser utilizada como una forma de ejercer violencia vicaria y, el fin bajo el cual se solicite no sea garantizar el interés superior del niño.
4. El juez que tenga la potestad de revisar la rendición de cuentas, si llegara a evidenciar que no existe una adecuada justificación del uso de dinero al haberse realizado gastos que no son de beneficio para el NNA, deberá buscar otras medidas favorables que permitan asegurar su buen uso; así como otras medidas favorables que permitan asegurar el desarrollo íntegro y la supervivencia del NNA, bajo los estándares internacionales y en aplicación de la sana crítica.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional. «Código Orgánico General de Procesos.» Quito: R.O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
- . «Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia.» Quito: R.O. Suplemento 643, 28 de julio de 2009.
- . *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, 2017.
- Bolaños, Jimmy. «Bases Conceptuales de la Rendición de Cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior.» *Revista Nacional de Administración*, nº 1 (2010): 110.
- Caso Forneón e hija v. Argentina*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2012).
- Comisión de Rendición de Cuentas del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. *El ABC de la rendición de cuentas*. México: Infoem, 2019.
- Comité de los Derechos del Niño. «El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos.» *Observación General No.2*. noviembre de 2002.
- Congreso nacional. «Código Civil.» R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Congreso Nacional. «Código de la Niñez y Adolescencia.» R.O. 737, 3 de enero de 2003.
- Consejo de la Judicatura. *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño en los procesos judiciales*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2021.
- Corte Nacional de Justicia. *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias No Penales*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Dirección General de Política Pública. *Análisis Normativo del Proyecto de Reforma al Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2017.
- Freedman, Diego. «Funciones Normativas del interés superior del niño.» En *Aplicación del principio de interés superior del niño*, de Alejandro Montecé. Quito: UASB, 2017.

- Moreno, Fernando. «Cargas del matrimonio y alimentos». En *Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual Código Civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia*, de Ignacio Aparicio. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018.
- Naranjo, Edmundo. *El derecho de alimentos dentro de la legislación ecuatoriana y el Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: UISEK, 2009.
- Paula Suárez y Maribel Vélez. «El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental.» *Revista Psico espacios*, nº 12 (junio 2018): 173-198.
- Paulette Murillo, Jennifer Banchón y Wilson Vilela. «El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano.» *Universidad y Sociedad* 12, nº 2 (2020): 385-392.
- Peña, Víctor. *A una década: temas y reflexiones sobre transparencia y rendición de cuentas como política pública en México*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- Schedler. «¿Qué es la rendición de cuentas?» En *A una década: temas y reflexiones sobre transparencia y rendición de cuentas como política pública en México*, de Víctor Peña. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- Senado y Cámara de representantes de la República Oriental de Uruguay. *Ley No.17.823 Código de la Niñez y Adolescencia*. Uruguay: D.O. 14 set/004, 2011.
- Zermatten, Jean. «El interés superior del niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico.» En *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de Gonzalo Aguilar. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

*Katerine Muñoz Subía**

Sumario: 1. Introducción. 2. Hacia una aproximación del concepto de principio. 3. Los principios según Ronald Dworkin. 4. Los principios del Derecho del Trabajo. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo jurídico ecuatoriano pretende la observancia y respeto de los derechos de las personas y, por tal motivo, el más alto deber del Estado se traduce en la obligación de garantizar su pleno goce y ejercicio.

La Constitución, en general, establece un desarrollo de la idea hobbesiana del *pactum societatis*, es decir, un acuerdo común para vivir en sociedad, bajo reglas establecidas de forma convencional. En evolución de esa premisa, las Cartas Fundamentales acoplan a su contenido material principios de envergadura que, en perspectiva, se convierten en vectores centrales de todo ordenamiento jurídico.

De esa forma, una Constitución no solo representa un contenido formal sino, extensivamente, incluye contenidos materiales eminentes que guían su comprensión y aprehensión. Bajo esa pauta, los principios que inspiran una Carta Magna trascienden a la mera noción de valores, axiomas o directrices, para constituirse en herramientas de mejor entendimiento de la Constitución.

En este espacio de ideas, los principios ayudarán a comprender mejor el ámbito constitucional del Derecho del Trabajo, y de ahí la importancia de destacar sus contenidos. Con más énfasis aún, debe destacarse que los principios del Derecho del Trabajo resultan elementos de comprensión material de suma trascendencia para definir las relaciones laborales desde la Constitución misma.

* Docente de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Internacional del Ecuador. Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.
E-mail: kamunozsu@uide.edu.ec ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1320-5307>

En esa lógica conceptual, estos principios, por excelencia de naturaleza tuitiva, aspiran a lograr un equilibrio simbólico en las relaciones de trabajo, en cuanto es de advertirse que el empleador, en comparación con el trabajador, se ubica en un estatus de dominio del nexo laboral.

Resulta relevante, en este norte de ideas, individualizar, de modo referencial, los principios del Derecho del Trabajo que se consideran más representativos y respecto de los cuales cabe destacar su visión desde la Constitución de nuestro país. De esa forma, glosamos un conjunto de criterios guía acerca de estos principios, a fin de tener presente su afianzamiento material desde la Constitución.

HACIA UNA APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIO

Para entender el Derecho es importante trasladar su enseñanza de la teoría a la práctica, para que los conocimientos que se adquieran, permitan solucionar eficaz y justamente los conflictos que se presenten.

Los romanos, esencialmente prácticos en el modo de entender la política y el derecho, hicieron del ejercicio de este un arte consumado. Pero siempre lo concibieron desde la práctica, desde el caso. Lo que importaba, para el romano, era encontrar un criterio de justicia que permitiera la solución adecuada del caso.

El aforismo latino *ex facto oritur ius* es traducido como *del hecho nace el derecho*, y significa que los derechos tienen origen en un hecho en concreto, así a una situación fáctica se aplica la solución justa.

El aforismo latino expresado por Paulo: *“Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat”*, en el Digesto en el título: “De las diversas reglas de derecho”, se traduce en “el derecho no se extrae de la regla, sino que la regla se construye del derecho existente”.

Posteriormente, en la Escuela de la Exégesis, el Derecho se enseña a partir del texto de la ley. Como lo entendía Montesquieu el juez era boca de ley. Entonces la ley es lo primero y los hechos deben subsumirse en la norma jurídica.

En efecto, en un primer momento se consideraban los hechos en conflicto para encontrar una solución equitativa, luego en la norma se halla la respuesta del caso. Kelsen, el máximo defensor de la aplicación literal del ordenamiento jurídico para la resolución de los procesos, deja a un lado la

importancia que posee la naturaleza de cada caso en particular, en su afán de hacer una “*ciencia*” alejada completamente de toda consideración metafísica asentada sobre bases realistas.

En este contexto, a partir de los principios se crean las normas jurídicas. Un principio no necesita ser demostrado. El principio cobra vida mediante normas jurídicas. Entonces, el principio es el inicio de la formulación, y la ley es la derivación del principio. Entiéndase que el principio siempre existe, lo que hace el legislador es positivizarlo.

En efecto, un prejuicio propio del positivismo jurídico consiste en suponer que el Derecho es solo norma. Esta afirmación está sintetizada por Kelsen cuando sostenía enfáticamente que el Derecho es un conjunto de normas coactivas.

Sin embargo, el Derecho es algo más: está constituido por valores, normas y por principios, que son el inicio de toda la ciencia jurídica, si hemos de creer a Aristóteles cuando enseñaba que el término “principio” posee un carácter común que radica en constituir la fuente de que se deriva el ser, la generación y el movimiento.

En consecuencia, existen dos maneras distintas de entender lo jurídico: la primera, trata de extraer los principios tan solo de normas, admitiendo en el derecho legislado una fuerza creadora. Pero existe aquí un error puesto que principio y materia de abstracción están en una relación de total interdependencia; el principio, para ser lógicamente tal, ha de corresponder en extensión y naturaleza al conjunto de datos suministrados, de tal forma que, si se obtuviere una regla que abarcase un solo supuesto no contenido ya en los datos, el principio dejará de ser principio de ese conjunto concreto para ser un principio distinto, esto es, el principio de un nuevo conjunto.

Si el dogma básico del positivismo normativista niega lo que fuera de ellas (de las normas) existe, comienza y termina en el legalismo al pie de la letra. Igualmente ocurre si en una concepción positivista de este tipo se habla de principios científicos, pues la ciencia teórica no crea la materia experimental ni los criterios de valoración, y *su función se limita a reconocer lo que ya existe*. Siendo así, los principios resultarían una tautología inútil.

La segunda concepción ofrece a su vez distintas perspectivas, según donde se sitúe la fuente suprallegal de los principios: en la revelación, en la naturaleza de las cosas, en los primeros principios de la ley natural, en los

vigentes en la convicción común de un pueblo o una sociedad determinados en un momento históricamente dado. De todas estas perspectivas arrancan caminos distintos y a veces, totalmente contrarios. Pero hay algo extraordinariamente importante en lo señalado: los principios tienen una naturaleza “supralegal” es decir, por encima y anterior a las normas.

Si pasamos de la teoría a la práctica, como analogía podemos utilizar una obra literaria para entender los principios. “Robinson Crusoe” es una novela escrita por el inglés Daniel Defoe, publicada en 1719. La historia se basa en la vida de un náufrago que en una expedición al África es capturado por piratas. Logra escapar con la ayuda de un capitán portugués que se dirigía a Brasil, donde permanece un tiempo, pero busca nuevamente viajar a África, y es donde el barco naufraga en una isla desierta, lugar en el que lucha por sobrevivir y encontrar una forma de escapar.

Crusoe es el único habitante de la isla, lucha contra la desesperación y la soledad, pero aprende a adaptarse y aprovechar los recursos naturales para sobrevivir. Construye una vivienda, siembra para producir alimentos, domestica animales, crea utensilios.

Descubre después que en la isla habita una tribu caníbal, a la que considera como enemiga, luego ayuda escapar a un prisionero a quien llama Viernes, y empiezan una gran amistad, a pesar de hablar idiomas diferentes y tener distinta cultura; juntos logran liberar a más prisioneros, construyen un barco y logran escapar de la isla.

Es interesante observar que Crusoe se proclama rey de la isla, utilizando argumentos políticos, y uno de ellos es que buscar que su grupo se convierta al cristianismo y aprenda a utilizar las herramientas del barco para sobrevivir.

Desde esta perspectiva también podemos analizar los principios vitales: Principio de adaptabilidad: Crusoe se adapta a su entorno y aprovecha los recursos para sobrevivir. Principio de determinación: a pesar de los momentos adversos, se mantiene firme buscando una forma de escapar y superar situaciones difíciles. Principio de habilidad: Construye, domestica animales, cosecha alimentos, caza. Principio de autoaprendizaje: se convierte en su propio maestro. Principio de resiliencia: se recupera de los fracasos y se adapta a los cambios. Principio de autonomía: toma sus decisiones por sí mismo. Principio de persistencia: se mantiene firme en su idea de sobrevivir y abandonar la isla.

Los principios son fundamentos que guían acciones y comportamientos. A lo largo de la historia, han surgido y evolucionado diferentes conjuntos de principios que han influenciado en las sociedades.

El caso literario aludido, así como seguramente muchos otros, nos sirve de ejemplo para identificar la vigencia, validez y aplicabilidad de los principios, los cuales se convierten en elementos guía de un razonamiento introductorio.

LOS PRINCIPIOS SEGÚN RONALD DWORKIN

Si se habla de principios es inevitable acudir a Dworkin, quien en su obra *Los derechos en serio*, se refiere a la tesis de los principios jurídicos, aplicados en diferentes ámbitos, como por ejemplo la discriminación inversa, el derecho a la consideración y respeto, entre otros.

Dworkin se opone al positivismo jurídico que entiende al derecho como un conjunto de normas jurídicas, que fue una teoría imperiosa del derecho y del utilitarismo, la cual a su vez entiende que el objetivo del derecho, es el bien de la sociedad.

En efecto, Dworkin se resiste tanto al positivismo jurídico como al utilitarismo. Al primero, siendo crítico del pensamiento de Hart, quien sostiene que el derecho está compuesto de normas primarias y secundarias, en el cual la ley es la principal fuente del sistema jurídico. Para Dworkin el derecho es producto de la argumentación que se sostiene en la interpretación.

Igualmente, en la visión de Dworkin es necesario considerar aquellos estándares que no son normas (principios). Entonces para diferenciar a los principios de las normas, el autor acude a los llamados “casos difíciles” (*hard cases*), casos en los que no existen normas jurídicas, ni jurisprudencia para su solución.

Un caso difícil es el resuelto por un Tribunal de Nueva York en 1889 (*Riggs vs. Palmer*), en el cual un individuo de nombre Elmer le había heredado a su abuelo, con testamento, gran parte de su fortuna, pero al saber que contrajo matrimonio y ante la posibilidad de que cambiara su testamento, le causó la muerte. Entonces, el problema era si el delincuente condenado a la privación de la libertad, tenía derecho a la herencia contenida en el testamento. Esa era la cuestión.

Por una parte, la posición del heredero era que la disposición testamentaria no iba en contra de la ley, y por lo tanto debía heredar, cumpliéndose

así la voluntad del causante. El Juez Gray sostuvo que privar de la herencia al asesino significaría un castigo adicional al delito.

El tribunal en mayoría señaló: “*Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen*”. (Dworkin, 1988, p. 27). Es decir, este proceso —el famoso caso Elmer— se resolvió por principios y no por normas.

Las diferencias entre principios y normas se encuentran en que los primeros ofrecen una exigencia de justicia o de moral, no expresan obligaciones. Además, su aplicación para resolver un juicio no enuncia un presupuesto que obligue ser aplicado para su decisión.

Sin embargo, es de advertirse que un principio puede ser desplazado por otro para resolver un caso, he ahí un detalle de relevancia, y ello da lugar a que los jueces, para emitir sus decisiones, no deben solo fundamentarse en preceptos que forman parte del ordenamiento jurídico, sino en aquellos que puedan incluso cumplir una función de integración.

La discrecionalidad que puede tener un juzgador al resolver casos difíciles basados en principios, es fruto de la interpretación “En efecto, Dworkin advierte que la práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa.” (Dworkin, 1988, p. 23). Esa argumentación debe poseer una justificación moral que vaya acorde a las convicciones sociales.

El Juez Hércules del cual nos habla Dworkin tiene cualidades y sagacidad superior a los humanos y observa los propósitos de la sociedad en la que se desenvuelve y deduce que los principios son *inmanentes* a ella. Ciertamente es un juez ideal y, sin embargo, representa la noción de aquellas condiciones que, en modo propositivo, debe cumplir el juez en su delicada tarea de impartir justicia.

Debemos observar, además, que el derecho está en la sociedad, aunque no en forma expresa, es decir el resultado apropiado para el caso existe previo a plantearse el conflicto.

Por su parte, Genaro Carrió entiende los principios desde el punto de vista del derecho positivo, siempre y cuando ellos reúnan los requisitos de la regla de reconocimiento.

Así, la jurisprudencia podría ser más apropiada para la positivización de los principios. Sin embargo, los principios pueden incorporarse al derecho de una comunidad por vía de sanción legislativa. (Carrió, 1970, p. 65)

También Carrió acepta la discrecionalidad en el sentido de que los jueces basen sus resoluciones en *pautas razonables*, aunque estas no formen parte del derecho. Entonces, cuando existe un conflicto entre principios, este puede ser superado por la discrecionalidad de los jueces, a menos que se postule la existencia de otros principios de índole superior que indicarán cuándo debe darse preferencia a un principio respecto de otro, y así hasta el infinito. (Carrió, 1970, p. 65) De esa forma, la discrecionalidad constituye un ámbito de la decisión, guiado por el principio de razonabilidad.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

El Ecuador, como Estado constitucional de derechos y justicia, adoptó esta nueva concepción sobre la base del neoconstitucionalismo que pretendió transformar el Estado de derecho en un Estado social de derecho, y luego en un Estado constitucional de derechos y justicia, teoría que aparece en Europa en los años cincuenta, después de la Segunda Guerra Mundial, con dos Constituciones: en Italia –1947– y en Alemania –1949– producto del rechazo a los regímenes fascista y nazi, que con fundamentos legalistas y totalitarios cometieron grandes atrocidades.

Asimismo, se da la circunstancia de que la Organización de Naciones Unidas proclamó en París-Francia, la Declaración de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. El mismo proceso de transformación se verificó en Grecia en el año 1975, en Portugal en 1976 y en España en 1978. En esa época América Latina, luego de las dictaduras militares –al igual que los países europeos– intenta por medio de sus Constituciones y el desarrollo de sus leyes, poner límite al poder político en defensa de los derechos de los ciudadanos.

Conforme a las tendencias señaladas, la Constitución del Estado constitucional de derechos y justicia está ligada especialmente a la contemplación de los derechos fundamentales y a los principios como sustento del ordenamiento jurídico. A este efecto vale el razonamiento de Prieto Sanchís en el sentido de que los derechos fundamentales y las demás normas materiales de la Constitución no presentan la estructura de reglas, sino la de principios.

La actuación de los jueces ha variado de forma contundente, de tal forma que los juzgadores administran justicia bajo diferentes factores, y a partir de aquellos su razonamiento se vuelve más amplio con nuevas formas de interpretación del ordenamiento jurídico, como la ponderación, la razonabilidad, el principio *pro homine*, entre otros, pues al tener principios de cláusula abierta,¹ estos deben ser aplicados de forma adecuada para el caso en concreto.

El nuevo modelo de Estado tiene su origen en la Constitución de la República del Ecuador, que fue aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008, cuando la ciudadanía, al acudir a las urnas, con sus votos aceptó el proyecto de Constitución que había sido elaborado por la Asamblea Constituyente, producto de la consulta popular llevada a cabo el 15 de abril de 2007, que se instaló en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí.

La Constitución de Montecristi, como es conocida, entró en vigor el 21 de octubre de 2008 con su publicación en el Registro Oficial No. 449; consta de dos partes, una dogmática que contempla los derechos; y otra orgánica para organizar el Estado.

Alexy desarrolla una reflexión importante a este respecto en el sentido de que:

Las constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas. A la primera categoría pertenecen aquellas normas que constituyen y organizan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de justicia, o sea el Estado (...) En la segunda categoría entran aquellas normas que limitan o encausan el poder estatal. Aquí deben ser mencionados, en primer lugar, los derechos fundamentales. Esa dicotomía parece tener una validez universal –al menos en el universo de los estados constitucionales democráticos. (2015, p. 11)

La Constitución de la República del Ecuador se instituye en una fuente del derecho de carácter normativo por su origen en la Asamblea Constituyente convocada para tal fin y aprobada mediante referéndum, está a la cabeza del ordenamiento jurídico y es rígida porque su reforma constitucional tiene un procedimiento riguroso.

1 Constitución de la República del Ecuador: “Art. 11 (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”.

Para entrar en el contexto de los principios del Derecho del Trabajo, se parte de que, si el fin del Derecho es la justicia, la justicia laboral no se perfecciona en la intimidad del trabajador ni del empleador, sino en la alteridad de la relación, es decir en esa condición o capacidad de ponerse en el lugar del otro. Pero esa capacidad es propia de la empatía, requisito imprescindible para arribar no sólo a soluciones jurídicamente satisfactorias, sino también socialmente necesarias.

La justicia laboral nace cuando se reconoce la subjetividad del otro, como esencialmente idéntica con la de sí mismo, aunque sea fácticamente diversa. Por tanto, no podríamos hablar de justicia laboral sin conciencia del otro. Al entender la diferencia del otro, a partir del reconocimiento de su presencia, debe otorgársele lo que le corresponde, así se alcanza justicia.

El Derecho del Trabajo va de la mano de la realidad, e impera cuando surgen las crisis, no porque las provoque sino porque busca soluciones. Es por aquello que nos centraremos en exponer los principios que lo rigen:

El principio de antropía: Como se conoce, el ser humano ha sido creado como un ser único con dignidad e inteligencia, diferente de los animales y de ahí su señorío sobre ellos. Este estudio tiene un razonamiento central: el ser humano se proyecta en razón de sus necesidades y capacidades para crear objetos de uso que hagan más adecuado el desarrollo de su vida, pero la política determinará una serie de normas que permiten su regulación en virtud de la justicia.

En los contratos antrópicos, como el contrato de trabajo, la proporcionalidad, que es propia de la justicia conmutativa, tiene relación con la equivalencia o igual valor de las prestaciones, con la consiguiente obligación de cada una de las partes, sin dejar a un lado la importancia primordial que tienen las personas que lo celebran –trabajador y empleador– más que el contenido del contrato que se obliga a cumplir:

En caso de los contratos antrópicos, especialmente del de trabajo. – En el derecho de las obligaciones la doctrina de la proporcionalidad aritmética que reina en la materia propia de la justicia conmutativa, las conmutaciones, tienen su expresión en la equivalencia, o valor igual, de las llamadas prestaciones, vale decir, la carga u obligación que ha de llevar a cabo cada una de las partes en el vínculo jurídico denominado obligación. (Tomás de Aquino, 1046, p. 111)

El trabajador es quien se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales, de tal manera que en este tipo de contratos la calidad humana de la parte contratante es la que se proyecta en la convención. Por lo tanto, el sujeto interviene en el acuerdo en razón de que la dignidad humana, no puede ser indiferente al derecho contractual, cuando se acerca a la esencia del contrato que compone el individuo mismo, porque es el objeto de la prestación.

En tal virtud, no existe duda que el contrato de trabajo es antrópico, porque en la manera como la dignidad humana intermedia en la esencia, influye en la relación laboral existente entre las partes. Por ende, lo antrópico del contrato de trabajo es evidente, además porque es inseparable la actividad humana prestada al empleador y la persona misma del trabajador. Esa actividad humana es el medio por el que el trabajador asegura su sustento. Es el hombre el objeto adyacente al contrato.

El trabajador al ejecutar su actividad lo hace con su persona, sus capacidades y su dignidad. Sin embargo, esa inseparabilidad provoca obligaciones de orden jurídico y no solamente de carácter moral. Si el trabajador mediante su labor logra su subsistencia, es lógico que el trabajo está relacionado con la vida misma. Por tal razón la dignidad humana es elemento de preocupación de todo ordenamiento jurídico y, por lo tanto, el contrato de trabajo es definido como el convenio mediante el cual una persona se compromete con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo relación de dependencia a cambio de una remuneración, según lo determina el Código de Trabajo.

En tal virtud, la prestación de los servicios o fuerza de trabajo, es un acto humano, delimitado por las cláusulas del convenio. Es de advertirse que el trabajador, si bien entrega su tarea, la propiedad de la misma le pertenece, mientras que al empleador le corresponde el resultado de dicha actividad. Por lo tanto, esa actividad personal, que le permite al hombre solventar sus necesidades propias y familiares, debe ser considerada como principal y constante. En el contrato de trabajo, además, existe una característica especial que es propia de su naturaleza —la estabilidad— el derecho de permanencia que la prestación debe tener.

La entrega personal del trabajador, que constituye otro carácter antrópico del contrato, —pues no puede ser realizado por medio de un tercero—, se sustenta en un cúmulo de capacidades, conocimientos y destrezas que igualmente son personales. Se clarifica aún más la característica antrópica del contrato de trabajo

cuando es el trabajador quien entrega no solo su actividad física, sino sus facultades espirituales, su inteligencia, intuición y decisión. Y es que el hombre interviene en la esencia de la convención en razón de la dignidad humana, que no puede ser impasible al derecho contractual por constituir parte del aquel. “Esta aproximación es la que conforma la antropía de cada contrato, calificándolo a éste, por tal razón, de antrópico (*anthropós, hombre*)”. (Tomás de Aquino, 1046, p. 112).

En razón de la alteridad, los frutos del trabajo se atribuyen al empleador. De esta relación surge la alteridad plasmada en el contrato de trabajo y de ella, los derechos y obligaciones recíprocas a cargo de las partes contratantes. Si bien en los contratos, por lo general, no puede el hombre ser objeto de los mismos, por excepción lo es del contrato de trabajo. Esta actividad humana se denomina “*fuerza de trabajo*” y es la que da como resultado el producto del mismo.

Entonces, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo es imposible que se separen la fuerza de trabajo, la actividad del hombre y el resultado. Si se celebra un contrato de trabajo no pueden apartarse ninguno de esos elementos, porque en el trabajo está comprometido el cumplimiento del fin del hombre a través de la vida.

Como lo señala magistralmente Benito Raffo Magnasco: “*Todo esto demuestra acabadamente que lo que aporta el obrero es su actividad humana total, y totalmente considerada. Y también prueba, decíamos, la intensidad de la antropía del contrato*” (Tomás de Aquino, 1046, p. 117)

El trabajador emplea su esfuerzo en el cumplimiento del contrato, entrega su tiempo útil, su energía, o sea parte de su vida, pero es su actividad aquella que coadyuva al progreso económico de la empresa, y en razón del valor conmutativo es que el empleador compensa la contraprestación.

Principio de autonomía: Kant es el filósofo moderno que ha analizado con mayor amplitud la cuestión de la dignidad. Una reseña de su pensamiento puede encontrarse en McCrudden quien señala que:

...over time, this connection between dignity and Kant has become probably the most often cited non-religiously-based conception of dignity. Some, indeed, regard him as ‘the father of the modern concept of human dignity’, “Con el tiempo, esta conexión entre la dignidad y Kant se ha convertido probablemente en la concepción de dignidad no basada en la religión más citada. Algunos,

de hecho, lo consideran como 'el padre del concepto moderno de dignidad'. (2008, p. 659)

La dignidad se fundamenta, a su juicio, en el principio de autonomía que es una de las tres formulaciones² que posee para demostrar lo que él denomina el principio procesal supremo –imperativo categórico–, que es una especie de test que puede hacerse a los efectos de saber cuán morales son nuestras acciones. El imperativo categórico, básicamente tiene esas tres formulaciones: la universalidad o igualdad, el respeto y la libertad o autonomía, forman parte de la ley moral.

Entonces en el principio de autonomía se dice que el hombre tiene que ser tratado como un miembro autónomo del reino de los fines. Señala Aguirre en cita de mucha utilidad:

Así, para Kant, el término "reino" funciona como analogía para expresar su idea de una unión sistemática de los seres racionales realizada a través de leyes comunes. Este reino incluiría tanto a los seres racionales considerados fines en sí mismos, como a los fines particulares que cada ser racional establece para sí mismo. De esta forma, es claro que si, como un miembro del reino de los fines, un ser racional es capaz de dar leyes universales (leyes que, por lo mismo, también lo cobijan), este ser, y todos los demás que sean como él, tiene una dignidad especial que es la que le otorga el título para actuar así. (2011, p. 60)

Respetado en sí mismo, el principio de autonomía es tomado por los filósofos modernos como un ejemplo de fundamentación de la dignidad, por eso es tan importante para la filosofía moderna la formulación de este principio kantiano. El principio de la autonomía se revela por la conciencia de cada individuo y por la libertad que está desligada de la naturaleza, concentrada en el reino de los fines.

La autonomía es, pues, no solo un concepto material sino el mismo fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional, caracteres que la ubican en un lugar privilegiado. Como dice Rosen, en Kant «la dignidad, más que ser una cualidad intrínseca de todos los seres humanos

2 Las otras formulaciones son: primero, el principio de la universalidad o de igualdad, esto es que la máxima de la conducta se convierta en una ley universal, por ejemplo: No se puede aprovechar de un robo, porque no es aplicable para todos. Esta conducta no puede universalizarse. Segundo, el respeto, tratar a los otros como se desea que lo traten a uno.

en cuanto que llevan la ley moral dentro de ellos mismos, es una característica de aquellos que siguen las órdenes de la ley moral».” (Gomá, 2019, p. 185)

De este modo, obrar de un modo que se trate al hombre como fin en sí mismo, es una ley moral que puede ser comprendida únicamente por un ser racional. Por ello, la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza del hombre y de la naturaleza racional, porque la naturaleza racional es un fin en sí mismo y el hombre es legislador universal por su dignidad como ser racional.

Para Kant la dignidad es asumida por cada persona, como consecuencia de su autonomía. Es la capacidad de darse sus propias normas –éticas– y ser consecuentes con ellas.

A través de lo que se conoce con el nombre de regla de oro ética: “No hagas a los demás, lo que no quieres que te hagan a ti”, sería la “regla de oro de la ética”: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”. (Kant, 2012, p. 139)

El ser humano es fin en sí mismo porque obedece a una razón y posee una dignidad que impide que pueda ser instrumentalizado, y convertirse en medio de un fin superior que no existe, porque para Kant no hay nada superior a la dignidad. La dignidad humana no solo implica que la persona no va a ser humillada ni ofendida, sino que también se garantiza el pleno desarrollo de su personalidad.

La otra condición tiene que ver con el principio de respeto por las personas. El principio de autonomía se vincula directamente con la dignidad de las personas. De acuerdo con Kant el respeto a las personas o la falta del mismo es lo que hace a un acto correcto o incorrecto. Entonces la universalidad y el respeto por las personas son dos aspectos del mismo estándar moral:

Si bien la propia legislación que determina todo valor ha de poseer por ello una dignidad, o sea, un valor incondicionado e incomparable para el cual tan sólo la palabra respeto aporta la expresión conveniente de la estima que ha de profesarle un ser racional. Así pues, la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. (Kant, 2012, p. 436)

Entonces, la realización de la actividad laboral es efectuada bajo la dependencia jerárquica, más o menos flexible, de acuerdo con las características específicas del contrato. En consecuencia, la relación laboral se verifica en la

contribución que el trabajador otorga al empleador, bajo su subordinación, a cambio de una retribución de carácter económico. El contrato de trabajo es bilateral, conmutativo, oneroso y de tracto sucesivo.

Principio de a igual trabajo, igual remuneración: El trabajador es quien se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra, que cumple su labor de forma voluntaria, por cuenta ajena y bajo dependencia respecto de quien se beneficia con tal actividad, que es remunerada.

La colaboración y la subordinación demuestran también que el trabajo es humano, y que el calificativo de la labor entregada, es humana. Es el hombre inherente al trabajo que lo ejerce para subsistir y satisfacer sus necesidades. Entonces, la prestación del trabajador constituye materia de Derecho y no solo del derecho laboral, sino del derecho de los contratos, propio de la justicia conmutativa.

Por otro lado, es justificación subyacente respecto a este principio vector evitar todo tipo de discriminación negativa, entendida esta como una cuestión que afecta el derecho a la igualdad. A ese efecto, si desde Aristóteles los iguales deben ser tratados de igual forma, corresponde, en términos materiales, que trabajos iguales merezcan el mismo reconocimiento remunerativo.

La idea aristotélica respecto a la igualdad se justifica, de similar forma, en que los desiguales sean tratados en forma desigual. Observemos aquí, al referirnos a igual trabajo, que excluimos la referencia a desigualdad. Hay unidad en la prestación de trabajo que se examina y, por consiguiente, la consecuencia es una igual remuneración.

Principio de primacía de la realidad: Aunque si bien las partes son libres para expresarse y hacer valer sus derechos, así como para obligarse en las condiciones que consideren, el límite está dado por el marco legal que la ley lo define.

Adicionalmente, la existencia de una relación de trabajo depende, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado. Por lo tanto, es ilógico juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren establecido en el contrato sino corresponde a la realidad de la prestación del servicio. (Plá, 1982, p. 244)

Enunciado este enfoque, resulta una tarea de primer orden analizar un contexto laboral determinado atendiendo a las condiciones propias de una prestación de trabajo: sus circunstancias fácticas, la real voluntad de las

partes, los efectos de la contratación en la realidad misma y no conforme las partes, o bien uno de ellas, para expresarlo con más propiedad, quiso se pudiera entender.

Aquí resulta de valor la experiencia del juzgador para identificar, en base a un examen minucioso del caso que se someta a su conocimiento, cuáles características fluyen de la relación de trabajo en examen, excluyendo toda figura de simulación contractual que lesione el principio de veracidad.

Tanto la simulación como las acciones de fraude laboral por parte del empleador pueden distorsionar gravemente el contenido material de los contratos de trabajo, esto es, la realidad intrínseca que fluye de los mismos e, incluso, se penalizan y sancionan de acuerdo con lo establecido en la ley, según lo consagra la Constitución de la República.³

La simulación supone una figura que las partes adoptan excluyendo las características propias de ejecución real de un contrato de trabajo. El fraude deviene en una figura aún más grave, pues agrega elementos de mayor complejidad que pueden recalar, incluso, en conductas de contenido penal.

Dignidad y principio de igualdad y no discriminación: La dignidad es el valor intrínseco de las personas en general, y de los trabajadores porque, como ha quedado señalado, el ser humano es un fin en sí mismo.

Corresponde destacar aquí una cita de Aramayo a propósito de Kant:

La destreza y el celo en el trabajo tienen un precio de mercado; el ingenio, la imaginación vivaz y el humor tienen un precio afectivo; en cambio, la fidelidad en las promesas o la benevolencia por principios (no por instinto) poseen un valor intrínseco. Tanto la naturaleza como el arte no entrañan nada que puedan colocar en su lugar si faltasen la moralidad y la humanidad, porque su valor no estriba en los efectos que nacen de ellas, ni en el provecho y utilidad que reporten, sino en las intenciones, esto es, en las máximas de la voluntad que están prestas a manifestarse de tal modo en acciones, aunque no se vean favorecidas por el éxito. Estas acciones no necesitan ninguna recomendación de alguna disposición o gusto subjetivos para contemplarlas con inmediato favor y complacencia, sin precisar de ninguna propensión o sentimiento inmediatos; dichas acciones presentan a la voluntad que las ejecuta como objeto de un

3 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 327. (2008)

respeto inmediato (...) Esta valoración permite reconocer el valor de tal modo de pensar como dignidad y lo coloca infinitamente por encima de cualquier precio, con respecto al cual no puede establecerse tasación o comparación algunas. (Kant, 2002. Pp. 43-44)

De esa forma, la dignidad humana es aquella condición inherente a la esencia del ser humano, que en una íntima relación con el libre desarrollo de su personalidad, su integridad y su libertad, le dotan de características especiales que trascienden lo material y que tienen una profunda consolidación en el más alto nivel de la tutela, protección y ejercicio de sus derechos.⁴

Es esta dignidad precisamente la que debe ser respetada y no mermada, porque no hay nada más indigno que se utilice la fuerza física o psíquica para someter a otra persona o perjudicarla, pues es ir contra su humanidad.

El trabajador es libre cuando tiene capacidad de decisión, de lo contrario no es responsable por la conducta ejecutada porque no puede evitar su realización, como por ejemplo la renuncia al trabajo obtenida bajo presión.⁵ En este sentido, se entiende la dignidad como el límite que tiene el empleador para en ningún caso imponer al trabajador una conducta que dañe su dignidad y que tiene el deber de respetar. La dignidad le obliga al trabajador a exigir un trato acorde a su naturaleza.

En este escenario, la Constitución de la República del Ecuador confiere al trabajo la calidad de derecho humano, con una dimensión de dignidad, puesto que tiene propósitos propios que cumplir y en consecuencia el trabajo es la dignidad humana plasmada en el acto, que permite al trabajador alcanzar el desarrollo de sus potencialidades, capacidades y destrezas para solventar sus necesidades personales y familiares vitales. Así la dignidad aplicada en el ámbito jurídico, se convierte en el contenido del derecho al trabajo.

Al darle al trabajo la categoría de digno, le envuelven una serie de garantías que lo sostienen; entre ellas: la prohibición de intermediación y terce-

4 Corte Constitucional del Ecuador, Quito, en autos "*Zenón Estuardo Bajiña García/ Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, el 15 de julio de 2011, dentro de la acción de protección no. 1097-2012*", sentencia No. 093-14-SEP-CC caso No. 1752-11-EP.

5 Por ejemplo, solicitar la renuncia al trabajo a la cajera de un banco y en caso de no presentarla se le amenaza con formular en su contra una denuncia penal por faltante de dinero en caja.

rización laboral de las actividades propias de la empresa; la satisfacción de una remuneración justa, el fomento del trabajo juvenil, la protección del trabajo de personas en situación de discapacidad, mujeres en estado de gestación o lactancia, sindicalistas, la contratación colectiva y el trabajo autónomo en espacios públicos.⁶

La calidad de digno es resaltada, además, desde una perspectiva eminentemente jurídica, a través de los principios constitucionales, como la irrenunciabilidad de derechos, el principio *in dubio pro operario*, la primacía de la realidad, marcando garantías que incluso deben reflejarse en el ámbito jurisdiccional; en consecuencia, en el Ecuador, el trabajo, como una dimensión de la dignidad humana, encuentra soporte directo en principios positivados constitucionalmente, que son de aplicación directa e inmediata.

La dignidad encuentra concordancia con la libertad y la igualdad que tienen los trabajadores en la protección de sus derechos. La vulneración de uno de ellos, constituye la violación de la dignidad y, por lo tanto, un tratamiento digno es una correspondencia justa.

La igualdad es considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico al que otorga una eficacia eminente, de manera que toda situación de desigualdad es disconforme con su orden de valores y debe ser expulsada de la legislación.

Asimismo, se estima a la igualdad desde el punto de vista jurídico –igualdad formal– como el derecho que tienen los individuos a un trato similar si se hallan en la misma situación, sin medir privilegios para unos y perjuicios para otros.

Por igualdad formal se entiende que todos los individuos están sometidos a la ley, siendo que:

las diferencias existentes entre los individuos (culturales, sexuales, religiosas, etc.) no pueden ser asumidas como justificación de tratos discriminatorios (...) la ley debe ser igual para todos a pesar de las diferencias de las condiciones de hecho (...) la igualdad ante la ley significa igualdad en la posibilidad de manifestar las propias diversidades... (Zagrebelsky, 2020, p. 342)

Entonces, al referirnos a la igualdad de género, se entiende el mismo tratamiento debido entre hombres y mujeres y, sobre todo, que estas últimas deben gozar de iguales derechos, oportunidades y privilegios en la sociedad.

6 Constitución de la República del Ecuador: artículos 327 y siguientes.

La igualdad de trato tiene una significación especial porque limita los poderes públicos en relación con supuestos de hecho similares, en tanto que las consecuencias jurídicas serán iguales, entendiéndose que toda diferencia de trato debe ser razonable.

Bernal Pulido acota una reflexión de interés:

1. Trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); 4. Trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)". (2010, p. 452)

Por otro lado, la igualdad sustancial o material está dada por la exclusión de los obstáculos que impidan su realización, y por ello los poderes públicos deben instituir medidas que restablezcan las condiciones de desequilibrio.

Así, en la Constitución de la República del Ecuador se encuentra la prohibición de la discriminación por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, diferencia física; o por cualquier otra condición que implique diferenciación en el ámbito de su desenvolvimiento.

La igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos también ha sido el vehículo apropiado para que en los ordenamientos jurídicos internos se promueva la eliminación de la discriminación, porque es discordante con la dignidad humana, y es en este contexto que se procuran prescindir las categorías sospechosas que dan como resultado la segregación.

Por otro lado, la declaración de discriminación por sexo en resoluciones judiciales, que se han emitido sobre la base de realidades fácticas y jurídicas, ha permitido que se consoliden normas jurídicas, acciones afirmativas y la misión de igualdad que tiene la justicia.

Principio *in dubio pro operario*: En la Constitución de la República a los trabajadores se les reconoce una protección reforzada, para que puedan

desarrollar a la mayor potencia su personalidad y por ello es obligación del Estado proteger sus derechos, así como exigir el respeto a su dignidad. Los derechos fundamentales y su garantía no pueden ser simples enunciados, sino verdaderos principios.

Es por esa razón, que el artículo 326 en su numeral 3, consagra que el derecho al trabajo se sustenta, entre otros, en el siguiente principio: *“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.”* En concordancia, el artículo 7 del Código de Trabajo determina que: *“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”*

La Corte Constitucional, en razón de la progresividad de los derechos y para superar las desigualdades existentes, refiere que se deben adoptar medidas positivas, en observancia al artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República, que prescribe que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia y del artículo 2.1. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere a la adopción de medidas, mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas, y la plena efectividad de los derechos reconocidos.

En este sentido, el principio *in dubio pro operario* tiene por objeto la primacía de las normas más favorables al trabajador en caso de existir duda, esto con el afán de proteger a la parte más débil de la relación laboral. Lo que significa que, para su aplicación, deben existir dos o más normas contradictorias, en cuyo caso habrá de aplicarse la más favorable al trabajador; siendo también aplicable en determinados casos para la apreciación de la prueba dentro de un proceso judicial. Sin embargo, eso no significa que el juez puede suplir los deberes de las partes (*onus probandi*) y aplicarlo en caso de deficiencia probatoria, sino cuando coexisten pruebas aportadas por ambas partes y finalizado el examen cuidadoso de los mismos, el juez queda en la incertidumbre sobre la realidad de los hechos, como acota Podetti. Solo en

ese supuesto sería factible aplicar el principio en mención, a fin de garantizar el debido proceso y la igualdad jurídica a ambas partes procesales.

Otro criterio que consta en la jurisprudencia comparada, es que el principio *in dubio pro operario* no versa sobre los hechos sino únicamente sobre cómo aplicar el derecho, es decir, solo determina el sentido más favorable de la norma aplicable, debiendo cumplirse necesariamente ciertos requisitos para su aplicación: i) Existencia de una norma pasible de diferentes interpretaciones; ii) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir la duda por otros métodos de interpretación; iii) Obligación de adoptar como criterio normativo el que ofrece mayores beneficios al trabajador; y, iv) Imposibilidad de integrar la norma porque el principio no se ordena suplir la voluntad del operador de derecho, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador. (Pacheco, 2015., p. 7)

Desde esa dimensión, el principio *pro operario* encuentra un sustento material directo en la progresividad de los derechos del trabajador, como condición necesaria en todo ordenamiento jurídico.

Principio de continuidad: La estabilidad depende de una serie de obligaciones que el trabajador tiene para ejecutar su labor. Debe cumplir los horarios establecidos, trabajar bajo los lineamientos empresariales y en las condiciones pactadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos acotar que este principio no deviene tampoco en un derecho absoluto. Aludimos, con esta afirmación, a que la continuidad implica el cumplimiento, por parte del trabajador, de determinados lineamientos que señala el empleador para la ejecución de las obligaciones laborales del caso, y ello tiene lugar en función a la calidad directriz propia de este para dirigir la relación de trabajo.

En ese orden de ideas, cumplidas las exigencias propias de las prestaciones de trabajo por parte del trabajador, este asegura, de modo óptimo, razonable y proporcional la continuidad de la relación laboral, salvo las excepciones de rigor que prevé el ordenamiento jurídico para determinados contratos de naturaleza temporal, o sujetos a condiciones de término de contrato.

La continuidad de la relación de trabajo, como principio, desarrolla una faceta de equilibrio propositivo respecto a las partes, esto es, a que introduce una cláusula de excepción para limitar el poder del empleador, muchas veces

amplio, para limitar la duración de la relación laboral, así como a todas las demás facultades inherentes a este para regular la relación laboral.

El trabajador, por su parte, en base a este principio, desarrolla una propuesta de optimización de su posición en la relación de trabajo, la cual, sin llegar a ser absoluta, implica que pueda gozar dicho trabajador, en condiciones de razonabilidad de la continuación de su prestación de trabajo, así como pueda entenderse que, proporcionalmente, esto es, de derechos y deberes respecto de ambas partes, pueda continuar la relación de trabajo.

CONCLUSIONES

Se ha intentado, en este estudio, desarrollar algunos lineamientos principales respecto a los principios que identifican el Derecho del Trabajo, y para esa labor, se ha direccionado reflexiones iniciales hacia una aproximación del concepto de principio.

Para ese efecto, este estudio se ha valido del concepto de principio según Ronald Dworkin, estudioso norteamericano cuyo aporte sólido para la doctrina contemporánea, se ha reflejado en la importancia de los principios en los ordenamientos jurídicos, los cuales no solo se componen de reglas sino también de principios.

Descritas las reflexiones principales de orden introductorio, se ha abordado el tema central de reflexión de esta investigación al ocuparnos de los principios del Derecho del Trabajo, de entre los cuales se ha destacado algunos que consideramos los de mayor relevancia.

Entre los principios acotados se ha realizado una descripción material de los de antropía, autonomía, de a igual trabajo, igual remuneración, de primacía de la realidad, de igualdad y no discriminación, *in dubio pro operario*, y de continuidad. La lista debería seguramente extenderse dado el dinámico desarrollo del Derecho del Trabajo en los últimos lustros y, sin embargo, razones de espacio nos inclinan a la fórmula pretoriana de reducir contenidos.

Sin perjuicio de lo expresado, constituye idea central para este acápite de conclusiones llamar la atención del foro respecto a la importancia material de los principios del Derecho del Trabajo, herramienta sin la cual no se puede entender suficientemente la idea de Constitución. Más aún, si nos atenemos

a que una Carta Fundamental es un conjunto de nociones guía, muchas veces de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales necesitan inexorablemente, de vectores, de herramientas para comprender las normas constitucionales, y ese rol es desarrollado por los principios.

Sumamos a esta reflexión que el Derecho del Trabajo es una disciplina fundamental respecto de la Constitución y, por tanto, la oscuridad de la interpretación, cuando aquella se presenta cual tiniebla en la lobreguez de la noche, solo puede cesar si la claridad que pretenden imprimir los principios, ilumina las luces del alba, es decir, de nuestro quehacer por el Derecho y por los principios centrales que inspiran una disciplina de frontal importancia como lo es el Derecho del Trabajo.

REFERENCIAS

- Aguirre, J. (2011) Dignidad, Derechos Humanos y Filosofía Práctica de Kant, Bogotá, en *Vniversitas*. N° 123: 45-74, julio-diciembre de 2011, p.60, <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n123/n123a03.pdf>
- Alexy, R. (2015). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad en *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell, coordinador, México D.F., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C.
- Bernal, C. (2010). Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo Caicedo y Angélica Porras, editores, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Carrio, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Abelleo– Perrot. Buenos Aires.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. GEDISA. Barcelona.
- Gomá, J. (2019). *Dignidad*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, S.L. 2019, p. 185.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial.
- McCrudden, C. (2008) Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, en *The European Journal of International Law*. Vol. 19 no. 4. <https://core.ac.uk/download/pdf/10069541.pdf>
- Pacheco, L. (2015). Los principios del derecho del trabajo, J. Zavala Ed. Universidad de Piura. Lima.
- Plá, A. (1982). *Los Principios del Derecho del Trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral, Segunda Edición* Editorial Gredos, Madrid.
- Tomás de Aquino, Santo. (1946). *La Justicia*, Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles, traducción y notas de Benito Raffo Magnasco, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica. 1946.
- Zagrebelsky, G. (2020). Marcenó Valeria, Pallante Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Zela Grupo Editorial, Perú.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Implementación del Acuerdo de Escazú en el Ecuador, a tres años de su ratificación

*Karen Paillacho Llamatumbi**
*Verónica Morales Ramos***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del Acuerdo Escazú. 3. Derecho al acceso a la información pública. 4. Análisis del artículo 5 del Acuerdo Escazú y su implementación. 5. Conclusiones. 6. Referencias

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, en adelante “Acuerdo de Escazú”, no es solo un tratado, pues vincula a los marcos mundiales, regionales y nacionales para establecer estándares o modelos a nivel de Latinoamérica y el Caribe, con la única finalidad de combatir la transgresión de los derechos ambientales. Este instrumento jurídico, busca promover la lucha contra la desigualdad y la discriminación, garantizar los derechos de todas las personas a vivir en un ambiente sano dedicando una atención especial a las personas o grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad y coloca la igualdad en el centro del desarrollo sostenible.

Uno de los objetivos de este tratado internacional es garantizar que dentro del estado ecuatoriano se transparente la información ambiental y sobre todo se creen mecanismos para que se garantice la protección de defensores de los derechos ambientales; incluso es considerada una de las plataformas de organización y trabajo colectivo cuyo único objetivo es crear sociedades informadas, participativas y justas.

* Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. E mail kapaillacholl@uide.com.ec

** Antropóloga y abogada, máster en investigación etnográfica, teoría antropológica y relaciones interculturales. Actualmente se desempeña como docente investigadora a tiempo completo de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. ORCID: 0000-0001-7293-1937 e-mail vemoralesra@uide.edu.ec

En el presente trabajo analizará el derecho al acceso a la información en asuntos ambientales, para eso se realizará una profunda investigación bibliográfica-documental de los antecedentes del Acuerdo Escazú y su ratificación en el Ecuador, posterior a ello se investigarán los marcos legales, doctrinarios y tratados internacionales con el unció fin de conceptualizar al principio de máxima publicidad y el principio de transparencia. Para finalizar se expondrá, los mecanismos que el Estado ecuatoriano ha creado o no para garantizar este derecho; todo esto con el fin de identificar si los órganos competentes garantizan o no el derecho a la información pública en materia ambiental.

ANTECEDENTES DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

Para llevar a cabo el análisis del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como “Acuerdo de Escazú”, es importante tomar en cuenta dos fechas históricamente relevantes para el Ecuador. En primer lugar, el año de 1992, en el cual se realiza la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo décimo principio¹ se convertiría en la base del “Acuerdo de Escazú”. En segundo lugar, el año 2008, debido a que, con la promulgación de la nueva Constitución ecuatoriana, se reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos, otorgándole una importancia sin precedentes en el país.

En Ecuador, tras reconocer la naturaleza como sujeto de derechos, hubo cambios marcados por conflictos, ya que las acciones presentadas por grupos ambientales no tuvieron éxito inicialmente, y hubo que esperar varios años para que su lucha legal tuviera resultados positivos. Por ejemplo, en el año 2013 se revocaron los permisos de funcionamiento de la Fundación Pachamama, “una organización que durante más de una década había trabajado en el país en defensa de la naturaleza.” (Hassan, 2018). Asimismo, en el año

1 **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).- Principio 10.-** El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

2014, el Consejo Nacional Electoral “desestimó aproximadamente el 60 % de las firmas recopiladas para solicitar una consulta popular que buscaba evitar la explotación de petróleo en el Parque Nacional Yasuni” (Roura, 2014). Estos acontecimientos podrían considerarse contradictorios con los objetivos establecidos en la Constitución ecuatoriana de 2008.

En contraste, otro era el panorama que se vivía en varios países de América, puesto que, ya se estaba planeando crear el “Acuerdo de Escazú”, precisamente por la falta de implementación normativa en los diversos países que, aún no reconocían o ejecutaban el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Es por eso que la creación del “Acuerdo de Escazú”, inicia en el año 2012, fecha en la cual dentro de la celebración de la conferencia Río+20², se llevaron a cabo diversas discusiones, foros, conferencias y reuniones que comenzaron a tener un impacto significativo en la creación del mismo. Sin embargo, fue en el año 2015 cuando inició la consolidación de los pilares en los que se basa el “Acuerdo de Escazú”, siendo estos; el acceso a la información pública ambiental, la participación pública y el acceso a la justicia ambiental (Acuerdo Escazú, 2020).

Bajo estos antecedentes, el 27 de septiembre de 2020, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe “Acuerdo de Escazú”, fue abierto para su firma por los 33 países de la región en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York y entró en vigor 90 días después de que se depositara el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).

Ecuador ratificó el Acuerdo de Escazú el 21 de mayo de 2020, ante las Naciones Unidas, siendo el noveno país en ratificar este tratado internacional, cuyo objetivo es lograr la transparencia en la información ambiental y establecer políticas públicas para proteger los derechos de las futuras generaciones y de los defensores de los derechos humanos ambientales. Dentro del estado ecuatoriano, este tratado al ser ratificado pasa a formar parte del bloque de

2 Ref. Río+20.- Conferencia que se realizó en Río de Janeiro (Brasil), en 2012, es decir, 20 años después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en la misma ciudad, razón por la cual dicha conferencia de 2012 se suele denominar “Río+20”.

constitucionalidad³ prevaleciendo así sobre cualquier otra norma o acto del poder público y convirtiéndolo en vinculante y aplicable dentro del Ecuador, tal y como lo establece el artículo 424⁴ de la Constitución.

Actualmente, la crisis de los derechos ambientales y la biodiversidad requieren abordarse mediante el multilateralismo y la cooperación. Por lo tanto, es crucial fortalecer las capacidades para la formulación de políticas públicas y la toma de decisiones en asuntos ambientales mediante una colaboración entre los gobiernos y la sociedad civil, tal como lo propone el “Acuerdo de Escazú”, debido a que se presenta como una plataforma para la organización y el trabajo conjunto, con miras a fomentar sociedades informadas, participativas y justas en asuntos ambientales que contribuyan con el tan anhelado desarrollo sostenible de los países de la región.

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Partimos de conceptualizar el derecho de acceso a la información pública, ligado al principio de máxima publicidad y el principio de transparencia. En primer lugar, se debe entender que, la información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas, y que; el Estado y las instituciones privadas que tengan a su cargo información de carácter público, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a esta información.

El acceso a la información producida por entidades públicas es un derecho fundamental reconocido tanto en la Constitución del Ecuador como en

3 *Ref. Corte IDH: Caso Olmedo Bustos vs. Chile. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, 2001* definió el bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

Los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno [...] y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad 7 está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política.

4 **CRE.- Art.424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

instrumentos internacionales de derechos humanos. “Todo individuo posee el derecho y la libertad de recibir, difundir y buscar todo tipo de ideas, opiniones e información a través de cualquier medio” (Vera, 2015).

En varios tratados de derechos humanos se también establece la obligación de brindar el acceso a la información y la regulación de las posibles limitaciones al acceso a la información tal como, lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 19 debido a que, como ya se mencionó el acceso a la información puede estar sujeto a ciertas restricciones, las mismas deberán, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: “ a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1996).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que, “el derecho a acceder a la información tiene dos dimensiones fundamentales que deben garantizarse de manera simultánea: una individual y una social” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007). Ambas dimensiones son igualmente importantes y deben coexistir para salvaguardar plenamente este derecho.

Por un lado, la dimensión individual que se refiere a que ninguna persona debe ser sometida a restricciones arbitrarias o impedida de expresar sus ideas y pensamientos libremente. Cada individuo tiene el derecho de manifestar su propio pensamiento y opinión sin censura o limitaciones injustas.

Por otro lado, la dimensión social del derecho a la información implica que, toda la sociedad tiene el derecho colectivo de recibir cualquier tipo de información, incluida la información de carácter público, de manera directa y transparente. Esto significa que la información relevante para los ciudadanos debe ser disponible y accesible sin discriminación ni ocultamiento.

“Garantizar ambas dimensiones del derecho a la información es esencial para promover la transparencia, la participación ciudadana y el buen funcionamiento de una sociedad democrática” (Vera, 2015). Además, estas dimensiones están respaldadas tanto por la legislación interna de los Estados como por los tratados y normas internacionales de derechos humanos. Así, se busca que los individuos y la sociedad puedan ejercer su derecho a acceder y difundir la información de interés público.

En este mismo sentido, el artículo 18.2 de la Constitución ecuatoriana establece que:

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Con respecto al acceso a la información pública, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 22-18-IN/21 menciona que el Acuerdo de Escazú complementa lo reconocido en la Constitución, refiriéndose a que “el objetivo principal de es garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” (Sentencia No. 22-18-IN/21, 2021). Además, menciona que el Acuerdo de Escazú nos permite entender que para la información sea amplia debe ser accesible y establece el principio de máxima publicidad. El estado debe generar y divulgar la información necesaria para poder tomar decisiones informadas sobre el impacto ambiental.

En este punto, hay que mencionar que, antes de ratificar el Acuerdo Escazú, ya existía la normativa doméstica que regule el acceso a la información pública, siendo esta la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que establece que, en su artículo 1, el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Asimismo, en su artículo 4 literal e menciona que, el principio de transparencia es uno de los principios rectores del acceso a la información al dado que, “busca garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público” (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004).

Al ser la transparencia uno de los principios del acceso a la información, es esencial entender que, la transparencia implica que la información relevante para

la sociedad debe estar a disposición de todos los ciudadanos de manera clara, accesible y comprensible. La ciudadanía tiene el derecho de acceder a la información pública y esto se convierte en un elemento clave para fortalecer la rendición de cuentas y la participación ciudadana en los asuntos de interés público (Vera, 2015).

La transparencia, refiere a un principio del modo de actuar de la administración pública (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2016)⁵. La transparencia no tiene una entidad propia, son los actores, las instituciones y su forma de proceder las que pueden denominarse como transparentes. Todos aquellos actos que buscan garantizar el derecho de acceso a la información pública pueden definirse como actos de transparencia.

Es importante mencionar que el principio de transparencia no solo aplica al modo de actuar del sector público, por el contrario, todos aquellos actores y sectores vinculados a la gestión de lo público en sus distintas esferas, deben ajustar su conducta a este principio. Si no se refiere a partidos políticos, organizaciones de sociedad civil, empresas público-privadas, por mencionar algunos (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021).

Desde el punto de vista del sector público, una finalidad de este principio es promover la transparencia y rendición de cuentas en la gestión administrativa; para la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil es una herramienta de vigilancia y control social, que permite fomentar y fortalecer la participación de la ciudadanía, que pueden ejercer el derecho a informarse gratuitamente, y fomentar y exigir la transparencia de las acciones de las instituciones públicas y privadas que reciben fondos del Estado (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021).

Al garantizar el acceso a la información, se fomenta una gestión más responsable y una toma de decisiones informada tanto por parte de las autoridades como de los ciudadanos. Esto contribuye a una administración pública más transparente y comprometida con el bienestar colectivo.

Otro de los principios rectores de acceso a la información pública es el de máxima publicidad, que se refiere a que toda información que tenga en su poder un ente obligado debe considerarse como información pública y, por

5 Ref. CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) (2016), Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto.

lo mismo, debe estar a la disposición de todas las personas para consultar, salvo que se encuentre en alguno de casos de excepción. También refiere que los entes deben exponer al escrutinio público la información que poseen y, en caso de que haya duda entre la publicidad o reserva de la información, deberán favorecer inequívocamente la publicidad de la misma (Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, 2020).

Por otro lado, la información debe estar al alcance de todos y todas, es por eso que el Estado tiene la obligación de siempre, de forma rápida y sin obstáculos, entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de transparencia (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021).

Este, es un principio de gestión pública que consiste en que la información que se genera con recursos del Estado y que estén a disposición del público, con excepciones limitadas, de manera oportuna y en formatos de datos abiertos sin límites para su reutilización. Esto incluye la divulgación de información en respuesta a las solicitudes que realizan las personas de manera proactiva, a iniciativa propia y de las entidades públicas (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021).

En suma, toda la información en posesión del Estado se considera como pública. Esto significa que la información es accesible y pertenece a los ciudadanos, a menos que existan razones legítimas para restringir su acceso (Vera, 2015).

Según Sanchez Morón, *“el derecho a la información tienen un significado instrumental, ya que constituyen un requisito o presupuesto para el ejercicio de derechos de participación, de intervención en el procedimiento administrativo o de derechos reaccionales, es decir, para la eventual preparación de acciones y recursos”* (Sánchez Morón, 1995).

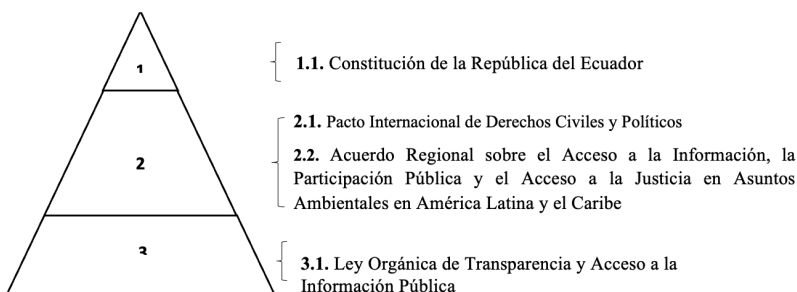
Según Villanueva, *“El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de la persona a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas o de los sujetos obligados previstos en la ley, que pueden incluir empresas privadas que cumplen funciones tradicionalmente de Estado o que reciben subvenciones o subsidios públicos”* (Villanueva, 2006).

En caso de duda sobre si una información específica es pública o no, la entidad o institución responsable debe favorecer siempre el acceso a la información.

La presunción debe favorecer la publicidad de la información. “Solo en situaciones excepcionales y debidamente fundamentadas, se puede restringir el acceso a cierta información, y dichas excepciones deben estar claramente establecidas en la legislación y justificadas por razones de seguridad nacional, privacidad, protección de datos personales u otros intereses legítimos” (Marino, 2012).

Cualquier restricción injustificada o arbitraria al acceso a la información se considera una violación al principio de máxima publicidad. Esto implica que las entidades y organismos públicos deben ser proactivos en proporcionar información de manera abierta y accesible, fomentando así la rendición de cuentas y la participación ciudadana en los asuntos gubernamentales.

Finalmente, se presenta una pirámide que ilustre el rango de los instrumentos legales utilizados para conceptualizar el derecho al acceso a la información pública:



ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO ESCAZÚ Y SU IMPLEMENTACIÓN

El artículo 5 del Acuerdo de Escazú⁶, que es en el que se enfoca el presente estudio establece cuatro ejes centrales mismos que se dividen en:

- Accesibilidad de la información ambiental.
- Denegación del acceso a la información ambiental.
- Condiciones aplicables para la entrega de información ambiental.
- Mecanismos de revisión independientes.

6 ESCAZU.- Art 5.-https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S2200798_es.pdf?sequence=10&isAllowed=

En cuanto a la accesibilidad de la información ambiental, el Estado deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que tiene bajo su control o custodia, según el principio de máxima publicidad.

Por su parte en relación a la posible denegación del acceso a la información ambiental se establece que cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión, e informar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.

Por otro lado, respecto de las condiciones aplicables para la entrega de información ambiental, las autoridades deberán garantizar que la información ambiental se entregue en el formato requerido por el solicitante, siempre que esté disponible. Además, deberán responder con la máxima celeridad posible, en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la misma.

Se habla de los mecanismos de revisión independientes a través de los que el Estado establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, para promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el acceso a la información.

Bajo estos parámetros la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 1149-19-JP/21 ha establecido que, “para que la información ambiental sea accesible, el Estado debe eliminar barreras de cualquier tipo que impidan a la comunidad conocer la información sobre la decisión o autorización estatal que puede afectar el ambiente. El acceso a la información ambiental que esté en poder, bajo control o custodia del Estado es un derecho en sí mismo” (Sentencia No. 1149-19-JP/21, 10).

En la misma sentencia menciona que, “el derecho a acceder a la información ambiental debe estar guiado por el principio de máxima publicidad e incluye: “a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la

solicitud; y c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho” (Sentencia No. 1149-19-JP/21, 10).

El derecho al acceso a la información ambiental obliga al Estado a informar a la comunidad a través de los medios apropiados, que pueden ser escritos, electrónicos o verbales. La claridad implica que la información presentada a la comunidad debe ser comprensible y expresada en un lenguaje que no sea técnico ni oscuro. Si es necesario, debe traducirse cuando se trata de comunidades donde el español no es la lengua predominante. La información se considera objetiva cuando su contenido se presenta en un lenguaje neutral en valoraciones y carece de carga emotiva. En otras palabras, no debe ser sugestiva ni buscar manipular o influir de manera indebida en el consentimiento de la persona consultada.

En este contexto, el estado ecuatoriano como miembro del Acuerdo Escazú, a través del Ministerio del Ambiente y Agua de Ecuador, desempeña un papel relevante en el desarrollo del Acuerdo, articulando acciones bajo los preceptos de la Constitución de la República y su compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la implementación de la Agenda 2030.

Por ello, la legislación nacional ha incorporado el acceso a la información, participación pública y justicia en el Código Orgánico del Ambiente (COA) y se fortalecieron los artículos sobre la biodiversidad, el fomento de la investigación científica, transferencia de tecnologías y conocimiento, complementado en el articulado correspondiente del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (ROA).

Para analizar la implementación del artículo 5 del Acuerdo Escazú dentro del territorio ecuatoriano, se realizó al Consejo Nacional de Competencias una solicitud de acceso a la información, con el fin de obtener información sobre a quién le corresponde la competencia estatal en materia ambiental y se pudo observar que, “la Constitución de la República determina con absoluta claridad cuáles son las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno, las mismas que están reguladas por la ley de la materia, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización y las Resoluciones dictadas por el Pleno del Consejo Nacional de Competencias. En el contexto de la normativa indicada, la Resolución No. 0005-CNC-2014, regula el ejercicio de la competencia de gestión ambiental, a favor de los gobiernos autónomos

descentralizados provinciales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales” (Consejo Nacional de Competencias, 2022).

Por su parte la resolución Nro. 005-CNC-2014, en su artículo 6 establece, que le corresponde al Gobierno Central, en el marco de la gestión ambiental, 1. Generar normas y procedimientos para el Sistema Único de Manejo Ambiental “SUMA”, “es un conjunto integral de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, diseñado para abordar diversos aspectos relacionados con el medio ambiente. Este sistema tiene como objetivos fundamentales el planteamiento, programación, control, administración y ejecución de actividades relacionadas con la evaluación del impacto ambiental; la evaluación de riesgos ambientales; la elaboración de planes de manejo, planes de manejo de riesgo, sistemas de monitoreo, planes de contingencia y mitigación; la realización de auditorías ambientales y la planificación para el abandono adecuado de proyectos. Cabe destacar que este sistema busca promover el desarrollo sostenible, garantizar la protección del medio ambiente y fomentar la toma de decisiones informadas y responsables en relación con los recursos naturales y el entorno en general” (Resolución-005-006-2014, 2014).

Por otro lado, y al amparo de la respuesta otorgada por el Consejo nacional de Competencia se realizó una solicitud de información al GAD del Cantón Quito, con la finalidad de conocer cuáles son los sistemas de información ambiental que maneja el GAD del Cantón Quito y cuáles son los repositorios o registros ambientales que maneja el GAD del Cantón Quito.

De esto se obtuvo que los sistemas de información que se usa en la Secretaría de Ambiente y demás instituciones del Municipio de Quito, son las siguientes:

1. Sistema Metropolitano de Información de la Secretaría de Planificación
2. Mapa predial oficina de la Secretaría de Territorio Habitad y Vivienda

Y que, los repositorios o registros ambientales que maneja el GAD del Cantón Quito conforme lo establece la normativa ambiental vigente a través del Código Orgánico del Ambiente (COAM) y su Reglamento, así como demás normativa ambiental el repositorio de los procesos de regularización ambiental es el Sistema Único de Información Ambiental (SUIA), Art 19 del COAM, el cuál es la herramienta informática obligatoria para la regularización de las actividades a nivel nacional, cabe mencionar que se debe poseer un usuario y contraseña y solo permite la visualización de los proyectos que cree el operador

del proyecto, obra o actividad. Esto para agilizar el acceso y los procesos de regularización, control, monitoreo, certificación ambiental.

El Ministerio del Ambiente, en su rol de ente rector, coordinador y regulador de la Gestión Ambiental en Ecuador, ha trabajado desde 2010 en el proyecto denominado “Sistema Único de Información Ambiental-SUIA”, antes de ratificar el Acuerdo Escazú. “Este sistema representa un instrumento fundamental para la gestión y difusión de la información ambiental, permitiendo al país conocer el estado y los cambios que experimentan los recursos naturales y el ambiente en general” (OCDE, 2022).

El alcance del SUIA abarca diversos ámbitos, que van desde la investigación y educación hasta la estadística, consolidación, validación de datos geográficos y sistematización de los procesos institucionales del Ministerio del Ambiente (MAE).

En el ámbito estadístico, se ha logrado construir una base de datos robusta y actualizada que incluye indicadores ambientales, estadísticos ambientales, cuentas ambientales nacionales, entre otros. “Esta información se presenta de manera ágil, dinámica y sistémica, lo que permite visualizar la situación de un aspecto o factor ambiental tanto cualitativa como cuantitativamente. Así, se determina el estado y la tendencia de los fenómenos socioeconómicos-ambientales en un período de tiempo establecido” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).

El propósito fundamental de esta herramienta es facilitar la toma de decisiones informadas que promuevan el cumplimiento de los objetivos que la sociedad ecuatoriana busca alcanzar en su búsqueda por un desarrollo sostenible. El SUIA se posiciona como una valiosa fuente de información para orientar políticas y acciones que fomenten la conservación del ambiente y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Continuando con la respuesta a la solicitud de información realizada al GAD del Cantón Quito, respecto de cuáles son los repositorios o registros ambientales que maneja, manifestó que, la Secretaría de Ambiente de Quito, posee un repositorio documental de la Unidad de Licenciamiento Ambiental, el cual detalla los formatos de los Planes de Manejo Ambiental de varios sectores La Red Metropolitana de Monitoreo Atmosférico de Quito (REMMAQ) cuenta

con información de Calidad de Aire Ambiente. Adicionalmente la Secretaría de Ambiente de Quito, cuenta con la Biblioteca Digital <http://www.quitoambiente.gob.ec/index.php/biblioteca-digital>.

Además, el Estado ecuatoriano ha realizado la presentación de la plataforma Sistema Nacional de Indicadores Ambientales y Sostenibilidad (SINIAS), objetivo generar información estratégica de forma estructurada, abordando diferentes categorías que abarcan desde iniciativas internacionales hasta temáticas ambientales. Para lograr esta tarea, se emplea el Modelo Ordenador PER como fundamento metodológico para su elaboración (Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica, 2005).

El Modelo Ordenador PER se basa en la premisa de que las actividades humanas ejercen, de una u otra forma, presión sobre el ambiente, lo que provoca cambios que afectan la calidad y cantidad de los recursos naturales (Estado). Estos cambios, a su vez, generan respuestas por parte de la sociedad a través de políticas ambientales, económicas y sectoriales.

En este contexto, el sistema organiza la información estratégica en diferentes categorías, permitiendo un análisis integral de las relaciones entre las actividades humanas, los impactos ambientales resultantes y las respuestas sociales y políticas. De esta manera, se busca obtener una visión completa y precisa de la interacción entre la sociedad y el medio ambiente.

La estructura organizada del sistema facilita la identificación de iniciativas internacionales incidentes en el ámbito ambiental y el análisis detallado de temáticas ambientales que requieren atención y acciones específicas. Esto permite a los responsables de la toma de decisiones contar con información relevante y actualizada para diseñar estrategias y políticas eficientes que promuevan la sostenibilidad ambiental y la preservación de los recursos naturales. Además, “el enfoque del Modelo Ordenador PER garantiza una aproximación integral a la problemática ambiental, teniendo en cuenta las interacciones complejas entre las actividades humanas y el medio ambiente, así como las respuestas sociales y políticas necesarias para enfrentar los desafíos ambientales actuales y futuros” (Espinoza, 2018).

A parte de los mecanismos ya mencionado el estado ecuatoriano también ha implementado y actualizado plataformas como:

- Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ecuador (SNAP): “es el conjunto de áreas naturales protegidas que garantizan la cobertura y conectividad de ecosistemas importantes en los niveles terrestre, marino y costero marino, de sus recursos culturales y de las principales fuentes hídricas.” (MAE. 2006). El SNAP abarca cuatro regiones del país y alberga 56 reservas naturales que se extienden en aproximadamente el 20 % de la superficie del Ecuador.
- Mapa Interactivo Ambiental: El Ministerio del Ambiente presentó una innovadora herramienta para difundir información ambiental, evidenciando el compromiso de esta institución en la gestión del medio ambiente del país. “Con el objetivo de asegurar el acceso libre a la información generada, se pone a disposición de las autoridades, instituciones públicas, privadas y ciudadanía en general este nuevo sistema tecnológico” (Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, 2015).

El Mapa Interactivo Ambiental se ha consolidado como el repositorio oficial de la información geográfica en el Ministerio del Ambiente. Aquí, “los usuarios tienen la posibilidad de descargar información, acceder al catálogo de metadatos y utilizar el visor de mapas geográficos. Todo esto representa un avance significativo, ya que reemplaza a los antiguos aplicativos IDEA y Geoportal Ambiental, mejorando considerablemente la accesibilidad y usabilidad de la información ambiental” (Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, 2015)

Esta iniciativa muestra claramente el compromiso del Ministerio del Ambiente en fomentar la transparencia y el acceso a la información ambiental, permitiendo a todos los interesados acceder a datos relevantes para la toma de decisiones y acciones relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente. Con esta nueva herramienta, se avanza hacia una gestión más efectiva y participativa del medio ambiente, involucrando a la ciudadanía en la construcción de un futuro sostenible para el país.

- Programa de Reparación Ambiental y Social (PRAS): Fue en el año 2008, con el “objetivo de prevenir casos de daños socioambientales sin atención o con atención insuficiente. Esta medida también busca asegurar la restitución de los derechos tanto de la naturaleza como de las personas, garantizando un ambiente sano y equilibrado desde el punto de vista ecológico” (Ministerio del Ambiente, 2017). Se enfoca

en la implementación de mecanismos, instrumentos y estrategias que permitan una reparación integral de las pérdidas del patrimonio natural y de las condiciones de vida de la población afectada. Estas pérdidas han sido ocasionadas por el desarrollo de actividades económicas llevadas a cabo por actores públicos y privados.

El objetivo central es incorporar la Política Pública de Reparación Integral en la Política Nacional, de manera que se establezcan directrices y lineamientos para enfrentar adecuadamente situaciones de daño ambiental y sus consecuencias sociales. De esta manera, se busca promover una gestión más responsable y sostenible de las actividades económicas, de manera que se minimicen los impactos negativos en el medio ambiente y en la calidad de vida de la población.

- Sistema de Información de Biodiversidad (SIB): “tiene su origen como una respuesta a la necesidad de contar con una herramienta efectiva para gestionar la información relacionada con la administración del Patrimonio Natural del país. El objetivo principal del SIB es constituirse como un nodo central de información que articule diferentes procesos de generación y administración de datos sobre la biodiversidad del Ecuador” (Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, 2013).

El SIB se concibe como una plataforma integral que permite recopilar, organizar, almacenar y poner a disposición datos relevantes sobre la riqueza biológica y ecológica del país. “A través de esta herramienta, se busca facilitar el acceso y la difusión de información actualizada y confiable relacionada con la diversidad de especies, ecosistemas, áreas protegidas, y otros aspectos relevantes para la conservación y manejo responsable de la biodiversidad ecuatoriana” (Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, 2013). El SIB también tiene como objetivo fomentar la investigación científica y el intercambio de conocimientos, ya que, al facilitar el acceso a datos y estudios previos, se estimula la generación de nuevos conocimientos y la colaboración entre diferentes instituciones y expertos en temas relacionados con la biodiversidad.

Incluso, otro de los mecanismos que ha implementado y ha actualizado el Estado ecuatoriano ha sido la Mesa REDD+, la misma que se ha constituido como una plataforma participativa de información, discusión y propuesta alrededor de un tema fundamental: la reducción de la deforestación y la degradación de los bosques a nivel nacional.

Finalmente, en concordancia a este Acuerdo la autoridad ambiental y agua, se unió a la Alianza para Gobierno Abierto, del cual forma parte del Grupo de Trabajo multisector; implementó la Estrategia Nacional de Educación Ambiental ENEA 2017-2030 a nivel territorial que promueve la conformación de Consejos Consultivos Locales de Educación Ambiental, instancia de participación provincial encargadas de la construcción y ejecución de un Plan Provincial de Educación Ambiental.

Cabe mencionar que, actualmente le Estado ecuatoriano tiene reuniones de trabajo pendientes con países de la Región y así como, asistir a la Conferencia de las Partes (COPs) organismo mayor del Acuerdo de Escazú, donde se definirá la documentación y orientaciones al proceso de implementación. Pero en cierta medida ha estado garantizando a través de sus diferentes mecanismos el acceso a la información pública en temas ambientales.

CONCLUSIONES

El Acuerdo de Escazú es un instrumento relevante para promover el acceso a la información ambiental, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Este acuerdo surge en un contexto en el cual varios países de la región enfrentan desafíos en la implementación de normas y políticas ambientales, incluyendo el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

En el caso específico de Ecuador, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de 2008 marcó un hito importante en la lucha por la protección del ambiente. Sin embargo, se han presentado conflictos y obstáculos en la implementación efectiva de estos derechos, como se observó en los casos de revocación de permisos a organizaciones ambientales y la desestimación de firmas para consulta popular.

La implementación del Acuerdo de Escazú en Ecuador ha sido respaldada por la ratificación del acuerdo en mayo de 2020, y se espera que este tratado internacional fortalezca la transparencia en la información ambiental y promueva políticas públicas para proteger los derechos ambientales de las generaciones presentes y futuras.

La implementación del artículo 5 del Acuerdo de Escazú en el Ecuador ha sido abordada a través de diversos mecanismos y plataformas que buscan garantizar el acceso a la información ambiental y fomentar la transparencia

en la gestión de los recursos naturales del país. Estos mecanismos se han enfocado en cuatro ejes centrales: accesibilidad de la información ambiental, denegación del acceso a la información, condiciones aplicables para la entrega de información y mecanismos de revisión independientes.

Los mecanismos de revisión independientes son fundamentales para asegurar la transparencia en el acceso a la información ambiental. El Estado ecuatoriano ha designado órganos e instituciones imparciales y autónomos para llevar a cabo esta revisión, lo que garantiza una mayor vigilancia y fiscalización en la gestión ambiental.

A través de diversas plataformas y sistemas, como el Sistema Único de Información Ambiental (SUIA), el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ecuador (SNAP) y el Mapa Interactivo Ambiental, se ha fortalecido la gestión de la información ambiental en el país. Estas herramientas permiten un acceso más ágil y dinámico a la información, lo que facilita la toma de decisiones y acciones en pro de la conservación del medio ambiente.

El compromiso del Estado ecuatoriano con la implementación del Acuerdo de Escazú se ha reflejado en la actualización y fortalecimiento de la legislación nacional, así como en la participación en organismos internacionales y la promoción de la educación ambiental. Estas acciones demuestran la importancia que se le otorga a la protección del medio ambiente y a la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales.

En conclusión, el Estado ecuatoriano ha realizado avances significativos en la implementación del artículo 5 del Acuerdo de Escazú, estableciendo mecanismos y plataformas que garantizan el acceso a la información ambiental y promueven la transparencia en la gestión ambiental. Sin embargo, es fundamental seguir fortaleciendo estos mecanismos y fomentar la participación ciudadana para alcanzar una gestión ambiental más efectiva y sostenible en beneficio de la biodiversidad y las generaciones presentes y futuras.

REFERENCIAS

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales América Latina y el Caribe. (2018).
- Barragán, D. (2011). *El acceso a la información: Una necesidad, un derecho, una realidad*. Quito, Ecuador : Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental.

- Cedeño, F. (2014). *Guía Especializada de rendición de cuentas para la ciudadanía*. Ecuador: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
- CEPAL. (2021). *Las sinergias entre el gobierno abierto y el Acuerdo de Escazú*. Chile: Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el Caribe.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2018). *Acerca de Estadísticas ambientales y de los indicadores ambientales de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*. Chile: CEPAL.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington: Organización de los Estados Americanos.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ecuador.
- Espinoza, G. (2018). *Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental*. Chile: Centro de Estudios para el Desarrollo (CED).
- Hassan, T. (2018). *Amazónicos ante la injusticia: Hostigamiento judicial de líderes indígenas y ambientalistas*. Estados Unidos de América : Human Rights Watch.
- Jiménez, L. F. (2020). *Los derechos de acceso a la Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano y español*. España: Universidad Carlos III de Madrid.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Naciones Unidas.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información publica. (2004).
- Marino, C. B. (2012). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano: Segunda Edición*. Estados Unidos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica. (2005). *Información General del Sistema Nacional de Indicadores Ambientales y Sostenibilidad-SINIAS*. Ecuador.
- Naser, A., Ramírez, Á., & Rosales, D. (2017). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- OCDE. (2022). *Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable*. Ecuador.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución-005-006-2014. (2014). Ecuador.
- Reyes, H., Silva, R., & Andrade, A. (2021). *Caja de herramientas para la promoción del derecho de acceso a la información pública y la transparencia en la gestión*. Quito, Ecuador: Defensoría del Pueblo.
- Roura, A. M. (2014). *Ecuador anula firmas y evita referendo sobre explotación de petróleo en Yasuní*. Reino Unido: BBC News.
- Santos, G. d. (2008). *El derecho de acceso a la información ambiental para una participación efectiva*. España: Universidad de Alicante.
- Sentencia No. 1149-19-JP/21, CASO No. 1149-19-JP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 2021 de noviembre de 10).
- Sentencia No. 22-18-IN/21, Caso Nº. 22-18-IN (Corte Constitucional del Ecuador 08 de 09 de 2021).
- Sentencia No. 2366-18-EP/23, Caso No.2366-18-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de 02 de 2023).
- Vera, M. (2015). *Derecho a la información pública*. Quito, Ecuador: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH.

APRECIACIÓN DEL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE IMÁGENES ÍNTIMAS en la justicia constitucional ecuatoriana

Taíz Ripalda Quirola*

Jacqueline Guerrero Carrera**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El intercambio electrónico de imágenes íntimas (sexting). 3. Análisis del contenido fáctico e interpretativo de la sentencia 2064-14-EP/21. 3.1. Hechos del caso. 3.2. Aspectos abordados. a) El consentimiento. b) Datos dentro de la esfera exclusivamente personal o doméstica y sus efectos. c) Los derechos vulnerados: derecho a la protección de datos personales y autodeterminación informativa, derecho a la imagen, derecho a la honra y buen nombre, derecho a la intimidad. 3.3. Alcance de la decisión. 4. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En la sociedad globalizada en la que vivimos se han desarrollado nuevas formas de socialización y comunicación, por medio de herramientas tecnológicas que han superado las barreras de tiempo y espacio, facilitando el acceso, intercambio, divulgación y publicación de información, imágenes, audios o videos entre personas. Una de las nuevas formas de expresión en la comunicación conlleva también diferentes prácticas para la expresión sexual de las personas por medios electrónicos, como lo es el *sexting*. No obstante, las nuevas formas de interacción entre personas suponen, ante todo, importantes retos para la garantía de los derechos de las personas, así como la creación de espacios inclusivos y libres de violencia.

El fenómeno del intercambio electrónico de imágenes íntimas, más conocido como *sexting*, consiste en la actividad de generar y compartir a un tercero, en principio con consentimiento, una fotografía, imagen o video de contenido sexual o erótico, a través de medios electrónicos. El *sexting* se ha

* Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. *e-mail* brripaldaqu@uide.com.ec

** Abogada y Doctora en Jurisprudencia. Doctoranda en Derecho por la Universidad CEU San Pablo, España. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador. ORCID: 0000-0002-3513-8291 *e-mail* elguerrero@uide.edu.ec

expandido por la integración de videocámaras o cámaras web en los dispositivos y teléfonos móviles que facilitan la comunicación entre personas que se encuentran en distintos espacios geográficos (Peris, 2018).

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 2064-14-EP/21, abordó el tema del *sexting* y en este contexto desarrolló el alcance del concepto de dato personal, la delimitación del tratamiento de datos en el esfera exclusivamente personal o doméstica y sus efectos, el consentimiento del titular para el tratamiento de datos personales, el derecho a la intimidad, la expectativa razonable de privacidad y la procedencia de la acción de hábeas data al existir elementos inherentes a la justicia ordinaria. Cada una de estas líneas del análisis jurisprudencial amerita un desarrollo específico, especialmente aquellos que abordan el tratamiento de datos personales, pues la referida sentencia es anterior a la vigencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de Ecuador. Sin embargo, el alcance del presente trabajo se limita al análisis del elemento del consentimiento del emisor de imágenes íntimas o de contenido sexual, así como, a la determinación de cuando el tratamiento de datos excede la esfera personal o doméstica y los derechos vulnerados al existir un tratamiento de datos personales sin consentimiento del titular.

La Corte Constitucional seleccionó el caso que motivó la sentencia 2064-14-EP/21 por razones de novedad y relevancia, considerando que la Corte podía desarrollar el marco de protección y objeto de la garantía jurisdiccional de hábeas data, enfocado en el derecho a la imagen en un contexto actual relacionado a la creación y desarrollo del Internet, así como las nuevas tecnologías. Esto implica un nuevo horizonte para el tratamiento de la información personal, el cual a su vez acarrea posibles afectaciones a derechos constitucionales. Es así como el objeto de análisis del hábeas data, tratado en la sentencia, supone la posibilidad de crear mecanismos de protección efectivos, con el fin de garantizar este derecho constitucional en la práctica, ya que esta garantía jurisdiccional ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia ecuatoriana (Sentencia No. 2064-14-EP/21, págs. 17, párrafo 67).

La sentencia 2064-14-EP/21 se dictó con efectos inter-partes, al establecer que la sentencia de base, del 13 de octubre de 2014, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha transgredió el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso en la garantía de motivación; en consecuencia, se aceptó la acción extraordi-

naria de protección planteada y se dejó sin efecto la sentencia impugnada. Así también y en razón del análisis de mérito efectuado, se aceptó la demanda de acción de hábeas data y se declaró la vulneración de los derechos a la protección de datos de carácter personal y autodeterminación informativa, honra y buen nombre, intimidad e imagen de la accionante.

El presente trabajo aborda el tema del intercambio de imágenes íntimas, por medios electrónicos, a partir de los supuestos fácticos e interpretativos de la sentencia 2064-14-EP/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador el 27 de enero de 2021. Específicamente, el estudio pone a discusión el alcance del consentimiento dado por el titular de imágenes íntimas que son compartidas con un tercero, en el sentido de que tal autorización únicamente habilita al destinatario a visualizar el contenido, pero no a compartir ni a realizar ninguna actividad que implique tratamiento de datos personales. Y destaca el criterio de la Corte Constitucional de que la difusión no autorizada de imágenes íntimas, aún cuando hayan sido compartidas inicialmente por su titular, viola los derechos a la protección de datos de carácter personal y autodeterminación informativa, honra y buen nombre, intimidad e imagen del titular.

El análisis evidencia la importancia del consentimiento, cuando un dato atraviesa la esfera del uso doméstico, así como los derechos constitucionales vulnerados al existir el acceso, intercambio, divulgación, publicación o tratamiento de datos personales sin autorización del titular y la posibilidad de revocar dicha autorización en caso de que haya sido otorgada. Finalmente, se resalta que no se pretende incluir el estudio de orden penal respecto del delito de sexting o delitos afines contemplados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

EL INTERCAMBIO DE IMÁGENES ÍNTIMAS (*SEXTING*)

La violencia de género puede entenderse como todo acto de violencia sexista que tiene como resultado, real o posible, un daño psicológico, físico o sexual; el cual incluye coerción, amenazas o privación arbitraria de libertad. Por lo tanto, se trata de la coerción de la persona para viciar su voluntad y obligarla a realizar un acto determinado (Expósito, 2011). La violencia puede adoptar varias formas: física, psicológica, verbal, económica, social, sexual, etc. Y puede presentarse en distintos medios: en un entorno físico o en entornos digitales.

Una forma relevante de violencia de género digital es la violencia sexual digital, la cual ha sido definida por la Ley Orgánica Reformatoria del Código

Orgánico Integral Penal Para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos como; “toda acción que involucre la vulneración o la restricción del derecho a la intimidad, efectuada en contra de mujeres en el entorno digital, a través de tecnologías de la comunicación e información, mediante el uso de imágenes o videos con contenido íntimo o personal, que contenga semidesnudos, desnudos o actos sexuales” (2021).

El fenómeno del *sexting* es un neologismo compuesto por *sex* (sexo) y *texting* (textos). El primer término se refiere al sexo o a la expresividad de la sexualidad, de tal manera que las personas usan la práctica del *sexting* para responder a sus necesidades de expresividad y desarrollo sexual. El segundo término hace referencia al acto de enviar textos o fotografías. Dicha práctica se basa en la publicación de imágenes de connotación erótica o sexual, por medio de tecnologías de la información y comunicación. En este sentido, se considera como *sexting* todo intercambio de archivos, enviados o recibidos, de contenido sexual, compartidos a través de chats personales, correos privados u otros medios (Peris, 2018). Ante todo, es una expresión de la sexualidad, por medio de conversaciones personales, a través de medios digitales, con contenido sexualmente sugestivo ya sea en forma de texto, imagen, video, entre otros (Mercado Cinthia, et. al, 2016). También, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 456-20-JP/21, del 10 de noviembre de 2021, reafirma que el *sexting* es una nueva forma de comunicación íntima, que se basa en el intercambio de mensajes, imágenes o videos sexuales, por medio de tecnologías de la comunicación e información (Sentencia 456-20-JP/21, 2021).

En la comprensión del *sexting* destacan algunas de sus características: 1) la existencia de voluntad por parte de los intervinientes para generar el contenido e intercambiarlo; 2) el carácter sexual del contenido; 3) el uso de dispositivos electrónicos-tecnológicos para realizar las actividades involucradas. Sin embargo, el elemento del consentimiento no se encuentra presente en todos los casos de la recepción o divulgación de imágenes (Mejía, 2014). Por tanto, en la descripción de este nuevo fenómeno existen factores de delimitación como son: 1) El origen de la imagen o video, el cual puede ser de producción propia o de un tercero, pero con consentimiento del protagonista; 2) El contenido de la imagen o video, el cual es una imagen íntima o sexual; 3) La identificabilidad, siendo la posibilidad que existe de identificar al protagonista; 4) La edad del protagonista, siendo un reto el determinar la edad del protagonista en casos de anonimato (Mora, 2021).

El *sexting*, sin la existencia de consentimiento, implica una forma de violencia sexual digital, que supone varios riesgos, como la pérdida de privacidad, en razón de que el contenido sexual que una persona crea y envía a otra puede transmitirse y acabar en manos de un tercero, pues existe la posibilidad de la pérdida de control sobre la difusión de dicho contenido. Esta pérdida de privacidad que conlleva el *sexting*, genera otro tipo de conductas como el *grooming*, *ciberbullying* o la extorsión; lo que sin duda genera una afectación física y psicológica de la víctima.

ANÁLISIS DEL CONTENIDO FÁCTICO E INTERPRETATIVO DE LA SENTENCIA 2064-14-EP/21

Hechos del caso

En el caso No. 0635-14, el 19 de agosto de 2014, la accionante interpuso ante el Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Quito, una acción de hábeas data¹, a fin de determinar el modo en que la demandada obtuvo fotografías personales e íntimas suyas, la fecha de adquisición, uso, difusión y tecnología utilizada para su acceso y almacenamiento. La actora solicitó la eliminación inmediata de las fotografías del soporte informático o material donde se encuentren, la reparación integral de sus derechos² y medidas cautelares para prohibir la

- 1 La sentencia No. 182-15-SEP-CC con fecha 03 de junio de 2015 de la Corte Constitucional del Ecuador definió la acción de hábeas data, como; “La acción de hábeas data es la garantía constitucional que le permite a la persona natural o jurídica, acceder a la información que sobre sí misma reposa en un registro o banco de datos de carácter público o privado, a fin de conocer el contenido de la misma y de ser el caso, exigir su actualización, rectificación, eliminación o anulación cuando aquella información le causa algún tipo de perjuicio a efectos de salvaguardar su derecho a la intimidad personal y familiar” (Sentencia No. 182-15-SEP-CC, 2015). En concordancia, el artículo 49 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que el objeto de la garantía del Hábeas Data es “garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos” (Asamblea Nacional, 2009).
- 2 El ultimo inciso del artículo 49 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que el concepto de reparación integral, tratándose de la garantía jurisdiccional del Hábeas Data, incluirá todas las obligaciones materiales e inmateriales que el juez determine para hacer efectiva dicha reparación (Asamblea Nacional, 2009).

difusión o reproducción de dichas fotografías por cualquier medio. La jueza del caso, el 26 de agosto de 2014, aceptó la acción planteada por la actora y dispuso la eliminación total e inmediata de las fotografías de cualquier soporte informático y/o material en el que se encuentren. El 27 de agosto de 2014, la actora presentó una solicitud de ampliación de la sentencia, específicamente sobre la reparación integral por el daño material e inmaterial sufrido. El 1 de septiembre de 2014, la jueza resolvió negar el recurso planteado debido a que “la esencia del recurso de hábeas data era lograr la eliminación de las fotografías que le pertenecían a la accionante, lo cual así se ha resuelto en el proceso” (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 2,3, párrafos 1,2).

El 1 de septiembre de 2014, la actora apeló la sentencia referida, en la parte en la que se niega la reparación, correspondiéndole sustanciar el recurso de apelación a la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. El Tribunal dictó sentencia el 13 de octubre de 2014, desechando el recurso de apelación y revocando la sentencia de primera instancia, declarando sin lugar la acción de hábeas data, esto en razón de que: “la accionante es la poseedora de la información que se reclama y es quien libremente la puso en circulación al enviarla a un tercero (...) no se advierte que las fotografías hayan sido sustraídas ni que estas hayan sido publicadas (...) por lo tanto, este Tribunal considera que no se ha violado derecho alguno de la accionante que justifique la reparación integral material o inmaterial, siendo improcedente la petición realizada por la recurrente”. El 16 de octubre de 2014, la actora presentó un recurso de aclaración y ampliación de la sentencia de segundo nivel, el cual fue negado. Finalmente, el 2 de diciembre de 2014, la procuradora judicial de la accionante presentó la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de segundo nivel, que fue admitida por la Corte Constitucional el 28 de enero de 2015 (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 3, párrafos 3-6).

Aspectos abordados en la Sentencia

a. El consentimiento

Uno de los aspectos centrales de análisis de este trabajo es el concepto del consentimiento, el que es desarrollado en la sentencia 2064-14-EP/21 con especial relevancia, pero asociado al tema de la protección de datos personales,

pese a que a la fecha de emisión de la sentencia en el Ecuador aún no contaba con una ley específica en materia de protección de datos personales³. En este sentido, el consentimiento es la forma por la cual se manifiesta la aceptación o el rechazo del uso de los datos personales del individuo y debe cumplir ciertas características, entre ellas: debe ser libre, específico, informado y no tener ambigüedades, para con ello evitar asimetrías de información (Frigeiro, 2018).

El consentimiento libre hace referencia a que el titular de los datos debe otorgar el consentimiento de forma voluntaria sin la aplicación de algún tipo de coerción. El consentimiento específico establece que la aceptación del uso de los datos debe tener un fin concreto. El consentimiento informado manifiesta que el titular tiene que estar consciente de los hechos que se derivan de la autorización de sus datos como es; su control y autodeterminación. Finalmente, el consentimiento inequívoco en el cual se determina que no debe existir duda alguna sobre la voluntad del titular de aceptar el tratamiento de sus datos (Frigeiro, 2018). Entonces, el derecho a consentir sobre el conocimiento y tratamiento de los datos personales requiere, de forma indispensable, la posibilidad de saber quién dispone de esos datos, el uso al que se los está sometiendo y la forma en la que la operación del tratamiento se realiza, así como el tener el poder de oponerse a esa posesión y tratamiento (García A., 2007).

El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea ha determinado que el consentimiento debe darse por medio de un acto afirmativo claro, que incluya una manifestación de voluntad libre, informada, específica e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos personales que le pertenecen, ya sea una declaración por escrito, por medios electrónicos o de manera verbal (Comisión Europea, 2016). La actual Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de Ecuador define cuatro elementos del consentimiento como base legitimadora del tratamiento de datos personales, al establecer que la voluntad debe ser: libre, específica, informada e inequívoca (Asamblea Nacional, 2021).

En la línea de los estándares internacionales en protección de datos personales, la Corte Constitucional considera que todo tipo de tratamiento de datos personales requiere del consentimiento inequívoco y expreso del titular

3 La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales entró en vigencia mediante su publicación en el Registro Oficial Suplemento 459 del 26 de mayo de 2021.

o el mandato de la ley, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 19 y este consentimiento no puede suponer una renuncia de derechos. En la sentencia 2064-14-EP/21 se señala que la manifestación de voluntad debe ser libre, es decir, que no se encuentre sujeta a ningún vicio del consentimiento; específica, pues debe existir claridad respecto del tipo de tratamiento y el dato personal que autoriza el titular; informada, lo que implica conocer detalladamente el uso que se le va a dar al dato personal; acorde a la finalidad que busca el tercero mediante su uso, lo que configura el aspecto de que sea inequívoco; y clara por lo que la manifestación de voluntad no debe ser ambigua, es decir, no debe dejar dudas acerca del consentimiento y sus fines.

La autorización incluye el consentimiento informado, no solo sobre el uso de la propia imagen, sino también sobre su finalidad, es así que se considera contrario a los derechos fundamentales de la persona el uso de su imagen y la finalidad de uso que no corresponda a lo que fue objeto de autorización. Así, a criterio de la Corte Constitucional, quien hace uso de un dato personal le corresponde demostrar la existencia de consentimiento del titular.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que la autorización que concede el titular del dato personal no puede entenderse como una renuncia al derecho fundamental. Por lo cual, cuando una persona haya otorgado su autorización con consentimiento, el juez tiene el deber constitucional de analizar el contexto en el que se dio la autorización, para determinar si a pesar de la existencia de dicho consentimiento, se verifica una vulneración de derechos (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 29, párrafo 106).

Al ser el consentimiento el núcleo fundamental para el tratamiento de los datos personales no es un factor permanente, sino que puede ser revocado cuando el titular de los datos lo desee, ya sea por un cambio de circunstancias o simplemente de opiniones. El consentimiento con los elementos que lo definen, garantiza que la persona conozca el para qué, el cómo y el quién realiza el tratamiento de su información, otorgándole seguridad respecto a su información personal en el ámbito digital, precautelando la garantía de sus derechos.

El consentimiento es la línea que delimita el intercambio de imágenes íntimas basado en el conocimiento pleno de sus implicaciones, tanto del emisor como del destinatario, y por tanto existe un riesgo menor de afectación a los

derechos; y la acción realizada sin consentimiento, que implica una prohibición de realizar cualquier tratamiento de datos como acceder, publicar o difundir las imágenes íntimas de una persona. Evidentemente el tratamiento de imágenes íntimas, sin la existencia de autorización, además de vulnerar derechos conlleva profundos problemas personales, físicos y psicológicos al individuo, afectándolo tanto en su entorno interno como externo.

En este sentido, se entiende al consentimiento como una herramienta que protege al titular de datos personales frente a su uso no autorizado. Es así, que el derecho debe responder a la problemática del uso de información por parte de terceros sin el consentimiento de la persona a la que le pertenecen los datos, resaltando la importancia del caso que motivó la sentencia 2064-14-EP/21, ya que al tratarse del intercambio de imágenes de contenido íntimo y al ser difundidas o tratadas sin consentimiento u autorización del titular, se causó una afectación directa hacia la accionante y con ello, la vulneración de derechos constitucionales.

b. Tratamiento de datos en la esfera exclusivamente personal o doméstica y sus efectos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido que el derecho a la privacidad comprende no únicamente una esfera doméstica, conformada por su círculo familiar y de amistad, sino también otros aspectos de la personalidad, como la imagen y la integridad corporal, por lo que ninguna persona puede interferir en la vida privada de otra, ni violar áreas de actividad no destinadas a ser difundidas sin el consentimiento del titular (Maldonado, 2014).

El artículo 2, literal c, del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea claramente señala que la norma no se aplica al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. En este sentido se precisa que para tener esta exención no debe tratarse únicamente de una actividad de carácter personal o doméstico, sino que debe necesariamente ser realizada por una persona natural (Comisión Europea, 2016).

Con respecto a esto, la Corte Constitucional en la sentencia 2064-14-EP/21 establece que la exhibición de fotografías íntimas por parte de la de-

mandada, sin consentimiento de la actora y con la intención de causar daño, constituye un hecho que no se circunscribe a una esfera exclusivamente familiar o personal, en razón de sus efectos; provocando daños a la reputación de la titular. La Corte explica que la excepción de la esfera personal o doméstica debe ser interpretada de tal manera que se contemplen las actividades que se encuentran en el marco de la vida privada o familiar de los particulares. No obstante, en relación con el caso analizado, al tratarse de la difusión de datos por Internet, que permite que estos datos sean accesibles a un grupo indeterminado de personas, se excede la esfera doméstica. Por esta razón, para determinar cuándo el tratamiento de datos se encuentra en una esfera exclusivamente personal o doméstica y cuándo rebasa esta esfera, se debe realizar un análisis de manera casuística, considerando las circunstancias particulares de cada caso, como: la actividad realizada, el espacio en el que se efectúa y si se encuentra en la esfera exenta personal o doméstica (Sentencia No. 2064-14-EP/21, págs. 25-26, párrafo 96).

La Corte desarrolla ejemplos para facilitar la comprensión de esta esfera, entre ellos: la acción de una persona al subir una fotografía de ella con su familia a una red social privada, a la cual ciertas personas de su confianza pueden acceder a dicha imagen. En este contexto, dicha acción se enmarca en un ámbito exclusivamente personal, debido a que el espacio de interacción se asemeja a uno privado o doméstico. Pero este contexto cambiaría y saldría de la esfera exenta, si la red social a la que se sube la imagen se encontrara configurada en modo público y estuviera abierta al acceso de cualquier usuario (Sentencia No. 2064-14-EP/21, págs. 26, párrafo 98).

El concepto personal o doméstico no debe limitarse solo a una cuestión familiar, ya que puede suceder que dentro de una familia se rebase la esfera exclusivamente doméstica, por los efectos provocados por el tratamiento, enfatizando en la necesidad de estudiar de forma casuística, ponderando los diferentes factores del caso y las consecuencias del uso de los datos, sin que exista una fórmula automática que tenga un resultado único (Sentencia No. 2064-14-EP/21, págs. 26, párrafo 99).

Por otro lado, la finalidad con la que se efectúa el tratamiento de datos y la posibilidad de causar efectos fuera de la esfera doméstica, son elementos determinantes que permiten instituir si un caso se encuentra dentro de esta esfera o no. Entonces, al analizar la finalidad con la que se ejecutó el tratamiento de datos

y los efectos que ha podido efectuarse, es de suma importancia considerar si estos efectos se circunscriben a un marco de vida privada o familiar de los individuos. Con respecto al uso de Internet, en un inicio se podría determinar que este no forma parte de una esfera doméstica, no obstante, no se puede partir de esta idea de manera inmediata, ya que actualmente el Internet es una herramienta esencial en la vida de las personas, siendo un espacio virtual en el cual se puede interactuar de distintas maneras y, por lo tanto, producir diferentes efectos.

El tratamiento de datos fuera de la esfera personal o doméstica es considerado lícito, en cuanto se verifique el consentimiento del titular; sin embargo, existen casos de excepción al consentimiento, como es el caso del tratamiento de datos en el marco contractual. En el caso que aborda la sentencia 2064-14-EP/21 se estableció que la demandada excedió la esfera exclusivamente doméstica, al divulgar las imágenes íntimas a los padres de la actora sin su autorización, así como al almacenar dichas imágenes en un “*flash memory*”, comprobándose de tal forma la existencia de un tratamiento de datos.

c. Los derechos vulnerados

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Para abordar este punto es necesario reiterar que, a la fecha de emisión de la sentencia 2064-14-EP/21, no se encontraba vigente la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, por lo que la Corte Constitucional desarrolla la argumentación de vulneración de los derechos a la protección de datos y autodeterminación informativa, con base en jurisprudencia comparada y a partir del marco constitucional, esto es el numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la protección de datos personales que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. Para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información se requiere de la autorización del titular o el mandato de la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En consonancia, en el artículo 92 de la Constitución se establece la garantía jurisdiccional del Hábeas Data, como garantía constitucional del referido derecho a la protección de datos y otros derechos conexos, en los siguientes términos:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La norma constitucional establece como requisito para el tratamiento de datos la autorización previa del titular y garantiza que toda persona posea el control de sus datos, pues la real preocupación de las personas no es la recopilación de sus datos personales, sino la imposibilidad de controlar el uso que se hace de la información (Ekmekdjian, 1998). En este sentido la protección de datos personales tiene el fin de brindarle seguridad al titular sobre sus datos personales, teniendo la información completa sobre su uso y destino.

Los datos personales son los que cuentan con suficiente fuerza individualizadora que puede ser capaz de revelar aspectos relevantes vinculados con el ámbito cerrado de una persona determinada. Con ello se manifiesta que el derecho a la protección de datos tiene naturaleza de un derecho genérico, compuesta por un grupo de derechos específicos, de los que recibe su contenido, entre ellos: el derecho a acceder, el derecho a conocer y el derecho a rectificar (Ekmekdjian, 1998).

La protección de datos personales se manifiesta como; la protección jurídica de las personas en relación con el tratamiento de sus datos de carácter personal, incluyendo el amparo frente al posible uso por terceros sin su consentimiento o autorización. Es así como este derecho engloba tres características: 1) Que los datos sean susceptibles de tratamiento; 2) que exista la posibilidad de identificar el resultado del tratamiento de los datos con su

titular; y, 3) que el acceso y uso de los datos se efectúen sin el consentimiento del titular (Ortiz, 2005).

Los datos de carácter personal son definidos como el conjunto de conocimientos sobre una persona física, identificada o identificable, que han sido representados para su tratamiento informático. Los datos personales, incluyendo los datos íntimos, los que se refieren a aspectos más próximos, secretos o sensibles de la vida de una persona se encuentran en el ámbito de protección del derecho a la autodeterminación informativa (Domínguez, 2004). El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 292/2000, determina que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce únicamente a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, cuyo conocimiento o uso por parte de terceros pueda afectar a sus derechos (Sentencia No. 292/2000, 2000)(Contreras, 2020).

La Corte Constitucional en la sentencia 2064-14-EP/21 determina que la fotografía de una persona constituye un dato personal porque identifica al individuo o lo hace identificable en razón de sus características. Además, reafirma que el derecho a la protección de datos de carácter personal es considerado un derecho constitucional en sí mismo, por lo que su vigencia no depende de que confluayan otros derechos de carácter constitucional; es en este sentido que puede ser directamente exigido por medio de la acción de hábeas data. (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 53, párrafo 184). Además, con relación al caso se establece que la demandada vulneró el derecho a la protección de datos personales y autodeterminación informativa al realizar un tratamiento no autorizado de los datos de la actora.

DERECHO A LA IMAGEN

En el artículo 66, numeral 18, de la Constitución de la República del Ecuador consta el reconocimiento y garantía del derecho al honor y al buen nombre, debiendo la ley proteger la imagen y la voz de la persona (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La imagen propia es el aspecto particular que una persona tiene y que la individualiza del resto. El derecho a la propia imagen habilita a que cada individuo capte, publique o difunda su imagen propia de la forma, el medio y el momento en la que lo desee; al tiempo de impedir la obtención, así como la

divulgación de su imagen por parte de terceros, sin su consentimiento. Por ello, el Tribunal Constitucional Español ha determinado que el derecho a la imagen se encuentra compuesto de dos facultades esenciales: 1. la facultad de decidir qué tipo de información gráfica formada por sus rasgos físicos puede ser difundida públicamente, ya sean videos o fotografías; y, 2. la capacidad para impedir la reproducción, captación o publicación de la propia imagen por parte de cualquier tercero no autorizado (Sentencia No. 27/2020, 2020) (Carvajal, 2020).

El derecho a la propia imagen garantiza un ámbito de libertad acerca de los atributos más característicos del individuo, aquellos que lo identifican, como es la imagen física y otros. También, este derecho resguarda el poder de decisión sobre los fines a los que se destina dicha imagen, incluyendo la captación, publicación, reproducción y divulgación de la imagen de forma reconocible y visible. Para cualquier uso de la imagen se debe asegurar el consentimiento expreso de su titular (Alcalá, 2007). Este derecho se encuentra conectado de forma directa con el concepto de dignidad humana, así como el derecho a la honra y la protección de la vida privada.

En este sentido la protección de la imagen personal se extiende a las fotografías que reflejan la apariencia física de una persona, volviéndola reconocible; se busca proteger el poder de decisión del sujeto referente a hacer públicos sus rasgos físicos. Debido a esto toda información gráfica, que incluya los rasgos físicos de una persona, está bajo la protección del derecho constitucional a la imagen, ya sea que la fotografía o video pertenezca o no a la esfera más íntima del sujeto (Carvajal, 2020) (Sentencia No. 2064-14-EP/21, págs. 58,59, párrafo 204).

Con base en lo expuesto, la Corte define el derecho a la imagen como un derecho constitucional imprescriptible, irrenunciable, inalienable y autónomo respecto del derecho a los datos personales, a la intimidad, honra y buen nombre. Este derecho nace de la dignidad humana y de la libertad del individuo frente al manejo de su propia imagen, incluyendo sus rasgos físicos materializados de forma gráfica a través de video o fotografía, en donde está implícita la facultad de la persona de disponer sobre estas, ejerciendo su libre desarrollo de la personalidad. Con ello se resalta que la autorización por parte del sujeto no conlleva a la renuncia del derecho en sí mismo (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 59, párrafo 205).

La autorización otorgada por el titular de la imagen, tiene su límite constitucional en el respeto de los derechos humanos, es así que el juez al analizar una posible transgresión a este derecho, no puede desechar los cargos argumentando la autorización de la difusión, publicación de la imagen o video que la haga identificable; por el contrario, la Corte Constitucional ecuatoriana ha seguido los pasos de la Corte Constitucional colombiana, ya que determina que el juzgador debe analizar el contexto en el que otorgó la autorización e indicar si ha existido una vulneración a un derecho fundamental, causado por el tratamiento otorgado a la imagen del titular, incluso si esta cuenta con autorización (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 59, párrafo 206).

Al ser este derecho una manifestación del libre desarrollo de la personalidad como ya se ha indicado, se establece que el espacio en el que se haya otorgado su autorización puede transformarse para el titular, por lo que dicha autorización puede ser revocada en virtud de este cambio (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 59, párrafo 207). Sin embargo, la Corte identifica escenarios en los cuales se encuentra justificado el limitar o condicionar el marco de protección del derecho a la imagen, entre ellos: a) el consentimiento expreso y completo del titular, el cual sea otorgado con el objetivo de que un tercero pueda usar su contenido gráfico con distintos propósitos; b) cuando exista la colisión con otros derechos o principios constitucionales; c) por disposiciones legales que se encuentren relacionadas a situaciones de orden o de interés público; d) por orden de autoridad judicial competente.

Todas las personas aspiran tener una buena imagen ante la sociedad, o al menos ante ellos mismos, debido a que la imagen es la forma en la que una persona se percibe y lo exterioriza al mundo, la cual debe ser protegida ante vulneraciones que la afecten, ya que esto conlleva una afectación no solo a este derecho como tal, sino al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana; derechos amparados por la Constitución y por la normativa de derechos humanos. Y, en la sociedad actual el derecho a la imagen “forma parte de una nueva hilera de derechos subjetivos que se han consolidado con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, en virtud de lo cual las personas no solo se nutren de contenidos e información, sino que ahora también se han vuelto protagonista de ella, de esta manera construyen una imagen propia proyectada en el universo virtual, la que debe ser objeto de protección en el ordenamiento jurídico por las características que incluye” (Tapia, 2017).

Con relación al caso que aborda la sentencia 2064-14-EP/21, se aclara que para que el derecho a la imagen pueda ser objeto de estudio de la garantía de hábeas data, debe verificarse que se esté disputando el dato gráfico, que incluye los rasgos físicos que hacen identificable a la persona, en relación al uso realizado por un tercero, sin que el consentimiento establezca necesariamente que no exista una vulneración de este derecho (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 61, párrafo 213). Es así, que la Corte Constitucional concluye que al exhibir fotografías de la parte actora la demandada vulneró el derecho constitucional de disponer sobre sus rasgos físicos y manejar su propia imagen.

DERECHO A LA HONRA Y BUEN NOMBRE

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 66, numeral 18, reconoce y garantiza a las personas el derecho al honor y al buen nombre (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce, en su artículo 11, la protección de la honra y de la dignidad; y, en el numeral 1, establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (Organización de los Estados Americanos, 1969). Se trata, pues, de un derecho fundamental que busca proteger el valor intrínseco de la persona frente a la sociedad y con ello evitar todo acto difamatorio que afecte la apreciación que los demás tengan de una persona (Orellana, 2011).

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que la honra es la apreciación que la colectividad tiene de una persona, como concepto objetivo (Sentencia C-063-1994, 1994). Por su parte, la Corte Suprema de Chile considera que el derecho a la honra tiene dos alcances: 1. Subjetivo, que se refiere a la estimación propia o interna; y, 2. Objetivo, referido a la apreciación de terceros. Siendo relevante para el Derecho el segundo punto de vista (Sentencia, rol No. 8140-2009, 2010).

Varias personas confunden a la honra con el honor, sin embargo, estos tienen acepciones distintas; la palabra honor proviene del latín *honos/honoris* que significa dignidad, fama, decencia, respeto, entre otras cualidades que puede poseer una persona, independiente de la opinión externa. Cabanellas indica que la honra es un vocablo con varias acepciones, como el respeto de la dignidad propia, así como la estima, siendo el reconocimiento social del honor y con ello de su dignidad (Torres, 2003) (Muñoz, 2020) (Plazas, 2023).

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-229/19 del 27 de mayo de 2019, ha establecido que el buen nombre alude al concepto que los miembros de la sociedad tienen de la persona respecto a su decoro, comportamiento, honestidad, condiciones humanas y profesionales; el que representa un factor indispensable de la dignidad que se le debe reconocer a cada individuo, así como su reputación. El derecho al buen nombre lo adquieren los individuos a través del tiempo y mediante las conductas que este realice en su entorno, siendo la sociedad que lo rodea los encargados de realizar juicios de valor sobre lo actuado por las demás personas. La protección de este derecho está determinada por el comportamiento del individuo frente a la comunidad que califica la conducta como íntegra o no y proyecta una buena imagen que debe ser respetada por los demás (López, 2019).

El nombre según lo indica Albaladejo es el conjunto de palabras que designan a cada persona y la individualizan frente a las demás (García A., 1985) (Pérez, 2015). Gutiérrez lo conceptualiza como un derecho esencial de la persona, siendo un atributo básico inherente a la persona, que permite su individualización, identificación y designación; así como un factor indispensable para el desarrollo de la personalidad en la esfera privada y social (Gutierrez, 2003) (Pérez, 2015).

En la sentencia 2064-14-EP/21, se establece la idoneidad del hábeas data para la defensa del honor de las personas, al ser un derecho que cuenta con dos dimensiones: a) una dimensión interna-subjetiva, que corresponde a la autoestima o la honra del individuo; y, b) una dimensión externa-objetiva referente a la reputación y el buen nombre de la persona. Además, a efectos de la garantía jurisdiccional mencionada, se indica que son objeto de esta únicamente las ofensas relevantes vinculadas de forma directa al tratamiento de datos personales (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 56, párrafo 196).

En esta línea, la Corte refiere a la sentencia No. 282-13-JP/19 en la que estableció que el derecho a la honra y buen nombre es inherente a la dignidad humana y que pertenece de manera exclusiva a los individuos y colectivos; y, a la sentencia No. 048-13-SEP-CC en la que se señaló que el derecho al honor se refiere a la pérdida de autoestima como un efecto de la pérdida de reputación (Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019) (Sentencia No. 048-13-SEP-CC, 31).

El derecho a la honra y el buen nombre es un derecho constitucional que se compromete cuando se trata del intercambio de imágenes íntimas, ya que,

al difundirlas sin autorización del titular, se lesiona directamente los valores protegidos por los derechos referidos; se afecta la reputación del individuo y la concepción que la sociedad tiene de este, lesionando sus relaciones laborales, sociales y familiares; y, en definitiva, se degrada su dignidad. Este tipo de daños afectan en mayor medida el aspecto psicológico del titular de los datos expuestos, creando un ambiente de desconfianza y desprotección en su entorno. Por otro lado, además de ser derechos; tanto el buen nombre como la honra son valores que adquiere una persona por su comportamiento en la sociedad y al existir un menoscabo son difíciles de restablecer.

Como se expuso, el buen nombre es un derecho que permite individualizar a una persona, complementándose con el derecho a la honra, que garantiza la protección al buen nombre y a otros derechos como la imagen o la protección de datos personales, y con ello se busca proteger la reputación del individuo ante la sociedad. La garantía de estos derechos conecta con la acción de hábeas data. En la sentencia 2064-14-EP/21, la Corte establece que existe una relación de causalidad entre el tratamiento de datos, por el hecho de exhibir las fotografías a los padres de la titular, y la afectación causada por la pérdida de reputación, el menoscabo de la autoestima del titular y la degradación de sus relaciones externas.

DERECHO A LA INTIMIDAD

La Constitución de la República consagra en el artículo 66, numeral 20, como un derecho de libertad, el derecho a la intimidad personal y familiar, del que se desprendió como derecho autónomo el derecho a la protección de datos personales reconocido constitucionalmente, por primera vez, en la vigente Carta Magna.

El derecho a la intimidad o *privacy* surge en la historia angloamericana, a partir del denominado "*the right to be let alone*", esto es el derecho a ser dejado solo, en la sociedad de su espíritu; frase acuñada por el juez Thomas M. Cooley en 1879, que busca garantizar la protección legal de la persona al determinar que el sujeto es el único que puede decidir qué es lo que se puede publicar sobre él mismo (Ekmekdjian, 1998). La intimidad tiene una naturaleza volátil que reacciona a uno de los mayores impulsos del cambio social, la tecnología. Así, con el avance de tecnología y las facilidades que brinda Internet

se puede acceder a la información de una persona de manera inmediata, por lo que la intimidad de una persona se puede invadir tan solo con un *click*.

La intimidad se centra en el poder conferido a una persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo y que le permite excluir de la intromisión por parte de terceros (Ortiz, 2005). En este orden de ideas, se identifica a la esfera íntima como “el ámbito personal donde cada uno, preservando el mundo exterior, encuentra posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad” (Fernández, 1982).

La intimidad es un valor fundamental de la existencia misma del hombre, siendo uno de sus bienes básicos, proyectándose en la existencia colectiva como un derecho natural; en este sentido, el ordenamiento jurídico debe garantizar la protección contra cualquier vulneración por parte de las demás personas de la sociedad (Giménez, 1969).

El derecho a la intimidad se subdivide en una intimidad física y en una intimidad informativa, que comprende el derecho a determinar cómo y en qué medida se puede comunicar a terceros información sobre uno mismo. Cuando convergen la intimidad y el mundo virtual “el derecho a la intimidad informática es considerado una extensión del derecho a la intimidad, con asentamiento en el derecho a la intimidad personal y familiar, con contenidos en el derecho al honor y a la propia imagen” (Delgado, 2003).

La Corte Constitucional colombiana ha establecido como el núcleo del derecho a la intimidad, la existencia y goce de un ámbito reservado para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, otorgándole a la persona el desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. Además, identifica dos dimensiones en las que se puede proyectar el derecho a la intimidad: el primero como secreto, que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados; el segundo como libertad acerca del derecho de toda persona de tomar las decisiones que conciernen a la esfera de la vida privada del sujeto (Sentencia C-881/14, 2012).

La intimidad del individuo le permite desenvolverse libremente en su propio entorno, ya que puede expresar su verdadera esencia sin el miedo a ser expuesto o juzgado. En este sentido las imágenes de contenido íntimo forman parte de la intimidad de la persona que las genera y deben ser protegidas de la intromisión de terceros que puedan afectarla. Esto afecta al libre desarrollo

de la personalidad, así como la confianza y autoestima de la persona. Al no garantizar este derecho se crea un ambiente de inseguridad para el sujeto dentro de su círculo interno.

En la sentencia 2064-14-EP/21, la Corte determinó que, en el uso no autorizado de las fotografías íntimas de la accionante, se genera una violación del derecho a la intimidad, en la medida de que se trata de una divulgación de hechos privados o información no susceptible de ser compartida, al formar parte del círculo íntimo de cada individuo.

Alcance de la decisión

En la sentencia 2064-14-EP/21, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió cuestiones fundamentales con efectos *inter partes* y con efectos generales. De forma relevante para las partes intervinientes en la *litis* dispuso:

- a. La prohibición absoluta de cualquier tratamiento de las fotografías que fueron materia de la controversia, como garantía de no repetición y de la reparación integral.
- b. La prohibición de otorgar copias por parte de la Notaria donde la demanda realizó una declaración juramentada, para con ello garantizar el derecho a la intimidad de las partes y asegurar la protección de la identidad de la actora en el proceso. Esto a pesar de lo establecido en el artículo 40 de la Ley Notarial, que indica que, cualquier persona puede solicitar una copia de documentos protocolizados, en la que se puede identificar a las partes.
- c. La obligación del juzgado de origen de adoptar las medidas necesarias para proteger el expediente físico y evitar su difusión, garantizando la protección de las partes procesales y evitando su revictimización.

Con efectos generales, la Corte Constitucional dispuso que:

- a. Cuando se trate de temas referentes a datos personales pertenecientes a la esfera más íntima de la persona, cuya publicidad pueda afectar los derechos constitucionales del titular, los juzgadores deben ordenar de forma inmediata que no se publique información del proceso en ningún portal web ni se permita el acceso físico al mismo, con excepción de las partes procesales.

- b. A pesar de la existencia del principio de publicidad, los datos personales que puedan volver identificable a una persona como son: su nombre, dirección o imágenes que muestren su rostro o una característica que pueda individualizarla, no pueden ser expuestos libremente, sino que se crea un campo de protección para sus titulares. Esto debido a que su divulgación puede causar graves afectaciones a la vida del individuo, en gran parte irreparables, como la afectación a la forma en la que la persona se auto percibe, en sus relaciones sociales y laborales o en el libre desarrollo de su personalidad y con ello dar paso a la vulneración de varios de sus derechos constitucionales.
- c. A fin de garantizar la protección de los derechos de los ecuatorianos se dispuso que el Consejo de la Judicatura remita, mediante oficio, la Sentencia 2064-14-EP/21 a todos los jueces con competencia en garantías jurisdiccionales, para que los lineamientos tratados en dicha sentencia sean considerados en el análisis de casos relacionados con la protección de datos. Así también, se dispuso que el Consejo de la Judicatura ejecute una capacitación dirigida a jueces que resuelven acciones de hábeas data, con el fin de tutelar el derecho a la protección de datos personales, a la imagen, al honor y buen nombre e intimidad.

Es importante señalar que los derechos que se busca precautelar al evitar la difusión de información del proceso judicial en el que el problema jurídico se centre en los datos personales de la persona, específicamente, en sus fotografías íntimas, son: honra y buen nombre, imagen, intimidad, protección de datos. Sin embargo, también se protege los derechos a la integridad sexual y el libre desarrollo de la personalidad, enfocado en la sexualidad, a fin de garantizar la dignidad humana de la persona, evitando su revictimización, respetando los aspectos de la vida privada de la persona y velando por la restitución de su derechos, así como la restauración de su condición de vida previa a la vulneración de derechos y afectaciones personales, permitiéndole retomar o de ser necesario, reconstruir su proyecto de vida.

CONCLUSIONES

La Corte Constitucional, en la sentencia 2064-14-EP/21, modificó el criterio de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha, en el sentido de

que la difusión de imágenes íntimas obedece a un acto inicial voluntario de compartir fotografías con contenido íntimo o sexual a un tercero, por medio de dispositivos electrónicos y establece que en la sentencia recurrida del 13 de octubre de 2014 que revocó la sentencia de primera instancia, la Sala indicó que “la accionante era la poseedora de la información que se reclamaba y quien libremente la puso en circulación al enviarla a un tercero (...) y no se indica que las fotografías hayan sido sustraídas ni publicadas y con ello se considera que no ha existido una violación de derechos” (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021, págs. 3, párrafo 4).

A pesar de lo establecido por la Corte Provincial en la sentencia recurrida, destaca el criterio de la Corte de que al compartir una fotografía íntima no se habilita para que un tercero pueda tratar las imágenes de otra persona sin su consentimiento. En el caso abordado en la sentencia 2064-14-EP/21 esto consistió en el archivo de las imágenes en una *flash memory* y posteriormente su exposición a los padres de la accionante. Debido a esto se vulneró el derecho a la intimidad de la accionante y otros derechos constitucionales.

Se destaca que el fenómeno del *sexting* no es un problema en sí mismo, sino como se ha expuesto, es una nueva forma de comunicación y de expresión de la sexualidad de las personas que surge y se desarrolla por los avances tecnológicos y el acceso a Internet que se ha facilitado por la globalización. El verdadero reto surge cuando existe un tratamiento de imágenes íntimas, las cuales fueron enviadas por su titular con autorización, sin embargo, no consiente una posterior difusión. Las imágenes son consideradas un dato personal, debido a que con estas se puede identificar al individuo que las genera, por lo que, si la difusión excede la esfera exclusivamente doméstica, el tratamiento está sometido al ámbito de protección de los datos personales y la autodeterminación informativa. En consecuencia, un tratamiento no autorizado, como sería la difusión, vulnera el derecho constitucional a la protección de datos personales, así como a los derechos a la intimidad, honra y buen nombre.

El consentimiento libre, voluntario, específico, informado e inequívoco, como base del tratamiento de datos personales, en especial del intercambio de imágenes íntimas, implica que se debe dar a conocer al titular toda la información necesaria que garantice que la decisión de autorizar o negar el tratamiento de sus datos se encuentre libre de vicios. La información relevante al tratarse del intercambio de imágenes íntimas implica determinar: quién

es la persona que las genera; quién o quiénes son los terceros receptores y qué personas tienen acceso a estas; el medio por el que fueron enviadas las imágenes; la posibilidad de identificar a la persona que genera la imagen; el fin de la imagen y la existencia de consentimiento previo.

Tratándose de la delimitación del alcance del consentimiento dado por el titular en el intercambio de imágenes íntimas, a criterio de la Corte Constitucional de Ecuador, únicamente, posibilita al tercero para recibir y visualizar, sin la posibilidad de realizar un tratamiento a dichas imágenes como publicarlas, difundirlas, etc.; a menos de que exista una autorización o consentimiento expreso que indique lo contrario. Sin embargo, el consentimiento previamente otorgado puede ser revocado por el titular en el momento en el que este lo desee, ya sea por un cambio de circunstancias u opiniones, debido a que la autorización otorgada para el tratamiento de sus datos no le quita el derecho a decidir respecto de cualquier uso que se haga de ellos.

La argumentación y decisión de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 2064-14-EP/21 tiene relevancia, pues contribuyó al desarrollo a la protección de datos personales como derecho genérico, así como a los derechos específicos que engloba, en un momento en el que no había una ley de protección de datos. En el ámbito de la jurisprudencia constitucional destaca la sentencia referida por abordar un tema específico como es la protección de los datos personales con relación al intercambio de imágenes íntima. Esta sentencia permitirá que los jueces garanticen los derechos consagrados en la Constitución en una realidad que presenta nuevos desafíos, como el uso intensivo de dispositivos electrónicos como medios de comunicación íntima y personal.

El derecho a la protección de datos con enfoque en el intercambio de imágenes íntimas es un tema nuevo en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, por ello la importancia de la sentencia 2064-14-EP/21 que sirve como una pauta para entender el alcance del consentimiento en relación con el *sexting* y sus efectos, así como el límite a la publicidad de la información procesal en relación a casos que impliquen datos personales relacionados al ámbito íntimo del titular, que puedan acarrear la vulneración de derechos y su re victimización en caso de exponerlos. Y determina que la garantía del derecho a la protección de los datos personales de un individuo que posibiliten su identificación, como es el caso de una fotografía, se efectiviza mediante la garantía jurisdiccional de hábeas data, siempre y cuando la afectación a la

reputación y derechos se relacionen de manera directa al tratamiento de los datos personales.

REFERENCIAS

- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (mayo de 2022). Diccionario de conceptos y términos de la Administración Electrónica. España: 8ª edición electrónica. Sentencia No. 182-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 03 de junio de 2015).
- Alcalá, H. N. (2007). *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO. FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*. Recuperado el 25 de mayo de 2023, de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200011&script=sci_arttext&tlng=pt
- Asamblea Nacional. (22 de octubre de 2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52.
- Asamblea Nacional. (26 de 05 de 2021). Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. *Registro Oficial Suplemento 459*. Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional de la República el Ecuador. (2021). Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra los delitos informáticos. Ecuador.
- Carvajal, J. I. (25 de 03 de 2020). *La protección del derecho fundamental a la propia imagen en las redes sociales y los límites a los usos realizados por terceros*. Obtenido de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14985-la-proteccion-del-derecho-fundamental-a-la-propia-imagen-en-las-redes-sociales-y-los-limites-a-los-usos-realizados-por-terceros/>
- Comisión Europea. (27 de abril de 2016). Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.
- Contreras, P. (2020). *El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena*. Recuperado el 25 de mayo de 2023, de SCIELO: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002020000200087&script=sci_arttext#fn12
- Defensoría del Público de la Nación Argentina. (2023). *Violencia en entornos digitales: CLAVES PARA EL ABORDAJE EN LOS MEDIOS*. Obtenido de <https://defensadelpublico.gov.ar/wp-content/uploads/2023/03/violencia-en-entornos-digitales-v3.pdf>
- Delgado, L. R. (2003). *Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar*. UNED. Revista de Derecho Político.
- Domínguez, A. G. (2004). *Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales*. Dykinson.
- Ekmekdjian, M. A. (1998). *Habeas data el derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Buenos Aires: Depalma.
- Española, R. A. (s.f). Consentimiento. Recuperado en 30 de abril de 2023, de <https://dle.rae.es/consentimiento>.

- Expósito, F. (2011). *Violencia de género*. Mente y Cerebro.
- Fajardo Caldera, M. I., Gordillo Hernández, M., & Regalado Cuenca, A. B. (2013). *SEXTING: NUEVOS USOS DE LA TECNOLOGÍA Y LA SEXUALIDAD EN ADOLESCENTES*. Recuperado el 9 de mayo de 2023, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=349852058045>
- Fernández, B. (1982). *Protección del honor y la intimidad*, VV.AA. *Comentarios a la Legislación Penal, tomo I*. Madrid.
- Frigeiro, C. (2018). *Mecanismos de regulación de datos personales: una mirada desde el análisis económico del derecho*. Revista Chilena De Derecho Y Tecnología.
- García, A. (1985). *Derecho Civil I. Volumen Segundo*. Barcelona: Librería Bosch.
- García, A. (20 de abril de 2007). *La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. Obtenido de SCIELO: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300003
- Giménez, R. (1969). *El derecho a la intimidad. Cuadernos para el Diálogo, No. 66*.
- Gutierrez, S. (2003). *Código del nombre*. Madrid: Dykinson.
- López, A. P. (31 de octubre de 2019). *Visión de la Corte Constitucional, respecto a los derechos de libertad de expresión e información: una relación desde el derecho al buen nombre, a la intimidad y a la honra*. Obtenido de Scielo: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-44492014000200018
- Maldonado, M. (28 de 02 de 2014). *LA INTANGIBILIDAD DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE LAS PERSONAS*. Obtenido de Dialnet: [file:///C:/Users/pcnue/Downloads/Dialnet-LaIntangibilidadDeLasAccionesPrivadasDeLasPersonas-5000002%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/pcnue/Downloads/Dialnet-LaIntangibilidadDeLasAccionesPrivadasDeLasPersonas-5000002%20(2).pdf)
- Mejía, G. (2014). Sexting: una modalidad cada vez más extendida de violencia sexual entre jóvenes. *Perinatología y reproducción humana*(28), 217-221. Obtenido de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000400007
- Mercado Cinthia, et. al. (2016). *Sexting: su definición, factores de riesgo y consecuencias*. Revista sobre la infancia y la adolescencia.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (junio de 2023). *¿Cómo protejo mis datos personales?* Obtenido de [Argentina.gob.ar: https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/como-proteger-mis-datos-personales](https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/como-proteger-mis-datos-personales)
- Mora, R. H. (2021). *Impacto del sexting en adolescentes y sus consecuencias psicológicas*. Riobamba: UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.
- Muñoz, D. E. (2020). *EL DERECHO AL HONOR, LA HONRA Y BUENA REPUTACIÓN: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR*. Revista de Derecho Vol.9.
- Orellana, M. F. (2011). *El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal*. Obtenido de SCIELO: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000200014&script=sci_arttext#footnote-34820-11
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convencion Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica"*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Ortiz, C. (2005). *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Cádiz: Universidad de Cádiz.

- Pérez, E. A. (2015). *El nombre y los apellidos. Su regulación en derecho español y comparado*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Peris, M. (2018). *Sexting, sextorsión y grooming. Identificación y prevención*. Madrid: PIRÁMIDE.
- Plazas, J. R. (12 de 06 de 2023). *Honra, honor y reputación*. Obtenido de Journalusco: <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/545/1034#:~:text=En%20otras%20palabras%2C%20el%20honor,del%20reconocimiento%20de%20su%20dignidad>.
- Sentencia 456-20-JP/21 (Corte Constitucional 10 de Noviembre de 2021).
- Sentencia C-063-1994 (Corte Constitucional de Bogotá 17 de febrero de 1994).
- Sentencia C-881/14 (Corte Constitucional de Colombia 19 de noviembre de 2012).
- Sentencia No. 048-13-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 2013 de julio de 31).
- Sentencia No. 2064-14-EP/21 (Corte Constitucional del Ecuador 27 de enero de 2021).
- Sentencia No. 27/2020 (Tribunal Constitucional de España 24 de febrero de 2020).
- Sentencia No. 282-13-JP/19 (Corte Constitucional del Ecuador 04 de septiembre de 2019).
- Sentencia No. 292/2000 (Tribunal Constitucional de España 30 de noviembre de 2000).
- Sentencia No. T-028/96 (Corte Constitucional de Colombia 1996).
- Sentencia, rol No. 8140-2009 (Corte Suprema de Justicia de Chile 19 de enero de 2010).
- Soto, G. M. (2014). *Sexting: una modalidad cada vez más extendida de violencia sexual entre jóvenes*. Ciudad de México.
- Tapia, C. S. (2017). *DERECHO A LA IMAGEN PROPIA Y SU MANIFESTACIÓN EN INTERNET*. Santiago de Chile.
- Torres, C. d. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Análisis de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna

*María Isabel Zurita Ramírez**

*Astrid A. Cabrera Triviño***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis de la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna. 3. Breve introducción a la metodología de Diego López Medina y el análisis de precedentes (2006, p. 163) 4. Categorías sospechosas y sus niveles de escrutinio en el ordenamiento jurídico estadounidense. 5. Análisis de la concepción del derecho a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana: a la luz del análisis dinámico de precedente. 6. La sentencia no. 080-13-sep-cc como sentencia hito fundadora de línea en la jurisprudencia de la CCE. 7. La sentencia no. 184-18-sep-cc como sentencia hito, consolidadora de línea en la jurisprudencia de la CCE. 8. La sentencia no. 61-09-in/19 como una sentencia hito reconceptualizadora de línea. 9. La sentencia no. 28-15-in/21 como una sentencia hito dominante en la jurisprudencia de la CCE. 10. La corresponsabilidad parental a la luz del interés superior del niño. 11. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La familia como núcleo fundamental de la sociedad requiere de absoluta protección. Es por ello, que varias de sus instituciones y principios se encuentran garantizados a nivel constitucional. El propósito de la constitucionalización de estos elementos consiste en dotar de resguardo necesario a la institución de la familia, a fin de protegerla en toda su extensión material con el objetivo de asegurar el desarrollo integral de los individuos y consecuentemente lograr una sociedad ordenada y emocionalmente equilibrada.

Es por ello, que la propia Constitución de la República aborda varias instituciones y principios del Derecho de Familia que se encuentran directa-

* María Isabel Zurita Ramírez. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista Superior de Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente de la Universidad Internacional del Ecuador y otras casas de estudios. Abogada litigante en libre ejercicio. Socia del estudio jurídico Guarderas-HAZ. Correo electrónico: mazuritara@uide.edu.ec

** Astrid A. Cabrera Triviño. Abogada por la Universidad Internacional del Ecuador. Estudiante en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Espíritu Santo. Actualmente, se desempeña como asesora en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: ascabrerat@uide.edu.ec

mente garantizados en nuestra Carta Constitucional. De hecho, se habla de la constitucionalización del Derecho de Familia debido a su amplio y necesario desarrollo constitucional que se ha dado a lo largo de la historia, teniendo como uno de sus ejes principales el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en nuestro marco constitucional al determinarse que “los derechos se regulan sobre la base del reconocimiento de la igualdad formal y material” (Simón, 2008, p.205).

La Constitución vigente garantiza la familia en sus diversos tipos y la reconoce como núcleo fundamental de la sociedad, estableciendo para el efecto la igualdad entre todos sus integrantes. La Carta Constitucional ecuatoriana garantiza de forma amplia los derechos que amparan a los niños, niñas y adolescentes, así como también, consagra expresamente la igualdad de derechos y obligaciones de los progenitores, el principio del interés superior del niño –que es un eje transversal en materia de niñez y adolescencia– y el principio de corresponsabilidad parental que guarda relación con los derechos y obligaciones recíprocos de ambos progenitores con y frente a sus hijos.

La presente investigación se basará, principalmente, en el análisis constitucional del derecho de igualdad y no discriminación y su nivel de escrutinio, así como del principio de corresponsabilidad parental reconocidos a nivel constitucional, tomando en cuenta, para el efecto, la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna al momento de conceder la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, así como el hecho de que los roles de género tradicionales son introducidos en las sociedades, en ocasiones, a través del Derecho.

Muchas veces las normas jurídicas perpetúan los estereotipos tradicionalmente establecidos tanto a hombres como a mujeres. Como se analizará más adelante, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es la excepción y, en aras de erradicar estos prejuicios y tomando en cuenta el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, “CCE”) ha tenido un rol muy importante.

En tal sentido, la sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad del artículo 106.2 y 106.4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante, CONA) por ser contrarios, entre otros, al derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental. Esta decisión fue arduamente debatida y criticada por distintos sectores de la sociedad. Uno de los principales temores

radica en el posible incremento de la violencia vicaria al eliminar la preferencia materna, mientras que, *contrario sensu*, hay quienes sostienen que esta resolución constituye un avance trascendental para erradicar los estereotipos de género impuestos tanto a hombres como a mujeres a fin de viabilizar el ejercicio equitativo de la paternidad y maternidad respectivamente.

En virtud de ello, el presente trabajo de investigación tiene por objeto, en primer lugar, reconocer los aspectos trascendentales de la sentencia No. 28-15-IN/21 que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna en la jurisprudencia de la CCE, y especialmente, en lo que respecta a los conceptos de categoría sospechosa y niveles de escrutinio utilizados para determinar vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación y, en segundo lugar, realizar un análisis de la corresponsabilidad parental garantizada constitucionalmente, de conformidad con el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Para tal efecto, se ha optado por utilizar una metodología cualitativa.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA QUE DECLARÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA

La custodia —mal llamada tenencia en nuestra legislación— es quizás una de las figuras más trascendentes dentro del ámbito de la niñez y adolescencia. Probablemente, es la decisión, con mayor relevancia que deban tomar los progenitores (en caso de que exista acuerdo entre ellos) o los juzgadores (en caso de que no exista tal acuerdo o dicho acuerdo sea perjudicial para el niño, niña o adolescente), cuando por cualquier motivo los padres se separan o divorcian, debiéndose confiar el cuidado y protección del hijo o hija de familia a favor de alguno de ellos. Con toda seguridad, esa decisión influirá en el futuro y el desarrollo integral del NNA, debiéndose tomar en cuenta que los NNA tienen derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado en el que puedan, como lo indica Aguirre (S.F) desarrollar todas sus potencialidades como personas.

A pesar de la importancia que tal institución requiere, en nuestra legislación no existe una regulación extensa de la tenencia contando tan solo con breves referencias normativas. En efecto, el CONA determina que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las

reglas establecidas en el artículo 106, que a su vez se refieren a las reglas para confiar la patria potestad (Art. 118). Esta disposición legal (artículo 106), previo a la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, disponía lo siguiente:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, **“la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre”**, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, **“se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”**;
- 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (CONA, 2021, art. 106).

Como puede observarse, el régimen adoptado legislativamente en el Ecuador es la tenencia dividida según la cual el cuidado y protección del hijo o hija de familia se confía en favor de uno de los progenitores siguiendo las reglas establecidas en el artículo 106 del CONA. La preferencia materna constante en los numerales segundo y cuarto del artículo 106 del CONA son precisamente las normas cuya acción de inconstitucionalidad por el fondo se demandó ante la CCE en el año 2015 por ser una disposición contraria a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, entendido como el conjunto de normas su-

pralegales tales como instrumentos internacionales, tratados, convenciones, resoluciones, declaraciones, opiniones consultivas, principios y jurisprudencia de derechos humanos, que conforman el corpus juris de derechos humanos, determinando el alcance de las prerrogativas fundamentales de las personas a la luz también del principio de interpretación evolutiva (Corte IDH, 1999).

De manera específica, los accionantes en la demanda de inconstitucionalidad manifestaron, principalmente, que la norma establecida en los incisos segundo y cuarto del artículo 106 del CONA era contraria a la Constitución por: (i) vulnerar el derecho de igualdad, (ii) violar el principio de corresponsabilidad parental; (iii) generar discriminación y perpetuar el rol de la mujer en la sociedad; (iv) ser contrario al principio del interés superior del niño.

Con seguridad la decisión que debió tomar la CCE no fue tarea fácil. Tres grandes argumentos se encontraron entre sí. Desde el punto de vista de los progenitores: el derecho a la igualdad ligada a la corresponsabilidad parental versus la necesidad de mantener la preferencia materna con la finalidad de evitar la violencia vicaria y por otro, decidir lo mejor para los NNA desde un punto de vista de su interés superior. Esa fue la razón por la que durante la sustanciación de la acción de inconstitucionalidad se presentaron 16 *amicus curiae* y existieron dos votos salvados y un voto concurrente, todos de trascendental importancia.

En la sentencia aprobada por el Pleno, la CCE declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las frases “ *la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y que en el caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones “ *se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*” de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA por ser contrarios al principio del interés superior del niño, al principio a la igualdad y a la corresponsabilidad parental, sugiriendo, para el efecto, la correspondiente reforma legislativa al CONA que considere al interés superior del NNA como principio rector para el encargo de la tenencia independientemente del sexo de sus progenitores.

En efecto, la CCE consideró que las normas impugnadas se referían a las reglas para otorgar la tenencia y no a la patria potestad, aclaración necesaria en razón de que el artículo 106 del CONA se refiere expresamente a las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, entendida como el ejercicio conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas

no emancipados en el ámbito personal y patrimonial. Resaltar este apartado de la sentencia es importante ya que por otro lado, el voto salvado consideró que existía falta de conexidad entre la norma declarada como contraria a la Constitución frente a aquellas que fueron alegadas por los accionantes.

A fin de analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, la CCE delimitó el alcance tanto del numeral 2 como del numeral 4 del artículo 106 del CONA, determinando que en cada caso, la norma impugnada estaba configurada por una regla (la preferencia materna) y una condición (el interés superior del NNA). Al respecto la CCE determinó que el interés superior del niño no puede ser establecido legislativamente como una condición sino que, en todos los casos, debe ser la regla y la consideración primordial al momento de decidirse sobre los derechos del NNA. Como contraposición el voto salvado realizó un interesante análisis indicando que el voto de mayoría erró al no analizar de forma integral el artículo 106 del CONA, al no considerar: (i) Que la preferencia materna se aplicaba únicamente de forma subsidiaria, esto es, cuando no existe acuerdo entre los progenitores; (ii) Que la opinión del NNA como su interés superior son condicionamientos que están efectivamente presentes en la norma impugnada al momento de aplicar la preferencia materna.

De la forma en que se encontraba establecida la norma impugnada, la CCE, además, estableció que la misma estaba prevista desde una visión adultocéntrica, pues en primer término se analizaba la situación del padre o la madre, específicamente, su sexo para posteriormente analizar el interés superior del NNA, cuando este criterio debe ser, como ha quedado indicado, la consideración primordial.

La CCE (2021) a fin de determinar si las normas impugnadas eran contrarias al derecho a la igualdad, como se desarrollará más adelante, observó la figura de las categorías protegidas y las categorías sospechosas y sus correspondientes niveles de escrutinio y estándares de protección. Evaluó además la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma. En tal sentido consideró: (i) Que la norma impugnada no era idónea ya que la regla de la preferencia materna no se vinculaba directamente con el interés superior del NNA, sino que perpetuaba estereotipos y roles de género; (ii) Determinó que tampoco era necesaria porque existen otras alternativas para garantizar la autonomía de la mujer y la preferencia materna por sí sola no la garantiza; (iii) Que la norma impugnada no resultaba proporcional porque la regla de la preferencia materna “no guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción al derecho a la igualdad” (p. 181, 194).

La CCE, además, hizo referencia a la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) que considera que “es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos” (p. 67).

Frente a lo indicado, es relevante mencionar que al momento de otorgar la tenencia en favor de uno de los progenitores, el juzgador debe recabar la opinión del NNA, tomando en cuenta para ello los importantes estándares que han sido referidos por nuestra Corte Constitucional en las sentencias 2691-18-EP/21 y 200-12-JH/21, así como lo determinado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 12. La opinión de los NNA debe ser recabada en todos los asuntos que los afecten independientemente de su edad y grado de madurez siempre que cuenten con la capacidad de expresarse y formar sus propias opiniones, debiendo el operador de justicia analizar en cada caso las condiciones específicas del NNA (Comité de Derechos del Niño, 2009).

Como lo afirma la doctrina: “La opinión, impone un requisito especial en la fundamentación o motivación de las decisiones judiciales (...) La interpretación de la expresión en todos los asuntos que afecten al niño debe ser amplia, en el sentido de que cada vez que los intereses del niño se encuentren involucrados en un asunto, éste tenga el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta” (Pérez, 2010, p. 578).

De hecho, nuestra CCE en la sentencia 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021 acogió las 5 medidas que de forma ejemplificativa enumeró el Comité a efectos de garantizar el derecho de los NNA a ser escuchados, que se refieren a: 1) Contar con la preparación necesaria antes de ser escuchados y recibir una explicación de cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes; 2) Que el lugar donde se realice la entrevista sea adecuado e inspire confianza con el propósito de que los NNA puedan sentirse seguros y cómodos al momento de expresar su opinión; 3) Que en cada caso se evalúe la capacidad del NNA para expresar su opinión la cual deberá ser tomada en cuenta y evaluada en la resolución; 4) Se explique al NNA cómo se tuvo en consideración su opinión para efectos de conocer su posición; y, 5) La posibilidad de dirigirse a una persona o institución para expresar sus quejas (p. 45).

La sentencia de la CCE consideró que dicha opinión estaba siendo inadvertida toda vez que el artículo 106 del CONA realizaba una asignación directa

de preferencia materna sin considerar la opinión del NNA. Sin embargo, a nuestro criterio esa es una interpretación errónea toda vez que el artículo 106 del CONA, en primer término y antes de aplicar las reglas específicas, establece que de forma previa se debe oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión e inclusive en el último inciso señala que a partir de los 12 años la opinión del NNA será obligatoria para el juez.

La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares fue otro de los elementos evaluados por parte de la CCE al momento de analizar la inconstitucionalidad de la preferencia materna en razón de que los accionantes sostuvieron que la norma impugnada refuerza la separación familiar impidiendo que exista un adecuado fortalecimiento del núcleo familiar (CCE, 2691-18-EP/221, p. 213). La CCE advirtió que el mantenimiento de vínculos familiares es un derecho fundamental del NNA que se ve afectado por el encargo preferente a la madre toda vez que la discusión se centrará en si la madre es o no apta para cuidar del NNA originando con ello una discusión innecesaria entre los progenitores.

La CCE también consideró, sin mayor análisis ciertamente, que el encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental por influir en el reparto equitativo de los derechos y obligaciones entre ambos progenitores, estableciendo además la necesidad de acelerar las medidas normativas que busquen la igualdad entre hombres y mujeres.

Un punto de vital importancia fue el análisis realizado en torno a la violencia vicaria de género, entendida como aquel instrumento de intimidación o venganza que ejerce el varón en contra de la mujer mediante la manipulación de sus hijos. Este es un asunto que, con toda razón, fue objeto de preocupación por quienes sostuvieron que la preferencia materna se mantenga. Muchos *amici curiae* y el propio voto salvado dejaron expuesta tal preocupación.

Ciertamente en caso de existir estos signos de violencia o la indebida utilización de los hijos con el propósito de hacer daño a la madre, es un hecho que de forma relevante deberá ser observado por el juzgador y negar la custodia al progenitor violento. En tal caso, resulta evidente que la tenencia deberá ser otorgada a la madre y las visitas en favor del otro progenitor deberán ser reguladas de forma restringida o condicionada pues el solo hecho de haber ejercido tal violencia lo desacredita cómo el progenitor idóneo para ejercer tal encargo.

Con tal propósito, siguiendo los lineamientos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la CCE dispuso que tanto el Consejo de la Judicatura como la Defensoría del Pueblo realicen capacitaciones a los operadores de justicia en materia de niñez y adolescencia para que conozca respecto del marco legal existente para combatir la violencia de género. En tal sentido, el voto de mayoría indicó que:

Tanto mujeres como niños pueden ser víctimas directas de este tipo de violencia, por lo que se debe enfatizar que en cualquier discusión o decisión que se tome relacionada a NNA, como por ejemplo al establecer el régimen de visitas, y, principalmente en el encargo de la tenencia, se debe tomar, con la debida diligencia, todas las medidas necesarias y conducentes a descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial o económica.(CCE, 2021, 28-15-IN/21, p. 240)

Finalmente, es preciso mencionaren razón de que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA fueron considerados contrarios a la Constitución, y por ende expulsados del ordenamiento jurídico, la CCE, mientras no exista la reforma legislativa respectiva, dictó algunos parámetros que –en cada caso– deben ser observados por los operadores de justicia al momento de encargar la tenencia de los NNA, bajo las siguientes medidas:

- a. Ningún juez debe fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica debiéndose analizar la situación caso por caso;
- b. El interés superior del niño deberá ser el ente rector al momento de encargar la tenencia a favor del padre o la madre;
- c. Se deberá tomar en consideración la opinión del NNA;
- d. Se deberá considerar la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA;
- e. Se deberá tomar las medidas necesarias para descartar la amenaza o existencia de cualquier tipo de violencia;
- f. Al momento de encargar la tenencia se deberá procurar mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio, rutinas y estabilidad que han mantenido hasta la separación o el divorcio;
- g. Se deberá considerar la dedicación y vínculo existente entre el NNA y sus progenitores antes de producirse la separación o el divorcio;

- h. Se respetará la identidad del NNA;
- i. Se deberá considerar la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar del NNA en un entorno adecuado;
- j. Se deberá analizar cualquier daño que hayan sufrido los NNA o que eventualmente puedan llegar a sufrir;
- k. Se reparará en actitudes de cooperación de ambos progenitores preservando el entorno familiar;
- l. Se deberá considerar el vínculo afectivo formado entre el hijo con sus padres y la familia ampliada;
- m. Se deberá considerar cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez experiencia entre otros;
- n. Se deberá contar con los informes del equipo técnico de la Unidad Judiciales de Familia sin que sea el único elemento a considerar;
- o. La decisión en la que se encargue la tenencia deberá estar debidamente motivada. (CCE, 2021).

BREVE INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE DIEGO LÓPEZ MEDINA Y EL ANÁLISIS DE PRECEDENTES (2006, P. 163)

Sin perjuicio de lo anterior y el análisis de fondo realizado, es trascendental reconocer que la sentencia 28-15-IN/21 de la CCE desarrolla, además, precedentes fundamentales para determinar cuándo se consolidan o no vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación. Bajo esta consideración, el objeto del presente acápite es analizar la trascendencia de la sentencia indicada en la línea jurisprudencial del máximo órgano de administración de justicia constitucional en Ecuador.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen dos órganos con la competencia de emitir precedentes jurisprudenciales heterovinculantes: la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “CNJ”) y la CCE. En el caso de ambos organismos, la Constitución de la República prevé requisitos distintos para que sus fallos puedan constituir precedentes jurisprudenciales.

La CCE, por mandato constitucional, es el máximo organismo de control y justicia constitucional en el país (CRE, artículo 436 numeral 1, 2008); es decir, se trata del órgano que interpreta la Constitución y cuyas sentencias y dictámenes tienen efectos vinculantes. Esto implica que la CCE es el órgano

competente para emitir precedentes jurisprudenciales para desarrollar el contenido y alcance de las normas constitucionales.

Para comprender adecuadamente en qué consiste el precedente jurisprudencial, es indispensable remitirse a la jurisprudencia de la CCE y la diferenciación que este organismo ha establecido entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. En este orden de ideas, la CCE ha determinado que la *ratio decidendi* se trata del conjunto de razones indispensables para justificar la decisión. Es importante destacar que la *ratio decidendi* se compone también de un núcleo, en el cual reposa la regla adoptada por el decisor para resolver el problema jurídico (Atienza, 2013, p. 429). Por su parte, la *obiter dicta* se refiere más bien a aquellas razones que tienen un carácter accesorio o no determinante para la decisión (CCE, Sentencia No. 109-11-IS/20, 2020, p. 5).

Ahora bien, con respecto a la regla de precedente en sentido estricto, la CCE ha establecido que, para que esta sea considerada como tal, debe estar revestida de una característica fundamental: “innovar el sistema jurídico” (CCE, Sentencia No. 109-11-IS/20, 2020, p. 5). Este aporte debe ser desarrollado por el juzgador de forma interpretativa; es decir, la regla no puede estar fundamentada únicamente en el ordenamiento jurídico previamente establecido (CCE, Sentencia No. 109-11-IS/2020, 2020, p. 5).

A la luz de las consideraciones expuestas, resulta evidente que el precedente jurisprudencial, en nuestro ordenamiento jurídico, se erige como una auténtica fuente de derecho que emana de los jueces y juezas competentes para emitirlo, como lo son los de la CCE y de la CNJ. En el caso de la CNJ, la Constitución prevé requisitos concretos para que sus fallos puedan constituir precedentes jurisprudenciales. Esto no sucede en el caso de la CCE, pues los precedentes jurisprudenciales contenidos en sus dictámenes y sentencias son vinculantes, independientemente de su reiteración.

Ahora bien, considerando que el precedente jurisprudencial constituye una fuente importante del Derecho, y que se construye a través de los fallos, se debe reconocer que “su desarrollo se logra de una manera lenta y progresiva” (López Medina, 2006, p. 139). Esto se debe, por ejemplo, a las elevadas cargas laborales que suelen tener las altas cortes, lo cual repercute en un retraso de la resolución de causas y, también, a que las líneas jurisprudenciales tienen un proceso de evolución y maduración.

Por este motivo, es indispensable contar con herramientas de identificación, sistematización y análisis que permitan realizar un estudio del “contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas” (Cohen, 1993, p. 11-12). Para tal efecto, es fundamental abordar la metodología expuesta por Diego López Medina (2006), pues permite evaluar la forma en la que ha evolucionado la jurisprudencia de una alta corte sobre un punto determinado de derecho. Asimismo, resulta de extrema utilidad para identificar ante qué tipo de sentencia nos encontramos. López Medina (2006, p. 163) ha señalado que las sentencias hito se dividen en las siguientes clasificaciones: i) fundadora de línea; ii) consolidadora de línea; iii) modificatoria de línea, iv) reconceptualizadora de línea; o, v) dominante.

La identificación de la tipología de sentencia, inclusive, permitiría, que las altas cortes conozcan de antemano su línea jurisprudencial previamente establecida y, en caso de alejarse de sus pronunciamientos previos, facilitar el uso de técnicas legítimas para ello.

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y SUS NIVELES DE ESCRUTINIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

Los conceptos de categorías sospechosas y niveles de escrutinio que deben aplicarse han sido desarrollados, principalmente, por el ordenamiento jurídico estadounidense. A fin de contar con mayores insumos para comprender estos términos, en el presente acápite se identificará cuál ha sido el tratamiento que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (“SCOTUS” o “Corte Suprema”) le ha dado a estos conceptos. Es importante destacar que la CCE, en su jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia No. 28-15-IN/21, se ha referido al desarrollo jurisprudencial de la SCOTUS para conceptualizar el término categorías sospechosas. Esto se debe a una cuestión fundamental: es allí donde se originó esta metodología para verificar vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación.

El escrutinio es una herramienta cuyo objetivo es determinar si un trato diferenciado es o no discriminatorio. Se trata del “grado de desconfianza” con el cual la jueza o juez evaluará la constitucionalidad del trato diferenciado (Giardelli, Toller y Cianciardo, 2008, p. 308). Existen distintos niveles de escrutinio y su identificación depende del criterio utilizado para efectuar el trato diferenciado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense ha identificado que existen tres tipos de escrutinio: i) el débil o de mera racionalidad o razonabilidad; ii) el intermedio; y, iii) el estricto.

El escrutinio débil o de mera razonabilidad es un examen cuya función se encamina a determinar vulneraciones al derecho a la igualdad formal (Treacy, 2011, p. 185). Este escrutinio no revierte mayor dificultad para su superación, pues se requiere justificar que la medida diferenciadora sea objetiva y razonable con relación al fin perseguido (Ortiz Custodio, 2018, p. 87).

Por su parte, el escrutinio intermedio implica un examen más riguroso que el de mera razonabilidad, pero no tan exigente como el estricto. Este test le impone al Estado la carga de demostrar que el trato diferenciado se justifica por un “fin estatal importante” y que constituye “un medio sustancialmente relacionado para alcanzar dicho fin”. Por ejemplo, en el caso *Craig vs. Boren*, la Corte Suprema de los Estados Unidos (1976, p. 568) efectuó un escrutinio intermedio para identificar si la prohibición de venta de alcohol a hombres menores de veintiún años de edad y a mujeres menores a dieciocho años de edad era discriminatoria o no. En el caso concreto, la judicatura, tras aplicar un nivel de escrutinio intermedio, identificó que la diferenciación realizada en razón del género resultaba discriminatoria.

El escrutinio estricto tiene su origen en el caso *United States vs. Carolene Products Co.*, donde la Corte Suprema de Estados Unidos (1938) desarrolló los cimientos de lo que, posteriormente, se conocería como escrutinio estricto. En el caso concreto, destaca la nota del pie de página 4, en la cual la Corte indica que:

El prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición que limite seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y puede requerir de una mayor supervisión judicial (SCOTUS, *United States vs. Carolene Products Co.*, 1938, §152. Traducción de Biscardi y Garibotti, 2009, p. 125).

El escrutinio estricto implica que se efectúe un examen judicial más estricto para determinar la constitucionalidad de una norma impugnada, en comparación al escrutinio intermedio. En el caso concreto, el análisis se centraba en que la legislación dirigida a minorías que no cuentan con protecciones usuales en un proceso político constituye una excepción a la presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, justifica que se realice un análisis judicial más estricto (SCOTUS, *United States vs. Carolene Products Co.*, 1938).

Para efectuar un examen de escrutinio estricto, se debe tomar en cuenta que: i) la carga de probar la constitucionalidad de la medida recae en el Estado; ii) el trato diferenciado debe perseguir una finalidad imperiosa o *compelling state interest* y una adecuación estrecha (*narrowly tailored*) entre el medio empleado y el fin perseguido; iii) que la medida sea indispensable para alcanzar el fin y que sea la menos gravosa y eficaz para alcanzarlo; y, iv) que la medida no genere dudas sobre su constitucionalidad tras la aplicación de los criterios indicados (Valdivia Aguilar, 2020, p. 31-32).

El escrutinio estricto en la legislación estadounidense se aplica cuando existe un trato diferenciado basado en criterios que la Corte Suprema ha declarado sospechosos, como sucede, por ejemplo, con la raza y nacionalidad (SCOTUS, *Korematsu v. United States*, 1944). Su rigurosidad se justifica en que se tratarían de personas o grupo de personas que, histórica y sistemáticamente, han sido víctimas de discriminación y, por lo tanto, merecen una protección especial por parte del Estado.

ANÁLISIS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: A LA LUZ DEL ANÁLISIS DINÁMICO DE PRECEDENTE

La sentencia No. 28-15-IN/21 no es la primera que analiza el derecho a la igualdad y no discriminación y cómo este debe analizarse o no a la luz de categorías sospechosas o protegidas. Asimismo, es importante reconocer que en su jurisprudencia la CCE (2019, p.7-8) desarrolló ya un test que desarrolla criterios concretos para determinar si se ha consumado o no una violación a este derecho.

La CCE, a lo largo de su jurisprudencia, ha realizado distintos razonamientos para determinar si se ha violado o no el derecho a la igualdad y no discriminación. Sin perjuicio de ello, en la sentencia No. 61-09-IN/19, la CCE (2019) estableció que, para que se configure un trato discriminatorio, deben concurrir los siguientes tres elementos:

- (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones;
- (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas;
- (3) la verificación del resultado, por el trato

diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (p. 7-8).

Una vez que se han aclarado los criterios actuales que deben analizarse ante una eventual vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, con el objetivo de realizar un análisis minucioso, es menester remitirnos al segundo requisito del test: la identificación de la categoría que ha motivado el trato diferenciado o discriminatorio. Esta cuestión es de vital importancia para determinar el nivel de escrutinio que debe aplicarse.

En este orden de ideas, procederemos a identificar la sentencia hito fundadora de línea, la sentencia consolidadora de línea, la sentencia reconceptualizadora de línea y la sentencia dominante, a la luz de la metodología desarrollada por Diego López Medina (2006, p. 163), identificada en párrafos precedentes. Es importante dejar por sentado que se han escogido las sentencias más relevantes a efectos del presente análisis.

LA SENTENCIA NO. 080-13-SEP-CC COMO SENTENCIA HITO FUNDADORA DE LÍNEA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CCE

La noción de categoría sospechosa fue introducida por la CCE a través de la sentencia No. 080-13-SEP-CC. En aquel caso, la CCE (2013, p.2-3) analiza la acción extraordinaria de protección presentada por César Mosquera en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el marco de la acción de protección No. 407-2010. En el proceso de origen, el accionante sostenía que se habría violado su derecho a la igualdad y no discriminación, al haber sido desvinculado de su trabajo en el Municipio de Samborondón, a través de un sumario administrativo incoado tras haber sido diagnosticado con VIH.

En la referida sentencia, la CCE (2013, p. 15-16) reconoce que las categorías sospechosas son criterios utilizados para diferenciar a las personas sin una justificación razonable ni proporcional. Además, señala que, usualmente, suelen colocar en situación de desprotección a personas que, de *iure* y de *facto*, han sido discriminadas (CCE, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013). Estos grupos de personas se encuentran ejemplificados en el artículo 11.2 de

la CRE. Para identificarlos, debe verificarse si: i) se encuentran determinados en la norma citada; ii) existe restricción a derechos constitucionales; y, iii) se afecta a personas que requieren protección especial (CCE, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013, p. 16).

Además, se presume que el trato diferenciado, realizado en base a una categoría sospechosa es inconstitucional, excepto cuando se demuestre lo contrario con motivos válidos y suficientes; y, además, cuando se constate que el trato sea adecuado para conseguir un propósito permitido por la Constitución. Es decir que, para que un trato diferenciado sea considerado constitucional, debe aplicarse un escrutinio intermedio, “en donde las diferencias adoptadas no buscan discriminar sino favorecer”; y un escrutinio estricto cuando el trato diferenciado se fundamenta en categorías sospechosas (CCE, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013, p. 20).

A la luz de las consideraciones expuestas, la sentencia No. 080-13-SEP-CC se erige como sentencia fundadora de línea. Estas sentencias son aquellas que, usualmente, son dictadas en los períodos iniciales de actividad de las cortes y desarrollan interpretaciones ampliar sobre el contenido y alcance de derechos constitucionales (López Medina, 2006, p. 164). Además, esta sentencia, por introducir la noción de categoría sospechosa para identificar vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación, se trataría de la sentencia fundadora de línea.

La sentencia analizada no solo fue dictada en los primeros años de ejercicio de funciones de la CCE, tras que la CRE entró en vigencia, sino que también contiene una amplia interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación y su violación a través de categorías sospechosas. Estos criterios, en sentencias posteriores, serían desarrollados de forma más rigurosa por posteriores confirmaciones de la CCE.

LA SENTENCIA NO. 184-18-SEP-CC COMO SENTENCIA CONSOLIDADORA DE LÍNEA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CCE

Es importante identificar que en la jurisprudencia de la CCE también existen sentencias consolidadoras de línea, como sucede, efectivamente, con la sentencia No. 184-18-SEP-CC. Esta tipología de sentencias, siguiendo a López Medina (2006, p. 164), se caracterizan por “definir con autoridad una subregla de derecho constitucional”. En estas sentencias ya se evidencia que la alta corte ha tenido un desarrollo jurisprudencial sobre un problema jurídico concreto.

La referida sentencia resuelve la acción extraordinaria de protección presentada por la Defensoría del Pueblo en contra de la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el marco de la acción de protección No. 0223-2012-VC. En el proceso de origen, las accionantes sostenían que, entre otros, la Dirección General de Registro Civil habría violado su derecho a la igualdad y no discriminación por su negativa de registrar a la niña Satya como hija de sus dos madres (CCE, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018, p. 9).

En la sentencia referida, la CCE (2018, p. 77) desarrolla un precedente fundamental: el análisis de no discriminación, cuando se ha efectuado un trato diferenciado basado en una categoría sospechosa, debe ser estricto y, por lo tanto, sujetarse a un escrutinio reforzado. Esto implica estudiar los siguientes aspectos: i) identificar bajo qué criterio se habría fundamentado el trato diferenciado; ii) analizar si la diferencia de trato es o no discriminatoria y, consecuentemente, restringe el ejercicio de otros derechos constitucionales (CCE, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018, p. 78).

Resulta evidente, a la luz de las consideraciones expuestas, que la sentencia analizada contiene un análisis más profundo con respecto a los criterios que deben ser analizados ante una eventual vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, especialmente cuando la diferencia de trato de fundamenta en una categoría sospechosa. Por lo tanto, se erige como una sentencia consolidadora de línea, al definir una subregla de derecho constitucional que deberá ser aplicada al analizar problemas jurídicos análogos en casos futuros.

LA SENTENCIA NO. 61-09-IN/19 COMO UNA SENTENCIA RECONCEPTUALIZADORA DE LÍNEA

Ahora bien, no se puede hacer caso omiso a que la jurisprudencia de la CCE ha desarrollado un test que expone los tres elementos expuestos con anterioridad, cuya concurrencia es indispensable para que se configure un trato discriminatorio. La trascendencia de la sentencia que introduce este test es indiscutible y, por lo tanto, debe ser incluida en el presente análisis, a la luz de las tipologías de sentencias previstas por Diego López Medina (2006, p. 163).

La sentencia No. 61-09-IN/19 es la que introduce el test de discriminación. En el caso concreto, la CCE analizó la acción pública de inconstitucionalidad

sobre las tres normas que regularon la amnistía tributaria de 2008: i) el artículo 54 del Código del Trabajo; ii) la disposición transitoria única de la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; y, iii) la Resolución No. NAC-DGER2008-1107 emitida por el Servicio de Rentas Internas (CCE, Sentencia No. 61-09-IN/19, 2019, p. 2-3).

Es importante destacar que el test de discriminación fue reiterado por la CCE en las sentencias 1-18-RC/19, 11-18-CN/19, 1894-10-JP/20, 3-19-JP/20, 751-15-EP/21, 48-16-IN/21, 1351-19-JP/22, 9-22-IN/22, 72-20-IN/23, entre otras.

Bajo estas consideraciones, al introducir un test para determinar vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación, el cual incluye a la verificación de un trato diferenciado por una categoría sospechosa o protegida (CCE, Sentencia No. 61-09-IN/19, 2019, p. 8), la sentencia en cuestión se caracterizaría por ser conceptualizadora de línea. Esto se debe, principalmente, a que la sentencia en cuestión afirma la línea jurisprudencial anterior con respecto a que constatar un trato diferenciado, fundamentado en una categoría sospechosa o protegida, es un requisito para identificar una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación; no obstante, introduce también un nuevo test para verificar la violación de este derecho, mismo que ha sido reiterado por la extensa jurisprudencia de la CCE.

LA SENTENCIA NO. 28-15-IN/21 COMO UNA SENTENCIA DOMINANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CCE

Por su parte, la sentencia No. 28-15-IN/21, objeto del análisis en este trabajo académico, se erige como una sentencia dominante. López Medina (2006, p. 165) ha definido a este tipo de sentencias como aquellas que contienen “los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional”.

La sentencia indicada resuelve la acción pública de inconstitucionalidad por el fondo, que fue presentada por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz y Adriana Orellana en contra del artículo 106.2 y 106.4 del CONA, por considerar que violaban el derecho a la igualdad y no discriminación, el principio de interés superior de los NNA y el principio de corresponsabilidad parental. Tras efectuar el análisis correspondiente, la CCE resuelve declarar la

inconstitucionalidad por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (CCE, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 61).

Al resolver el problema jurídico sobre la presunta vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, la CCE identificó que la prohibición de trato arbitrario y de discriminación se divide en dos categorías, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.2 de la CRE, que deben ser analizadas cuando se configura un trato diferenciado: i) protegidas; y, ii) sospechosas. La rigurosidad del examen, siguiendo el análisis de la CCE, dependerá del tipo de categoría que haya fundamentado la diferenciación (CCE, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 32).

Resulta evidente que, si bien el artículo 11.2 de la CRE establece categorías por las que ninguna persona puede ser discriminada, esto no implica que cada una de ellas gozan del mismo umbral de protección. En principio, todas las categorías contenidas en la norma citada son protegidas, pero no sospechosas. Esto tiene como consecuencia que se realice un análisis menos exigente en el primer caso, en comparación al que debe desarrollarse cuando el trato diferenciado se fundamenta en una categoría sospechosa (CCE, sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 32).

La misma CCE (2021, p. 33) señaló que la rigurosidad del examen de constitucionalidad es baja cuando se viola el derecho a la igualdad formal; media cuando el trato diferenciado se fundamenta en una categoría protegida; y, estricta cuando este se origina en una categoría sospechosa. Para efectuar el escrutinio con una categoría sospechosa, se debe aplicar el test de igualdad y el test de proporcionalidad, lo que implica: i) identificar si el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; ii) que la medida sea perfectamente diseñada para alcanzar tal fin (idoneidad); iii) que la medida sea idónea y la menos gravosa (necesidad); y, iv) que la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional (proporcionalidad) (CCE, sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 33-34).

Por su parte, cuando el trato diferenciado se fundamenta en una categoría protegida, el test de proporcionalidad es menos riguroso. En estos contextos, debe analizarse: i) si la medida persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; ii) si la medida es adecuada para cumplir el fin constitucional; iii) si

la medida es la menos gravosa para el ejercicio de derechos; y, iv) si la medida busca que exista un equilibrio entre la protección y restricción constitucional (CCE, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 34).

Es notorio que cuando el trato diferenciado se motiva en una categoría sospechosa el análisis constitucional revierte una mayor rigurosidad, como identificar un fin constitucionalmente imperioso y que la medida sea perfecta para alcanzarlo. Estos requisitos no son pertinentes al realizar un análisis en el marco de una categoría protegida.

Por su parte, cuando se alegan vulneraciones al derecho a la igualdad formal, debe aplicarse únicamente un test de razonabilidad; es decir, se debe identificar “si la medida está debidamente justificada y razonable” (CCE, Sentencia. No. 28-15-IN/21, 2021, p. 33).

Resulta evidente, a la luz de los criterios expuestos, que la sentencia No. 28-15-IN/21 contiene los criterios actuales y vigentes para realizar un análisis sobre la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Es importante destacar que los criterios contenidos en esta sentencia han sido abordados en precedentes más recientes de la CCE; por ejemplo, la CCE (2022, p. 14-17), al ejercer su competencia de revisión de garantías jurisdiccionales, analizó la acción de protección presentada por K.R.C.G., quien se registró en el sistema de reclutamiento para postular a las escuelas de formación de la Policía Nacional. Su solicitud fue negada debido a que padecía un quiste de ovario menor a 2cm (CCE, Sentencia No. 791-21-JP/22, 2022, p. 2). En el caso concreto, la CCE (2022, p. 15) identificó que el trato diferenciado se había fundamentado en la categoría sospechosa “mujer”, por tratarse de personas que históricamente han sido expuestas a discriminación.

Resulta evidente que las nociones de categoría sospechosa y categoría protegida son fundamentales para identificar cómo debe fundamentarse una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. Estos conceptos han sido desarrollados a través de la extensa jurisprudencia de la CCE; además, la sentencia No. 28-15-IN/21 es indispensable para reconocer no solo las categorías que existen, sino también la rigurosidad del escrutinio que debe aplicarse a fin de determinar o no una vulneración al derecho indicado.

LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Una vez que se ha analizado el derecho a la igualdad y no discriminación, así como los niveles de escrutinio que deben aplicarse a fin de determinar su vulneración, resulta necesario referirse a la corresponsabilidad parental. Por mandato constitucional, ambos progenitores están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, debiendo ejercer tal rol de forma equitativa entre ambos, a fin de eliminar la inequidad entre progenitores en cuanto a sus derechos, cargas y responsabilidades. Según Quezada (2018), la incorporación de este principio en la norma suprema, supone reconocer la necesidad de distribuir equitativamente las responsabilidades y funciones parentales entre padre y madre. A esto hay que añadir que también en el marco internacional en la Convención de los Derechos del Niño, se establece la obligación de que los Estados Parte dediquen su máximo esfuerzo a fin de garantizar el principio de que ambos padres tengan obligaciones comunes y recíprocas sobre la crianza y desarrollo del niño (CDN, 1990, art. 18.1)

En cuanto al desarrollo legal de estos derechos y principio constitucional, el legislador ha contemplado en el artículo 100 del CONA que tanto el padre como la madre, tienen iguales responsabilidades en lo referente a la dirección, mantenimiento del hogar, cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas. Así también en el artículo 101 se establece que los derechos y deberes en la relación parental son recíprocos debiendo existir entre los progenitores e hijos, afecto mutuo, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad (CONA, 2021, art.100-101).

En tal sentido la CCE en la sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna en relación al principio de corresponsabilidad parental consideró lo siguiente: “la corresponsabilidad parental es un principio que encamina la actuación de padre y madre respecto a sus hijos “implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial”. En casos de separación o de divorcio,

la corresponsabilidad parental implica que padre y madre mantienen sus deberes de forma equitativa con sus hijos, tomando en cuenta que las decisiones deben ser tomadas de forma conjunta, beneficiando y considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes” (CCE, 28-15-IN/21, 2021, p. 224).

En virtud de lo indicado, la corresponsabilidad parental, en la forma prevista, implica la distribución activa y equitativa de los derechos y obligaciones entre ambos progenitores respecto de sus hijos, independientemente de su sexo o de si éstos se encuentran juntos o separados, pues no debe ser confundida con la tenencia compartida.

En palabras del doctor Alejandro Bermeo “la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro” (Bermeo, 2023, p.194) a diferencia de lo que tradicional e históricamente se ha venido aplicando en nuestro contexto social en la que inclusive legislativamente se le atribuía tal rol de cuidado y crianza de los hijos, casi que de forma exclusiva a la mujer. Lo anterior se ve plasmado por Quezada (2018) cuando refiere que en 2017, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) determinó que de un total de 15.918 custodias, 14.669 fueron destinadas para mujeres, mientras que 1.249 para padres. El resultado de lo anterior se desprende del muestreo total: el 92 % de los casos de tenencia son asignados a la madre, información que también fue analizada por la Corte Constitucional (CCE, 28-15-IN/21, 2021, p. 171).

Tomando en cuenta este contexto social, la CCE a través de sus decisiones, ha desarrollado una línea jurisprudencial clara mediante la cual ha buscado garantizar la igualdad y no discriminación así como alterar los roles tradicionales de género y los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor. Un ejemplo de lo anterior se verifica en la sentencia No. 3-19-JP/20, en la cual la CCE estableció como medida para equiparar las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos, que se fortalezca desde el ámbito legislativo la licencia de paternidad en lo referente al periodo de puerperio y lactancia.

Lo determinado por la CCE establece la correcta inclinación que tiene el máximo órgano de justicia constitucional por el reparto equitativo de esos derechos y obligaciones que debe estar presente, independientemente de si los progenitores conviven o se encuentran separados por cualquier razón, por

tanto, debe ser observado independientemente de la situación en la que se encuentren los progenitores o el régimen de tenencia adoptado legislativamente (entiéndase tenencia alternada, tenencia dividida, anidación o tenencia compartida. (Simon, 2009, p.536-537)

No obstante de lo anteriormente mencionado respecto a la garantía de la igualdad y corresponsabilidad paternal, ciertamente en caso de separación o divorcio de los progenitores, la distribución equitativa se hace más compleja, más aún cuando en aquellas legislaciones como la nuestra se adopta un régimen de tenencia dividida; esto es cuando la custodia se la asigna a uno de los dos progenitores de forma exclusiva.

Sin embargo, es preciso señalar que el principio de corresponsabilidad no es autónomo y por ende no puede ser aplicado de forma aislada, siempre debe ser visto, interpretado y aplicado de forma obligatoria y correlativa al principio del interés superior del niño. Si bien es cierto que el principio de corresponsabilidad parental implica el derecho a crecer y desarrollarse con la presencia de ambos progenitores, aquello no involucra el hecho que deba ser siempre así y de forma absoluta, pues dicho mandato de optimización, visto como el derecho a cuidar y ser cuidado por ambos progenitores entiende que ambos cuenten con similares aptitudes parentales para hacerlo y que además sean cuidadores emocionalmente disponibles.

Por ello, el principio de corresponsabilidad parental es un lineamiento rector que siempre debe estar subordinado al interés superior del niño (Zaidán, 2018, p.6). En razón de ello, el derecho de los padres no puede estar por encima del derecho de los niños, niñas y adolescentes ni de su bienestar físico y emocional. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1, de forma expresa, determina que todas las medidas y decisiones que se tomen en relación a los niños, sea legislativa, judicial o administrativamente, en el ámbito público o privado deben tener como consideración primordial su interés superior.

El hecho de que el principio de corresponsabilidad parental está íntimamente ligado con el interés superior del niño, se debe a que dicho principio está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos y garantías de los niños niñas y adolescentes, sin que deba existir ninguna decisión en el ámbito administrativo o judicial que deje de observar y ajustar sus decisiones

a tal principio, teniendo presente para el efecto, que los NNA son destinatarios de una especial protección constitucional. Al ser sujetos de derecho, son titulares de todos aquellos derechos comunes al ser humano y además de los específicos de su edad, previstos en razón de su especial condición tal y como expresamente lo determina el artículo 45 de la Constitución de la República.

Doctrinariamente y como lo expresa Simon (2008) el interés superior del niño va mucho más allá que solo ser un principio rector-guía, pues además de ser norma de interpretación, es un derecho subjetivo y norma de procedimiento. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo ha interpretado como un principio que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propios de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, ha interpretado el interés superior del niño, desde tres dimensiones: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento. Dicho criterio ha sido acogido por nuestra CCE en tal sentido:

- a) Como derecho sustantivo, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.
- b) Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que puede tener para el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales. (CCE, 2022, 239-17-EP/22, p. 57)

En virtud de lo anterior, en el caso de la custodia de un NNA, cuando sus progenitores por cualquier motivo se separan y se esté en la situación de tomar una decisión motivada respecto de su cuidado y protección, se deberá tomar en cuenta su interés superior, desde sus tres dimensiones, previo a aplicar el principio de corresponsabilidad parental. Es por ello que para el efecto se debe realizar un análisis caso por caso y tomando en cuenta, ciertamente, si ha exis-

tido previamente un ejercicio responsable de la maternidad y paternidad, así como la construcción de un vínculo afectivo entre los progenitores con el NNA.

En palabras de nuestra CCE, cuando se tome decisiones en relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes, debe existir, siempre, una estimación de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas que tal decisión le pueda ocasionar, aplicando este principio como un concepto dinámico, debiéndose evaluar de manera casuística, dependiendo de cada contexto y caso en particular. (CCE, 2021, 200-12-JH/21, p. 127).

De hecho, una correcta aplicación de este principio en sede judicial como lo afirma Cillero (2010) requiere de un análisis en conjunto de los derechos afectados y de los que se pueda afectar por la resolución debiéndose tomar aquella medida que efectivamente asegure la máxima satisfacción de los derechos con la menor restricción posible tomando en cuenta que los roles parentales no son derechos absolutos sino limitados por los derechos de los propios NNA y especialmente por su interés superior.

CONCLUSIONES

La decisión tomada por la Corte Constitucional, en el fondo, no fue un asunto sencillo; de hecho, motivó varias discusiones en su seno. Muchas interrogantes se generan sobre su aplicación y posibles riesgos que tal declaratoria de inconstitucionalidad ocasionará en la práctica, al cambiarse la regla que venía aplicándose por décadas en el Ecuador como una medida de acción afirmativa para evitar que se utilice a los hijos como un instrumento de violencia en contra de la mujer.

Si bien, de conformidad con la sentencia dictada por la CCE el sexo de los progenitores no debe ser el único criterio a considerar, tampoco se debe sostener que en todos los casos ambos progenitores son igualmente aptos para ejercer la tenencia de sus hijos. La aplicación del principio de corresponsabilidad parental debe ser cuidadosamente aplicado, se debe evaluar minuciosamente cada caso concreto a fin de verificar en cada situación en particular cuál es la mejor opción para el niño, niña o adolescente.

En las decisiones relativas al cuidado y protección de los NNA, el único criterio rector debe ser el interés superior del niño, en ese caso en particular. Frente a la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna se

espera cambiar una realidad social, eliminar estereotipos de género, garantizar el derecho a la igualdad y fomentar la corresponsabilidad parental. Pretende también que la carga de la prueba gire en torno al niño como consideración primordial dejando de lado la visión adultocéntrica.

Son los operadores de justicia, quienes tienen la gran responsabilidad de que la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna no sea utilizada como un instrumento de violencia en contra de la mujer, pues los riesgos son evidentes tomando en cuenta la indiscutible situación de desventaja en la que se encuentra, siendo una responsabilidad del Estado ecuatoriano verificar los efectos sociales y que en la práctica la declaratoria de inconstitucional podría eventualmente ocasionar en el ámbito de la violencia vicaria.

A la luz de la normativa existente, la amplia jurisprudencia y los estándares que han sido dictados por la CCE, al momento de decidir respecto de la tenencia de un niño, niña o adolescente se debe tomar en cuenta su interés superior como consideración primordial, valorando su opinión y realizando un análisis riguroso caso por caso del vínculo afectivo del NNA con sus progenitores así como la necesidad de que la tenencia sea ejercida por un cuidador sensible y emocionalmente disponible que garantice tanto sus necesidades físicas como afectivas, independientemente de la capacidad económica de los progenitores y de sus derechos como padres, por encima del bienestar de sus hijos.

La indicada sentencia, constituye además un hito dominante en la jurisprudencia de la CCE, a fin de verificar si una norma es contraria o no al principio de igualdad. En tal sentido, resulta evidente que la metodología desarrollada por Diego López Medina (2006, p. 163) es muy valiosa para reconocer la evolución de la línea jurisprudencial de las altas cortes con respecto a un problema jurídico en concreto. Su utilidad no solo se limita a efectuar una clasificación de las sentencias, sino también a identificar cómo las judicaturas se alejan o no de sus precedentes y si incurrir en tal práctica de forma legítima o ilegítima.

En este orden de ideas, a la luz del análisis efectuado, es evidente que la noción de categorías sospechosas y escrutinio estricto fueron introducidas por la CCE a nuestro ordenamiento jurídico hace poco más de 10 años. No obstante, la práctica judicial evidenció que el contenido y alcance que en un primer momento se les dio a estos conceptos, era insuficiente.

Actualmente, la CCE no solo ha desarrollado un esquema indispensable para identificar vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación, a la luz del nivel de escrutinio bajo, medio y estricto y los correspondientes tests que deben aplicarse a cada uno de ellos, sino que también ha emprendido, como se refleja en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la preferencia materna, acciones importantes para eliminar, al menos *de iure*, los roles de género tradicionales impuestos a los hombres y mujeres.

REFERENCIAS

- Acción de inconstitucionalidad, presentada el 1 de abril de 2015 por Farith Simón, en su calidad de Director de las Clínicas Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito y otras, tomada de la página web de la Corte Constitucional http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/517f7269-0a88-4200-91e3-8cb80a3d9ac3/demanda_0028-15-in.pdf?guest=true
- Aguirre, A (s/f) La tenencia de menores en el Ecuador. Quito; Editorial Gráficas Cárdenas
- Atienza, M. (2019). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Bermeo, A. (2023). *Práctica Procesal de los Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Quito: El gran libro jurídico.
- Cabrera, J. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Cohen, F. (1933). *Ethical Systems and Legal Ideals*. Falcon Press.
- Giardello, L., Toller F. y Cinciardo, J. (2008). *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismos entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*. Editorial Marcial Pons.
- López Medina, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Editorial Legis.
- Salim Zaidán (2018) Estudio Introductorio “ El derecho de cuidado y el principio de corresponsabilidad: Una reflexión para el ordenamiento jurídico ecuatoriano” Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Simon Farith, (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Ortiz Custodio, J. D. (2018). La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas. *Universidad San Francisco de Quito. Iuris Dictio Revista de Derecho*, 81-95.
- Treacy, G. (2011). *Categorías Sospechosas y Control de Constitucionalidad*. *Universidad de Buenos Aires. Revista Lecciones y Ensayos No. 89*, 181-216.
- Quezada, P. (2018). *Custodia compartida y el derecho de cuidado de los hijos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Valdivia Aguilar, T. (2020). ¿Sospechar para igualar? Un análisis “estricto” de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de la Facultad de Derecho*, 9-45.

Normativa y jurisprudencia

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 RO.737 de 03 de enero de 2003.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP
- Cillero, M. (2010). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Quito, Ecuador.
- Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño, G.A. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989). Recuperado de <https://www.unicef.org/child-rights-convention>
- Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, resolución de la Asamblea General 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Recuperado de: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución de la Asamblea General 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Nº. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67.
- Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No.32.
- Corte Constitucional del Ecuador., Sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párrafos 44-45
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 200-12-JH/21 de 01 de diciembre de 2021, párrafos 129 – 139.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 200-12-JH/21 de 01 de diciembre de 2021, párrafos 129 – 139.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2158-17-EP/21 de 18 de agosto de 2021, párr. 34.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 29
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 525-14-EP/20 de 8 de enero de 2020
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 34;
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2158-17-EP/21 de 18 de agosto de 2021, párr. 39.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 239-17-EP/22, de 12 de enero de 2022 párr. 57.

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 200-12-JH/21 de 1 de diciembre de 2021, párr. 127.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 224
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 14-19-IN/23 de 12 de agosto de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.3-19-JP/20, 05 de agosto de 2020
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia No. 080-13-SEP-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Sentencia No. 184-18-SEP-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 61-09-IN/19.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 109-11-IS/20.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 28-15-IN/21.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 791-21-JP/22.
- Corte Suprema de Estados Unidos. (1976). *Craig v. Boren*.
- Corte Suprema de Estados Unidos. (1938). *United States vs. Carolene Products Co.*
- Corte Suprema de Estados Unidos. (1944). *Korematsu vs. United States*.

Apéndice

FUNCIÓN ELECTORAL

La Función Electoral es una de las cinco funciones en las que se encuentra dividido el Estado ecuatoriano, está compuesta por los dos órganos encargados de organizar los asuntos en materia electoral: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tienen sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia, se rigen por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

La Función Electoral tiene como finalidad asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

El Consejo Nacional Electoral es un órgano colegiado encargado de organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente y eficaz los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a quienes resulten electas o electos. También es el encargado de organizar los procesos de referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato.

Está integrado por cinco consejeros principales y suplentes, que ejercen sus funciones por seis años, y con una renovación parcial cada tres años, dos miembros en la primera ocasión, tres en la segunda, y así sucesivamente. El proceso para su designación es llevado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante concurso de méritos y oposición.

La presidenta/e y el vicepresidente/a son electos entre sus miembros principales, y ejercerán sus cargos por tres años. La presidenta/e es la representante de la Función Electoral.

Autoridades

- Presidenta Mgtr. Diana Atamaint Wamputsar
- Vicepresidente Ing. Enrique Pita García
- Consejero Mgtr. José Cabrera Zurita

- Consejera Mgtr. Estela Acero Lanchimba
- Consejera Mgtr. Eléna Nájera Moreira

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

El Tribunal Contencioso Electoral es el órgano de jurisdicción electoral del Ecuador. Su función es la de prestar el servicio público de administración de justicia electoral, como última y definitiva instancia jurisdiccional, conforme la Constitución de la República y el Código de la Democracia; garantizando a los sujetos políticos el ejercicio de sus derechos.

Se conforma por cinco magistrados principales y cinco magistrados suplentes, que administran justicia con la misma jerarquía que los magistrados de las Cortes Nacionales, es decir sus fallos son inapelables y pueden constituirse en jurisprudencia.

La presidenta/e y la vicepresidenta/e se elegirán de entre sus miembros principales, y ejercerán sus cargos por tres años. De la misma forman que el CNE, el proceso para su designación es llevado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante concurso de méritos y oposición.

Autoridades

- Presidente Dr. Fernando Muñoz Benítez
- Vicepresidenta Abg. Ivonne Coloma Peralta
- Juez Principal Dr. Ángel Torres Maldonado
- Juez Principal Dr. Joaquín Vitei Llanga
- Juez Principal Mgtr. Guillermo Ortega Caicedo

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y PROMOCIÓN POLÍTICO ELECTORAL INSTITUTO DE LA DEMOCRACIA

El Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Político Electoral, conocido como Instituto de la Democracia (IDD), es una entidad adscrita al Consejo Nacional Electoral y creada en el 2011, tiene la misión de asesorar, investigar, capacitar y promocionar la democracia en el Ecuador, desde un enfoque académico, pedagógico y pluralista.

Su trabajo va dirigido a organizaciones políticas y sociales, gobierno central, gobiernos autónomos descentralizados, universidades, centros de investigación y ciudadanía en general.

Misión

Propiciar el estudio de las democracias representativas, directa y comunitaria; el asesoramiento técnico a la Función Electoral, la capacitación y formación en democracia del personal electoral, de los sujetos políticos y de la sociedad civil; y, la promoción de la democracia en el Ecuador.

Visión

Ser una institución nacional especializada en el fortalecimiento de la democracia mediante la generación de conocimiento en materia político electoral, la calidad de la formación del personal electoral, sujetos políticos y de la sociedad civil, y la promoción mediante la participación política de los ciudadanos trabajando juntamente con organizaciones políticas y sociales, gobierno central, gobiernos autónomos descentralizados, universidades y centros de investigación.

Estructura funcional

El Instituto de la Democracia está estructurado por cuatro procesos: gobernantes, sustantivos, adjetivos y desconcentrados.

Procesos sustantivos

Son los esenciales de la institución destinados a llevar a cabo las actividades que permitan ejecutar efectivamente la misión, objetivos estratégicos y políticas de la institución.

- Dirección Nacional de Capacitación y Formación en Democracia

Su misión es la de planificar, coordinar y dirigir la ejecución de programas y proyectos de capacitación y formación en democracia, dirigidos al personal electoral, sujetos políticos y sociedad civil desde un enfoque de género, intercultural, incluyente, participativo e intergeneracional.

Cursos y foros disponibles: <https://capacitacion.institutodemocracia.gob.ec/>

- Dirección Nacional de Investigación y Publicaciones en Democracia

Se encarga de dirigir los proyectos de investigación, análisis y publicaciones en democracia, en cooperación con otros centros de investigación nacionales e internacionales.

Las investigaciones están orientadas a fortalecer el conocimiento técnico del personal electoral, de los sujetos políticos y de la sociedad civil; además de prestar asesoramiento técnico a la Función Electoral, a través del desarrollo de ponencias y presentaciones de carácter académico. Se encarga de administrar la biblioteca del Instituto de la Democracia orientada a facilitar información especializada en democracia y estudios electorales. De la misma manera, realiza la publicación trimestral de la Gaceta Electoral y la publicación anual de la Revista Democracias la cual es la primera revista de la Función Electoral indexada en Latindex, y se enfoca en generar conocimientos sobre la democracia y los temas electorales a través de la investigación, análisis, debate y publicación.

Revista Democracias: <https://revistainstitutodemocracia.com/>

Gacetos Electorales: https://institutodemocracia.gob.ec/?page_id=669

- Dirección Nacional de Promoción Democrática

La dirección busca promover la construcción de un Estado democrático, participativo, igualitario, de justicia social, donde se respeten las diversidades y se promueva el fortalecimiento de la democracia plena a través de planificar, coordinar y dirigir la ejecución de programas y proyectos de promoción de la democracia, dirigidos a empoderar a los actores políticos, sociales y ciudadanos.

Procesos adjetivos

Son los responsables de generar productos y servicios de asesoramiento y apoyo logístico, viabilizando la gestión institucional.

- Dirección Nacional de Comunicación
- Dirección Nacional de Asesoría Jurídica
- Dirección Nacional de Planificación y Gestión Estratégica
- Dirección Nacional Administrativa Financiera

Procesos desconcentrados

Son aquellos que generan, administran y controlan los productos y servicios destinados a la ciudadanía y permiten cumplir con la misión institucional, en forma desconcentrada, a través de las direcciones zonales.

Direcciones zonales

- Zona 1: Esmeraldas, Manabí y Santo Domingo.
- Zona 2: Carchi, Imbabura, Pichincha, Sucumbíos y Orellana.
- Zona 3: Guayas, Santa Elena, Los Ríos y Galápagos.
- Zona 4: Bolívar, Chimborazo, Cotopaxi, Napo, Pastaza Y Tungurahua.
- Zona 5: Cañar, Azuay, Morona Santiago, El Oro, Zamora Chinchipe y Loja.

Autoridades

- Dra. Ximena Baño Narváez, Directora Ejecutiva.
- Mgtr. Jairo Arciniega, director Nacional de Capacitación y Formación en Democracia.
- Esp. Luis Andrango, director Nacional de Investigación y Publicaciones en Democracia.
- Sr. Julio Peña, director Nacional de Promoción Democrática.
- Mgtr. Gabriela Zurita Camacho, directora Nacional de Comunicación.
- Dr. Pablo Suárez, director Nacional de Asesoría Jurídica.
- Mgtr. Zumak Flores, director Nacional de Planificación y Gestión Estratégica.
- Mgtr. Valeria Pavón, directora Nacional Administrativa Financiera.

REDES SOCIALES



<http://www.institutodemocracia.gob.ec/>



InstitutoDeLaDemocracia



@IDDemocracia



La Constitución de la República del Ecuador establece como uno de los deberes del Consejo Nacional Electoral, el de organizar y poner en funcionamiento un instituto de investigación, capacitación y promoción político electoral, denominado Instituto de la Democracia.

El Instituto de la Democracia propicia el estudio de las democracias representativa, directa y comunitaria; el asesoramiento técnico a la Función Electoral; la capacitación y formación en democracia del personal electoral de los sujetos políticos y de la sociedad civil; y, la promoción de la democracia en el Ecuador, desde un enfoque académico, pedagógico y pluralista.

En ese contexto, en el marco de la conmemoración de los 15 años de vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, se ha pensado en esta publicación que aborda desde diferentes perspectivas, algunos derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna y su evolución, contribuyendo significativamente a la discusión académica y democrática en la búsqueda de formas efectivas para respetar y garantizar los derechos en el Estado ecuatoriano que se ha definido como uno en el que prevalecen los derechos y justicia.



ISBN: 978-9942-8838-3-4



ISBN: 978-9942-8838-4-1

