



Los desafíos en la especialidad de justicia juvenil, el procedimiento y su enfoque restaurativo.

La Maternidad Subrogada en Ecuador: Análisis Jurídico de su Regulación como Contrato Individual de Trabajo.

Los derechos de la naturaleza en Ecuador. Análisis desde la jurisprudencia constitucional.

Análisis de la gobernanza de mendicidad infantil en Ecuador frente a la migración venezolana.

Condiciones para la aplicación de la “Muerte Cruzada” en Ecuador: la utopía constitucional.



1859



SurAcademia, es la revista de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, cuyo objetivo es publicar avances en el debate, la revisión del estado de la cuestión, y los resultados de la investigación científica en los ámbitos jurídicos, sociales, económicos y administrativos. Constituye un espacio para la difusión y transferencia de resultados de conocimiento e innovación en general, cuya cobertura temática va dirigida a profesionales, estudiantes y comunidad en general.

Vigésimo Primera Edición

ISSN: 1390-9045

[e-ISSN: 2602-8190](https://doi.org/10.26023/2602-8190)

Dirección: Av. Pio Jaramillo Alvarado y Reinaldo Espinoza, La Argelia

PBX: (593) 07-2547252 EXT 145

URL: <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia>

www.unl.edu.ec

Correo Electrónico: suracademia@unl.edu.ec

Loja - Ecuador

Maquetación: Equipo editorial "SurAcademia"
Institución Editora: Universidad Nacional de Loja
Código Postal: 110111
Ciudad: Loja
Parroquia: Punzara

Teléfono de contacto: 072-547929



Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

INDEXACIONES

latindex

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

ROAD

Directory of Open Access
scholarly Resources



BASE



RERCIE
Red de Editores y Revistas Científicas Ecuatorianas



AU
RA

AUTORIDADES

Nikolay Aguirre Mendoza, Ph.D
Rector

Elvia Zhapa Amay, Ph.D
Vicerrectora

COMITÉ EDITORIAL

José Rodrigo Maldonado Quezada, MAPP
Director General

María Inés Arévalo Jaramillo, Mg.Sc.
Editora

Jorge Enrique Burneo Celi, Mg. Sc.
Editor

CONSEJO EDITOR

Hilarion José Vegas Melendez, Ph.D.
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Manta-Ecuador

Carlos Correa Granda, Ph.D
Universidad Técnica Particular de Loja
Loja-Ecuador

Israel Celi Toledo, Mg.Sc.
Universidad Técnica Particular de Loja
Loja-Ecuador

Anderson Argothy, Ph.D
Universidad Técnica del Norte
Ibarra-Ecuador

Richard Serna, Mg.Sc
Universidad Autónoma Latinoamericana
Medellin-Colombia

Celeste Gianni, Mg.Sc
Universidad Provincial de Córdoba
Universidad Nacional de Villa María
Córdoba-Argentina

EDITORES INVITADOS:

Pedro Valdivieso Salinas
Universidad Central del Ecuador

Juan Manuel Caicedo Atehortúa
FLACSO- Ecuador

Victoria Paredes Peralta
Universidad Andina Simón Bolívar, sede
Ecuador

Paul Celi Carrión
Universidad Internacional de Valencia

PRESENTACIÓN

La Universidad Nacional de Loja, a través de la revista SurAcademia se propone contribuir con el debate de los fenómenos sociales, legales y políticos, logrando la difusión de importantes trabajos de investigación que promueven la presentación de los artículos seleccionados para esta edición.

En la revista número 21 de SurAcademia se compila una selección de artículos científicos de alta calidad e impacto a través de los cuales se aborda temas jurídicos dirigidos a abordar la justicia juvenil y el cumplimiento del enfoque restaurativo, se incluye también el análisis para la regulación de la maternidad subrogada, y un artículo que identifica los principales criterios jurídicos que se han gestado en el Ecuador frente al derecho de la naturaleza. Desde este mismo campo del derecho, se analiza la figura de la muerte cruzada considerando las implicaciones políticas y legales que esto generó en el país, a partir de su aplicación por parte del Ejecutivo del país en el año 2023. Finalmente, desde la perspectiva social se analiza la mendicidad infantil como un problema de gobernanza.

Recordamos a nuestros lectores que el objetivo de estas publicaciones es vincular las inquietudes académicas de las ciencias jurídicas, sociales y administrativas con problemas de la realidad en el contexto nacional, regional e iberoamericano.

El Comité Editorial

Índice de Contenidos

| Artículos de Investigación | Páginas |
|---|----------------|
| Los desafíos en la especialidad de justicia juvenil, el procedimiento y su enfoque restaurativo. <i>Francisco Javier Cevallos Ortega</i> <i>Santiago Vladimir Cabrera Cabrera</i> <i>Johanna Cecibel Quizhpe Guamán</i> <i>Paulina Leticia Mena Manzanillas</i> | 7 - 19 |
| La Maternidad Subrogada en Ecuador: Análisis Jurídico de su Regulación como Contrato Individual de Trabajo. <i>Cristhian Sarango</i> | 20 - 30 |
| Los derechos de la naturaleza en Ecuador. Análisis desde la jurisprudencia constitucional. <i>Carlos Ochoa Jiménez</i> | 31 - 47 |
| Análisis de la gobernanza de mendicidad infantil en Ecuador frente a la migración venezolana. <i>Raisa León Muñoz</i> | 48 - 57 |
| Condiciones para la aplicación de la “Muerte Cruzada” en Ecuador: la utopía constitucional. <i>Juan Carlos Montaña Escobar</i> <i>Andrea Katherine González Sigcho</i> | 58 - 69 |

Francisco Javier Cevallos Ortega, Universidad Nacional de Loja, Ecuador
francisco.cevallos@unl.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0002-7491-2822>

Santiago Vladimir Cabrera Cabrera, Consejo de la Judicatura, Ecuador
santiago.cabrera@funcionjudicial.gob.ec
<https://orcid.org/0000-0001-5504-3049>

Johanna Cecibel Quizhpe Guamán, Universidad, Naciona de Loja, Ecua-
dor
johanna.quizhpe@unl.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0005-0959-8568>

Paulina Leticia Mena Manzanillas, Investigador independiente
paulety950@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0002-2352-0968>

Recibido: 2023- 11- 03 | Revisado: 2023-12-16
Aceptado: 2024- 01-06 | Publicado: 2024-01-26

Los desafíos en la especialidad de justicia juvenil, el procedimiento y su enfoque restaurativo.

The challenges in the specialty of juvenile justice, the procedure, and its restorative approach.

RESUMEN

La especialidad en justicia juvenil se ha vuelto un desafío en la legislación de Ecuador y más aun con el enfoque restaurativo que como finalidad tiene desjudicializar los procesos penales en los que se encuentra los adolescentes que han cometido un delito y reparar los daños provocados por el ofensor hacia las víctimas primarias, secundarias y la comunidad. A pesar de los fallos jurisprudenciales de la Corte Constitucional que garantizan el corpus juris, sigue la problemática en que los operadores de justicia y todos los que intervienen en el proceso no tienen la formación de cuarto nivel o se justifique la especialidad en justicia penal para adolescentes y de esta manera se garantice los derechos humanos de los adolescentes infractores. Por ello se analiza los estándares internacionales, jurisprudencia y legislación interna en cuanto al principio de especialidad en justicia juvenil, recurriendo al método exegético, analítico.

Palabras claves:

Adolescente infractor, derechos humanos, especialidad, justicia restaurativa, responsabilidad penal.

ABSTRACT

The specialty in juvenile justice has become a challenge in the legislation of Ecuador and even more so with the restorative approach that aims to dejudicialize the criminal processes in which adolescents who have committed a crime are found and repair the damage caused by the offender. towards primary and secondary victims and the community. Despite the jurisprudential rulings of the Constitutional Court that guarantee the corpus juris, the problem continues in which justice operators and all those involved in the process do not have fourth-level training or the specialty in criminal justice for adolescents is justified. and in this way the human rights of adolescent offenders are guaranteed. For this reason, international standards, jurisprudence and domestic legislation are analyzed regarding the principle of specialty in juvenile justice, resorting to the exegetical, analytical and comparative law methods.

Key words:

Adolescent offender, human rights, specialty, restorative justice, criminal responsibility.

INTRODUCCIÓN

En 1899 en Illinois, Chicago se creó el Primer Tribunal Especial de Menores, cuya finalidad fue proteger a este grupo vulnerable por los delitos cometidos y evitar que sean juzgados como adultos y

trasladados a centros penitenciarios; así mismo, en el año de 1989, las Naciones Unidas aprobó el instrumento internacional de mayor jerarquía en garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes como es la Convención de Derechos del Niño (1989), cuyo estándar internacional de *ius cogens* reguló el procedimiento y la creación de tribunales especializados en el juzgamiento de menores.

El principio de especialidad o justicia diferenciada no es reciente, puesto que lleva en auge más de 124 años desde la creación del Tribunal de Menores en Illinois, el mismo fue producto de los delitos masivos por parte de adolescentes, esto debido al capitalismo, sumado a ellos la negligencia de los cuidados de los parentales, la disertación escolar y la pobreza que los llevaba al cometimiento de delitos.

Cortes Morales (2016) citando a Frank Orlando, ¿(1999) en *The Centennial of the first Juvenile Court-A wake or a celebration?*, refiere que:

Antes de la creación del Tribunal especial de menores en el "régimen penal mitigado, a los niños o adolescentes que cometían un delito grave se les imponía la misma pena que a un adulto cuyo resultado era su hacinamiento en los centros penitenciarios de adultos y cuando los delitos eran pequeños se sancionaba con multas. Dicha figura sancionadora en contra de los adolescentes era criticada, puesto que argumentaban que las cárceles se hacían de menores y en realidad no se rehabilitaban, ya que el menor, al tener contacto con delincuentes adultos aprendía a perfeccionarse en su carrera delictual. Con la creación del referido tribunal especializado, lo que se pretendía era que en lugar de encerrarlos se creen reformatorios (escuelas industriales para aprender un oficio), no siendo el castigo la solución, sino la rehabilitación en personas útiles a la sociedad (p. 65)

Pese a que existió el tribunal especializado en Illinois Estados Unidos en el año de 1970 en el caso *Kent vs United States*, se siguió vulnerando este principio de especialidad y diferenciado, pues no se respetó la edad de responsabilidad penal y el debido proceso, es decir no se comunicó a los padres, no tuvo defensa y se lo sancionó por un presunto delito de robo y violación, el adolescente Kent de 16 años fue sentenciado de 30 a 90 años de prisión. En la misma línea, en el estado de Arizona en el caso de *Gerard Gault* de 15 años, fue sancionado con 6 años internamiento por presunto delito de hacer llamadas telefónicas obscenas a su vecina, sin embargo, dicha denuncia no fue ratificada por la perjudicada, tampoco se notificó a los padres, ni estuvo asignado defensor público que le asista en la defensa.

Posterior a ello por la apelación impuesta, la Corte Suprema evidenció que se violaron las siguientes garantías: el derecho a ser notificados de los cargos que se les acusa; estar acompañado por su abogado defensor; el derecho al carreo y contra interrogación de la víctima y testigos; y, el derecho a permanecer callado o autoincriminarse (Cortes Morales, 2016, p. 69), de esta forma el máximo órgano judicial dispuso se garantice el debido proceso en justicia juvenil y que los procesos sean llevados por personal especializado y diferenciado, pues lo que se pretende es rehabilitar y no que el adolescente infractor se perfeccione en el delito.

Sin duda alguna los desafíos en justicia juvenil son un reto en la legislación de Ecuador específicamente en cuanto a la especialidad, pese a que esta justicia juvenil es diferenciada de los adultos y con un procedimiento distinto y con enfoque restaurativo, aún no se cumple a cabalidad este principio que se reforzó con la Sentencia N° 9-17-CN/19 de la Corte Constitucional de Ecuador, que decreto sobre el Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores; y, en el cual expresa que en ningún caso el adolescente que ha cometido un delito podrá ser procesado por un juez penal sin especialidad acreditada, de igual forma devala que en Ecuador hay 358 jueces de familia y solo ocho jueces especializados en esta materia.

Esta especialidad es necesaria por cuanto al no conocerse todo el corpus juris de justicia juvenil se puede perjudicar los derechos humanos del adolescente que está en un proceso penal, para muestra se puede enunciar la destitución del Fiscal de Pastaza¹, por no garantizar lo determinado en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en cuanto a la presunción de edad que expresa: "Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años (Art. 5)

En el presente este artículo se analiza que el problema de la especialización en justicia juvenil en América Latina ha vulnerado los derechos de los adolescentes que han cometido un delito, de igual forma se analiza su fase pre procesal y procesal y las formas de terminación anticipada como enfoque restaurativo.

¹ Con fecha 22 de marzo de 2022, el Pleno del Consejo de la Judicatura (CJ) destituyó del cargo a Irar A.T. quien se desempeñaba como agente fiscal de Pastaza. El exservidor de acuerdo a lo que consta en el expediente disciplinario, el exservidor no garantizó que, en el citado caso, actúen fiscales especializados en asuntos de adolescentes infractores. Además, no dispuso la práctica de las diligencias investigativas necesarias para establecer la edad de la persona investigada en la causa.

METODOLOGÍA

No fue fácil definir la metodología en el presente trabajo de investigación, ya que la pluralidad de enfoques, teorías, disciplinas, categorías y métodos permiten realizar una buena indagación (Lariguet, 2016), en el mismo contexto el investigador Haba Muller (2007) refiere que "en las pesquisas se arribe a algún conocimiento que no sea bastante ligero y no esté ya indagado. Una investigación no tiene sentido si no es para arribar a algún tema de trascendental importancia" (p.133) con ello lo que se pretende es dar a conocer la problemática de la alienación parental en los niños, niñas y adolescentes, por ello los métodos utilizados fueron:

Método Analítico: se realizó un análisis haciendo una separación de todo un campo de información desglosándolo en sus partes, esto permitió develar la naturaleza de la investigación y sus efectos, para percibir adecuadamente lo estudiado, por lo que, de la revisión bibliográfica se expondrá el logro de los resultados de obtenidos en la investigación sin que exista ambigüedad alguna, lo que permite indagar acerca de la situación actual del principio de especialidad, sus desafíos y la justicia juvenil.

Método Exegético: se basa en la exégesis de los textos legales, que ayudará a establecer las bases conceptuales del para que, de las normas jurídicas y de esta manera la investigación sea más clara e imparcial posible.

Toda la metodología descrita sirvió para justificar la investigación del principio de especialidad en la legislación de Ecuador, sus desafíos y alcances frente a los delitos cometidos por los adolescentes infractores.

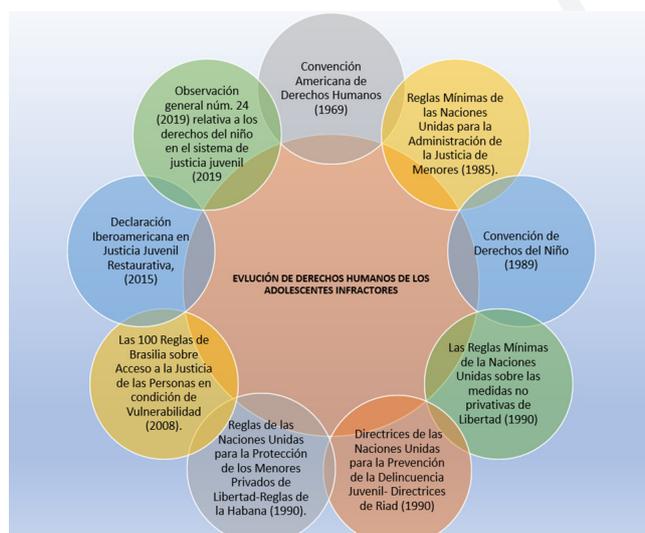
RESULTADOS

Normativa que garantiza los derechos humanos de los adolescentes infractores

El sistema procesal de justicia juvenil en Ecuador y América latina está garantizado por un corpus juris variado, así como también de jurisprudencia, por ello a lo largo de estos años se han emitido varios tratados de índole internacional que han conminado a los Estados partes a regular su normativa interna a fin de precautelar la integridad de los adolescentes cuando son procesados por un delito.

Estos tratados han instado que en materia de adolescentes infractores se promulguen reglas que sirvan de guía, para que antes de emitir penas se dicte medidas socioeducativas alternas al internamiento, y cuando esto no sea posible se garantice la integridad en los Centros de Internamiento para los Adolescentes. Así mismo los Estados a través de la ONU preocupados por la integridad de los adolescentes delincuentes, han regulado procedimiento en justicia juvenil restaurativa con la finalidad de desjudicializar los procesos a través de programas o prácticas restaurativas para que el adolescente deserte de la conducta delictiva, por ello se devela y menciona brevemente el corpus iuris relevante en materia de justicia juvenil.

Imagen: 1



Fuente: Elaborado por: Cevallos Ortega y otros.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) conocida también como (Pacto de San José), reconoce los derechos de los adolescentes que cometen delitos, tal es así que en su numeral 5 del Art. 5, prevé e insta a los estados partes a que sean tribunales especializados los que juzguen a los adolescentes, debiendo ser separados de los adultos y que el proceso sea ágil, de igual forma en el Art. 19, dispone que se emita medidas de protección acorde a su edad, por ello se habla de medidas socioeducativas para los adolescentes y no penas como se impone a los adultos.

La Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de Administración de Justicia de Menores, conocidas también como Reglas de Beijing (1985), estas responden a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos, para satisfacer las necesidades de la sociedad y aplicar cabalmente la justicia de los menores, por ello la regla 5, 14 y 22, se refiera a autoridades competentes y especializadas en materia de justicia juvenil.

La Convención de Derechos del Niño de (1989) dio paso a que se reconozca al niño, niña o adolescente como sujetos de derechos dejando atrás a la vieja doctrina de protección irregular, por eso se dice que esta tratado de índole internacional es uno de los más importantes por que garantiza en todos los ámbitos los derecho del niño, en especial la justicia de adolescentes pues dispone que ningún adolescente procesado será sometido a la tortura, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la detención o encarcelación ilegales o arbitrarias. Todo niño privado de libertad deberá ser tratado con humanidad, estará separado de los adultos, tendrá derecho a mantener contacto con su familia y a tener pronto acceso a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de Libertad, conocidas también como las Reglas de Tokio (1990), contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. En este sentido las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una medida socioeducativa, en todas las fases de la administración de la justicia penal.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas también como las RIAD (1990), estas constituyen uno de los documentos más modernos que existen, en el marco del derecho penal, esta directriz pretende prevenir eficazmente la delincuencia juvenil. Con este tratado entre sus principios esta la prevención de la delincuencia pues es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. En este sentido si los adolescentes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientarán hacia la sociedad y enfocarán la vida con criterio humanista y útiles a la sociedad, a fin de que no pueden ser presa fácil de las bandas delictivas y cometan delitos.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad conocidas como Reglas de la Habana (1990), tienen como objetivo establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

Su lema principal es que el encarcelamiento deberá usarse como último recurso y en caso de privárselo de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad y por ello reintegrarse a la sociedad como personas de bien sin que sean estigmatizados por la comunidad.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad (2008), estas reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial, esta reglas engloban a migrantes, personas con discapacidad, comunidades indígenas, migrantes y en especial de los niños, niñas o adolescentes cuando están siendo procesadas por un delito, por ello dispone que se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial juvenil.

La Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa, (2015), es importante porque vela por la aplicación de la justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil, se visualiza como la forma adecuada para resolver la responsabilidad de niños, niñas y adolescentes

en conflictos jurídico penales, promoviendo una amplia variedad de medidas que van desde la desjudicialización hasta la reparación integral a la víctima, prioriza las medidas no privativas de libertad y convierte la privación de libertad en el último recurso por el más breve tiempo posible, por ello en Ecuador se apunta la desjudicialización con las formas de terminación anticipada del proceso entre ellos la mediación, conciliación, suspensión a prueba, remisión.

La Observación General núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, es la más importantes en materia de adolescente infractores, pues insta a los estados a no regular a temprana la edad de responsabilidad penal, puesto que el lóbulo prefrontal del cerebro está desarrollándose, por ello se solicita que los tribunales sean especializados debiendo tener en particular el reclutamiento y la utilización de niños por grupos armados para el cometimiento de delitos.

Así mismo en cuanto a jurisprudencia existe la Opinión Consultiva OC-17 (2002) respecto de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, el caso Mendoza y otros Vs. Argentina ², emitida con fecha 14 de mayo de 2013; y el caso Instituto de Reeducción del menor” Vs. Paraguay ³; emitida con fecha 2 de septiembre de 2004, estas dos sentencias de carácter vinculante falladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispone que por haberse vulnerado los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la ley penal o en contacto con el sistema penal, reparen los daños causados a sus familiares y que se regule la normativa interna para garantizar la especialidad con un debido proceso diferenciado de los adultos.

Principio de especialidad

El principio de especialidad y que es materia principal del presente trabajo de investigación está determinado en el corpus juris, en la doctrina y normativa interna de la legislación de Ecuador.

En el contexto internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en cuanto al principio de especialidad y tribunales especializados expresa “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”. (Art. 10.3), este pacto internacional conmina a los estados partes a regular la normativa interna y procesar a los adolescentes infractores por tribunales especializados y a imponer medidas socioeducativas acorde a su edad, cuya finalidad será la rehabilitación.

De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en cuanto a los tribunales especializados refiere que “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribuna especializados, con la mayor celeridad posible” (Art. 5.5), el tratado de ámbito regional también se pronuncia respecto a la especialidad de los jueces en justicia juvenil, en este sentido los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia son especializados se cumple con los estándares internacionales.

La norma de mayor garantía de niñez y adolescencia que dio paso a la doctrina de protección integral, como es la Convención de Derechos del Niño (1989), en cuanto al principio de especialidad y debido proceso, expresa que:

Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción (CDN. Art. 37.d);

Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales (CDN. Art. 40. 2.iii).

Esta norma internacional y de cumplimiento obligatorio insta a los estados partes a que se regule la normativa, debiendo disponer de tribunales de menores especializados y con un proceso diferenciado de los adultos en pro de garantía del interés superior de niño.

² El caso en especial trata a la responsabilidad internacional de Argentina por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Asimismo, por la falta de tratamiento médico a un interno, y por la falta de investigación y sanción de los responsables de un acto de tortura.

³ Así mismo Paraguay es responsable internacional por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las deficientes condiciones de dicho centro, hacinamiento y torturas por parte de los guías.

La Observación General N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, refiere que los adolescentes procesados deben ser sometidos a un procedimiento juvenil e insta a los estados partes a regular su ordenamiento jurídico sobre las edades mínimas para aplicar medidas no privativas de libertad y a quienes se aplica el sistema juvenil, para ello los estados partes deben contar con toda la infraestructura y personal idóneo para la aplicación del sistema integral penal.

La Organización de Naciones Unidas (1985) en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing" en cuanto a la especialidad expresa: "Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción" (Regla 22).

De igual forma, al decidir sobre litigios o escenarios que impliquen niños y adolescentes, se debe salvaguardar la especialidad de los operadores de justicia y quienes intervengan en todo el proceso penal. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la "remisión" a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña. Igualmente, debe brindarse la capacitación de las autoridades que resuelven los conflictos de los menores de edad, como un requisito fundamental del ejercicio de sus funciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17, 2002), esta opinión de la CIDH insta a preparar o formar a los operadores de justicia y los que prestan sus servicios en las Juntas Cantonales de Protección de Niñez y Adolescencia.

Este derecho de los adolescentes en conflicto con la ley penal se manifiesta en el proceso a través del llamado "principio de especialidad", que tiene dos aristas: a) la aplicación del derecho sustantivo y adjetivo diferente; y b) juzgados o tribunales judiciales específicos, dicho procedimiento específico nacen con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores "Reglas de Beijing" (Terragni, 2019).

Por otro lado, se insta a que los Estados formen y fortifiquen la especialización de los Sistemas Penales Juveniles por medio de conocimientos de formación completa que permitan la profesionalización del sector y el mantenimiento de la competencia y los cuales incluyan a todos los intervinientes de dichas unidades especializadas, instando a las Universidades incorporen su malla curricular la especialización en justicia juvenil, así mismo que se prevalezca como política institucional el sistema de preparación continua dirigidos al personal operador de Justicia Juvenil en cada país, los cuales garanticen su especialización e implementación a través de las Escuelas o Unidades de Capacitación o Formación de las Instituciones. (Campistol y Herrero, 2016)

De igual forma, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en la misma línea de los estándares internacionales en cuanto a la especialidad dice:

Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores (Art. 175)

La Carta Magna eleva en mandato constitucional la especialidad en justicia juvenil, en igual forma el Art. 255⁴ y 259⁵ del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en cuanto a la administración de justicia especializada la divide: en Juzgados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Adolescentes Infractores, estos son los regulados en la norma sustantiva de justicia de adolescentes infractores.

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia, en la legislación de Ecuador se emitió la Sentencia N° 9-17-CN19 de la Corte Constitucional sobre el Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores, y refiere que un operador de justicia juvenil es especializado cuando tiene las siguientes capacidades: 1) Conocimiento sobre derechos de niños, niñas y adolescentes (doctrina de protección integral); 2) Comprensión de la distinción entre la justicia de adolescentes infractores y otras forma de hacer justicia en particular la justicia penal para adultos; 3) Compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores. (Corte Constitucional, 2019)

4 Especialidad. - Establécese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código.

5 Órganos jurisdiccionales. - La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia está conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Adolescentes Infractores

La referida sentencia, pese a que nos habla de la especialidad en su párrafo 63 dice al momento, el derecho a una justicia imparcializada y especializada para adolescentes infractores es imposible de cumplir en todo el territorio ecuatoriano y en todos los casos. Según la información proporcionada en la audiencia por la sociedad civil y corroborada por el Consejo de la Judicatura, apenas existen ocho jueces especializados en todo el país y trescientos cincuenta y ocho jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia.

Pese a que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto al principio de especialidad, el Consejo de la Judicatura a través de la Escuela de Función Judicial ha preparado una malla curricular de especialidad de justicia juvenil de cuarto.

Para ello en la legislación de México al referirse a la especialización del juez determina como una cualidad específica exigible que forma parte del sistema integral de justicia, el cual debe acreditarse como sucede con otros requerimientos legales exigidos para ejercer el cargo en justicia juvenil, debiendo este ser de dos formas: a) por medio de una certificación expedida por una institución educativa con reconocimiento oficial, y b) por una práctica profesional en la materia, por un plazo razonablemente prolongado y un prestigio o reconocimiento adquirido en ella, que respalde su conocimiento amplio y actualizado (Poder Judicial de México, 2008, p. 610), esto conlleva a colegir que quien participe para juez debe tener el perfil exigido y cuando ya está ejerciendo el cargo debe adquirir los conocimientos y formarse continuamente.

Así mismo cuando alguien va a ejercer o patrocinar la defensa en justicia penal para adolescentes y este no se identifica en la audiencia y no justifica la especialidad, no se puede afirmar que tiene conocimientos técnicos en derecho, y mucho menos que cuenta con los conocimientos especializados exigidos en ese sistema, relativos a una adecuada capacitación o instrucción multidisciplinaria sobre el régimen de procuración e impartición de justicia juvenil, en la materia y con énfasis particular y preponderante al aspecto jurídico y con un perfil especial en cuanto al trato y la actitud humanitaria hacia el adolescente (Primera Sala Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, 2015).

En Argentina se juzga a partir de los 16 años y como política de estado es la formación e incluso existe la Ley Lucio⁶ establece la capacitación obligatoria sobre derechos de la infancia y violencias contra niñas, niños y adolescentes para todos aquellos que ejercen la función pública en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial

Con este análisis jurídico, doctrinal y jurisprudencial se colige que la especialidad en justicia juvenil no es nueva, puesto que nace en Illinois Estados Unidos en 1899, teniendo su lucha por más de 124 años, así mismo se visualiza que esta principio de quien administra justicia o pretende garantizar sus derechos en proceso debe ser justificada, pero para ello el Consejo de la Judicatura debe ofertar dicha especialidad o en coordinación con alguna universidad se promoció y se oferte, y de esta manera existan jueces con la formación requerida a fin de garantizar los derechos humanos de los adolescentes que han cometido un delito. Ello también conllevará a que se adecuen las medidas socioeducativas acorde al delito cometido, debiendo tener en cuenta el enfoque restaurativo a través de las formas de terminación anticipada del proceso o de los diferentes programas que ofrece el nuevo paradigma de justicia restaurativa.

El sistema procesal juvenil y la justicia restaurativa

Como lo digo el experto en el tema de justicia juvenil Terragni Martiniano, en los procesos de justicia juvenil deben ser diferenciados de los adultos, por ello Bellof (2018) manifiesta que en Latinoamérica con aciertos o desaciertos han ido implementando en la normativa interna los procedimientos diferenciados de los adultos con tribunales especializados, con edades de responsabilidad penal diferente tanto en América del Sur o América Central y Europa (p.58).

Por ello para hablar del proceso penal y la responsabilidad penal del adolescente definamos quien es niño en base a la Convención de Derechos del Niño (1989) refiriendo que es "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable" (Art. 1), un concepto más concreto sobre el niño, niña o adolescente da el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) el mismo que enuncia que niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad y adolescente

⁶ En honor al niño Lucio nace esta ley y el caso versa El 17 de febrero de 2023, la Justicia argentina condenó a prisión perpetua a Magdalena Espósito Valenti, madre de Lucio Dupuy, por el homicidio triplemente calificado de su hijo de 5 años, y a Abigail Páez, pareja de la mujer, de homicidio doblemente calificado del menor y también de abuso sexual con objeto fálico.

Lucio murió el 26 de noviembre de 2021. Los médicos forenses determinaron que falleció por "edema cerebral con enclavamiento, asociado a múltiples golpes violentos".

Según la investigación, el niño de 5 años fue víctima de "una modalidad abusiva crónica" durante los meses anteriores y sufrió repetidas lesiones, algunas de ellas con "especial forma de crueldad".

es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad (Art. 4) y en cuanto a quienes pueden ser sometidos a un proceso refiere que los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, indicando que más bien se les impondrá medidas socioeducativas por su responsabilidad; y, en el caso de los niños cuando cometan delitos son definitivamente inimputables y jamás se le dirá que son responsables; por tanto, no pueden ser procesados ni imponerse medidas socioeducativas. (Arts. 305-307)

Con estas definiciones se puede decir que los adolescentes son responsables penalmente; y, en cuando estén en conflicto por la ley, no pueden ser juzgados por jueces penales y peormente que se les imponga una pena, ya que la responsabilidad penal juvenil acarrea medidas socioeducativas.

Responsabilidad penal



Fuente: Dra. Mary Beloff <https://youtu.be/ZJztDoKz7nU>

La Constitución de la República del Ecuador (2008) respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes manifiesta que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores (Artículos 148 y 175).

El sistema procesal penal juvenil garantiza los derechos humanos de los adolescentes que han cometido un delito, tal es así que la entidad estatal que vela por los intereses de este grupo vulnerable como es la Defensoría Pública del Ecuador (2019) dispone que los defensores públicos especializados que asuman la defensa técnica desde la aprehensión hasta su culminación, conozcan los principios de justicia juvenil, para la aplicación correcta de dichos principios, y con ello de asegurar una defensa técnica y profesional, orientada a desjudicializar los procesos y su enfoque sea restaurativo reparando el daño y reinsertando al adolescente y de esta manera a futuro deserte del delito. (p. 17).

Por ello, en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Libro cuarto de responsabilidad del adolescente infractor, Título IV del juzgamiento de las Infracciones, Capítulo I, determina sobre la acción y los sujetos procesales, en el primer enunciado es el fiscal quien está a cargo de la acción pública y privada, en cuanto a los sujetos procesales son: el fiscal y defensor público especializado, la víctima y ofensor. En cuanto a las etapas del juzgamiento son la instrucción fiscal, evaluación y preparatoria de juicio y juicio, por la falta de jueces especializados la Sentencia de la Corte Constitucional signada con el No. 9-17-CN/19 sobre el juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores, ha establecido que el juez que conoció las etapas de instrucción, evaluación, preparatoria de juicio, no podrá sustanciar la fase de juicio ni dictar sentencia, por el principio de imparcialidad. Por ello, la audiencia de juicio debe ser enviado a otro juez especializado en ado-

lescentes infractores y de esta manera resuelva teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta; y, el medio familiar y social en el que se desenvuelve. Se debe tener claro que previo a ello existe fase procesal que es la investigación previa y esta no excederá de cuatro meses en los delitos de hasta cinco años, ni de ocho meses en aquellos sancionados con pena superior a cinco años, una vez recopilados o no los elementos de convicción el fiscal formula cargo e inicia instrucción fiscal o archiva el proceso según corresponda.

En los procesos donde los adolescentes han cometido un delito el Estado ecuatoriano lo que pretende es reconocer los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes que están en conflicto con la ley penal, por ello la Defensoría Pública del Ecuador (2016) en su Guía Práctica para el litigio en Justicia penal Juvenil con enfoque restaurativo entre sus principios tiene "Aplicar los principios de la justicia juvenil penal especializada con enfoque restaurativo, con miras a restablecer la relación de los adolescentes con la comunidad y víctimas, promoviendo su plena integración y desarrollo personal" (p.17) de igual forma el Consejo de la Judicatura (2015) emite la Guía para la aplicación del Enfoque Restaurativo en la justicia juvenil, dicha herramienta tiene como objetivo principal contribuir al compromiso diario de los operadores de justicia, especialmente aquello/as que resuelven contiendas respecto de adolescentes en conflicto con la ley penal. Con la referida guía, los jueces les permitirán conocer y analizar los principios de una justicia especializada con enfoque restaurativo, con el propósito de tomar decisiones judiciales coherentes y consistentes que favorezcan un juicio justo, especializado y orientado a una efectiva resocialización y reeducación de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal, respetando de esta manera los intereses de la comunidad y de las personas afectadas por sus actos (p. 9).

Con estas referidas guías, tanto el defensor público como el juez deben garantizar un proceso justo y especializado al adolescente infractor, propendiendo si es posible desjudicializar los procesos con las siguientes formas de terminación anticipada:

Conciliación promovida por el Fiscal de justicia juvenil, procede en los delitos sancionados con penas de hasta 10 años, se lleva a efecto una reunión entre la persona ofendida, el adolescente y sus representantes legales, en el caso de que se llegue a un acuerdo material e inmaterial, el mismo se presentará ante el juez para la terminación de la causa.

Conciliación promovida por el juez, se la propone en la audiencia evaluatoria de juicio, una vez aprobada, el ofensor o adolescente procesado debe cumplir con lo acordado, caso contrario se continuará con la etapa procesal, en igual forma si la víctima no acepta se agota las instancias legales.

Mediación penal, procede en las mismas condiciones que la conciliación, es decir, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta 10 años. En cambio, aquí puede solicitarla cualquier sujeto procesal hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, debe existir el consentimiento libre, informado, voluntario y expreso de la víctima y adolescente procesado. De haber acuerdo total, el juez declarará extinguida la acción penal y de no haber acuerdo centro de mediación especializado o al incumplimiento del acuerdo se continuará con el proceso.

La suspensión a prueba, se solicita hasta la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio en los delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta 10 años; debe existir como requisito el consentimiento del adolescente. Cumplidas las medidas o reparaciones por parte del adolescente, se solicitará el archivo de la causa, en caso incumplimiento, se continuará con el cauce procesal.

Remisión del fiscal, procede en los casos de delitos sancionados con penas de hasta 2 años; y, si se ha reparado a la víctima por parte del ofensor, el fiscal automáticamente se declara la remisión del caso y archiva el expediente.

La remisión con autorización judicial, en cambio, procede en los delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta 5 años, esto no significa que el adolescente reconozca el delito, pero es necesario que exista el consentimiento del adolescente y que no se haya beneficiado anteriormente con este tipo de medida o socioeducativa que la propone el fiscal o adolescente en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Aceptada por el juez, se extingue el proceso siempre y cuando cumpla integralmente la medida socioeducativa impuesta. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, Arts. 345-351).

Las formas de terminación anticipada descriptas pretenden que el defensor especializado las proponga siempre y cuando se configuren en las penas del Código Orgánico Integral Penal, y por otra parte, el juzgador las acepte con los requisitos exigidos, esto a fin de promover la justicia restaurativa, es decir no sancionar si no reparar el daño causado a la víctima y las víctimas secundarias.

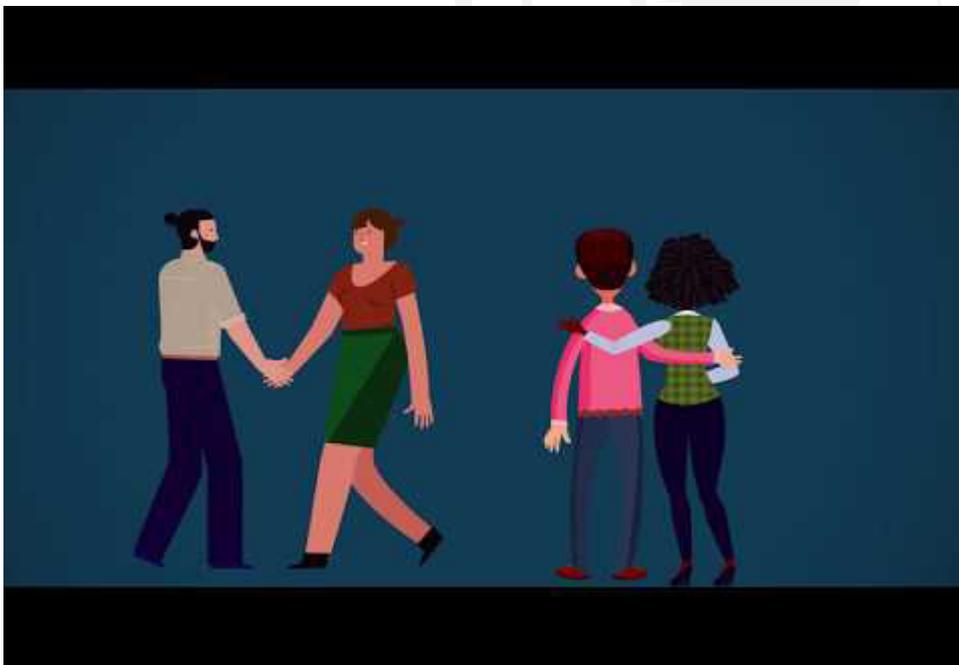
El padre de la justicia restaurativa Zehr (2007) refiere que este nuevo paradigma aporta un verdadero cambio de paradigma, del modelo retributivo (castigo) al restaurador, tomando como eje central los daños y las necesidades tanto de la víctima como el delincuente (ofensor) y la comunidad; por lo tanto, es solidaria y cooperativa en los procedimientos en los que estarán involucrados. Todo esto con el fin de corregir los caminos que nacieron mal (p. 6).

En la misma línea, la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (2006) expresa que los términos que se usan para describir el movimiento de justicia restaurativa son: "justicia comunitaria", "hacer reparaciones", "justicia positiva", "justicia relacional", "justicia reparadora", y "justicia restauradora", todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos". (...) El énfasis en esta definición está claramente presente en los procesos participativos diseñados para alcanzar resultados deseados. Un "proceso restaurativo" se define como "todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. (pp. 6-7)

El nuevo paradigma de la justicia restaurativa pretende apuntar a la reparación y no al castigo; utilizando de programas y procesos que se centren en la solución del conflicto, desde las partes que lo originaron y no en el ius puniendi del Estado.

La Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (2006) describe que la justicia restaurativa tiene 6 objetivos específicos: a). Apoyar a las víctimas; b). Reparar las relaciones dañadas por el crimen; c). Denunciar el comportamiento criminal como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad; d) Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los delincuentes; e) Identificar resultados restaurativos y directos. En lugar de enfatizar las reglas que se han roto y el castigo que debe ser impuesto, tienden a enfocarse principalmente en las personas dañadas. La justicia restaurativa se basa en las relaciones y se esfuerza en conseguir resultados que satisfagan a un grupo amplio; f) Reducir la reincidencia, motivando el cambio en los delincuentes particulares y facilitando su reintegración a la comunidad; g) Identificar los factores que causan el delito e informar a las autoridades responsables para que implementen estrategias de reducción del delito (pp. 10-11).

Justicia Restaurativa



Fuente: <https://youtu.be/BZl5he5nXOw>

Estos objetivos de la justicia restaurativa pretenden reconstruir el tejido social por el daño causado por el ofensor, involucrando a todos los perjudicados en el proceso, de forma más específica en la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa (2016) en cuanto al enfoque de justicia juvenil⁷ restaurativa refiere que debe tener una visión diferente del derecho penal tradicional e incor-

⁷ La justicia con enfoque restaurativo puede entenderse como una mirada diferente de la justicia juvenil. • Mirada que aborda

para con fuerza principios o derechos que hay que tener en cuenta y que se convierten en principios de actuación: principio del interés superior del niño y del adolescente, principio de oportunidad, principio de intervención mínima, principio de flexibilidad, principio de no discriminación, principio de excepcionalidad de la privación de libertad, principio de especialización, principio acusatorio, principio de subsidiariedad, principio de legalidad, principio de participación social, principio de celeridad, derecho del menor a ser escuchado, presunción de inocencia, derecho a la asistencia legal y juicio imparcial.

Sin duda alguna el proceso penal en adolescentes es diferenciado de los adultos y con personal especializado, no se impone penas sino medidas socioeducativas, no se los envía a centros carcelarios sino, a centros de internamiento por el menor tiempo posible, por ello se habla de justicia restaurativa que lo que pretende es reparar el daño a la víctima y que el ofensor se responsabilice por el delito cometido, teniendo un enfoque educador siempre.

Así mismo verificada la doctrina la especialidad en justicia juvenil no es nueva, en el año de 1899, en el estado de Illinois, Estados Unidos, ya se creó el primer Tribunal Especial de menores, cuya finalidad era que los adolescentes en conflicto con la ley penal sean procesados de manera diferente a los adultos y por tribunales especiales, debiéndose les emitir medidas socioeducativas y no seansancionados con penasaltas.

Pese a que se ha hablado del principio de especialidad en el proceso penal y su enfoque restaurativo, en la realidad son pocos los jueces especializados en adolescentes infractores, esta información la devela la misma Sentencia N° 9-17-CN/19 de la Corte Constitucional de Ecuador, indicando que en Ecuador hay 358 jueces de familia y solo ocho jueces especializados en esta materia, es decir donde no hay jueces de adolescentes infractores los jueces de familia atiende los casos de adolescentes infractores, vulnerándose de esta manera el principio de especialidad, pero la pregunta es ¿existen universidades que ofertan dicha especialidad o maestría?. Así mismo, en la legislación de Ecuador no existe la justicia restaurativa, más bien con las guías de la defensoría pública y juzgadores, direccionan a los jueces y defensores, por un lado, a proponer las formas de terminación anticipada como enfoque restaurativo; y, por otro lado, los jueces aceptar las mismas para desjudicializar los procesos y acatar los estándares internacionales de justicia juvenil.

CONCLUSIONES

Una vez que se ha abordado como y donde nace el tribunal especializado en justicia juvenil y como se aplica el corpus juris en justicia juvenil en la legislación de Ecuador, así como en las legislaciones de México y Argentina, respecto del juzgamiento y edad de los adolescentes infractores, colegimos que un desafío en la legislación de Ecuador poder contar en todos los juzgados con jueces especializados en justicia juvenil o delincuencia juvenil, pues la Sentencia N° 9-17-CN/19 de la Corte Constitucional sobre Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores, refiere que no cuentan con presupuesto y que es mínimo el personal especializado, por ello se llega a las siguientes conclusiones:

Primera. - Que no se cuenta al 100% con operadores de justicia especializados en justicia juvenil o delincuencia juvenil por ello a fin de cumplir con lo determinado en la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención de Derechos del Niño, Observación General 24, Opinión Consultiva OC17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, y más normativa internacional, se debe contar con jueces, fiscales y defensores especializados en justicia juvenil, para garantizar los derechos humanos de los adolescentes infractores.

Segunda. - Que, pese a que se carecía de normativa sustantiva y adjetiva en el año de 1899 en el estado de Illinois, Estados Unidos a fin de garantizar los derechos humanos de los menores de edad infractores, se creó el primer Tribunal Especial de menores, cuya finalidad era que los adolescentes en con-

de manera integral y respetuosa al adolescente o joven infractor, a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad. • Que propone una nueva visión humanista sobre el rol de las propias instituciones que forman parte del sistema de justicia y de sus operadores. • Que visibiliza al adolescente haciéndolo sujeto de derecho y de garantías. • Que hace del proceso penal un proceso fundamentalmente educativo y pedagógico que permita llegar a la responsabilización. • Que entiende la responsabilidad no solo en términos jurídico penales, sino también como un proceso de crecimiento personal que permite comprender a los adolescentes y jóvenes las consecuencias de sus actos, y que promueve la empatía con aquellas víctimas que se hubieran visto afectadas por sus hechos. • Que la víctima es entendida como sujeto de derechos y de garantías y es una parte clave para la resolución del conflicto. • Que sus intereses legítimos y sus necesidades van a ser atendidas, y que de igual modo va a evitar el estigma y la revictimización. • Que desde este enfoque se va a tomar muy en cuenta la participación de la comunidad, de sus recursos institucionales, sociales e individuales. • Que estos recursos son puestos a disposición de la resolución pacífica y efectiva del conflicto derivado de la acción delictiva, pero que se hará uso de ellos de una manera articulada y coordinada. • Por último, que el enfoque restaurativo propone y propondrá siempre la reparación y la paz social, como objetivo principal frente al concepto de retribución.

flicto con la ley penal sean procesados de manera diferente a los adultos y por tribunales especiales.

Tercera. - Que, para garantizar el principio de especialidad en justicia juvenil determinado en el corpus juris, los jueces, fiscales y defensores públicos cuenten con especialidad o maestría en justicia juvenil, debidamente reconocidas por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), esto a fin de que se cumpla emanado por los tratados internacionales y reglas de ius cogen.

Cuarta. - Se colige que en la legislación de Ecuador se carece de la figura legal de justicia restaurativa y sus prácticas restaurativas, debiendo aplicar las formas anticipadas de terminación de los procesos tales como mediación, conciliación, remisión, suspensión a prueba y remisión fiscal y judicial, como justicia restaurativa, por ello es imperativo su regulación a fin de reintegrar al adolescente a la sociedad y deserte de la conducta delictiva.

Quinta. - En la legislación de México, se debe estar registrado en el Poder Judicial como defensor especializado para patrocinar procesos judiciales de adolescentes en conflicto con la ley penal caso contrario no pueden porque se vulnera el derecho a una defensa especializada y adecuada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2003, 3 de enero). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No. 737.
- Beloff, M. (2018). Derechos del Niño, su especial protección en el Sistema Interamericano. 2^{ed}. Hammurabi.
- Campistol, C. y Herrero, V. (2016). Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. <https://bit.ly/49dUe4R>
- Comité de los Derechos del Niño. (2019). Observación General N° 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. <https://bit.ly/49dUtNj>
- Consejo de la Judicatura -Defensoría Pública. (2016). Guía Práctica para el Litigio en Justicia Penal Juvenil con enfoque restaurativo.
- Consejo de la Judicatura (2018) Guía Práctica para la aplicación del enfoque restaurativo en Justicia Juvenil.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia N° 9-17-CN/19 de fecha 09 de julio de 2019, sobre Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentenciacc%209-17-CN19.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos del Niño. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Caso Mendoza y otros vs. Argentina. https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=388
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221
- Cortes Morales, J. (2016). A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente.
- Cumbre Judicial Iberoamérica (2008). Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. 06 de marzo de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Lariguet, G. (2016). Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas. Editorial Brujas.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos, San

José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. <https://bit.ly/3UkgCFn>

- Organización de Naciones Unidas. (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing". <https://bit.ly/4989boU>
- Organización de Naciones Unidas. (1990). Reglas mínimas de las Naciones sobre las medidas no privativas de libertad "Reglas de Tokio". <https://bit.ly/4b8wBwi>
- Organización de Naciones Unidas. (1990). Sobre las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil- Directrices de Riad". <https://bit.ly/3SDvLkb>
- Organización de Naciones Unidas. (1990). Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad-Reglas de la Habana (1990). <https://bit.ly/4bujWnR>
- Poder Judicial de México. (2008). Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII. P/J/2008.
- Primera Sala Corte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). Defensa adecuada en el régimen constitucional de justicia para adolescentes, Libro 24, Tomo 1: Décima Época. Gaceta del seminario judicial de la federación.
- Pleno del Consejo de la Judicatura. (2022). Pleno del Consejo de la Judicatura destituye a Fiscal de Pastaza. <https://bit.ly/49aVq9d>
- Terragni, M. (2019). El principio de especialidad de la justicia juvenil restaurativa y el procedimiento de flagrancia. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. ERREIUS
- Zehr, H. (2007). El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. Good Books Intercourse.

Cristhian Sarango, Universidad Técnica Particula de Loja, Ecuador
 cgsarango@utpl.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-0743-471>

Recibido: 2023- 11- 03 | Revisado: 2023-12-16
 Aceptado: 2024- 01-06 | Publicado: 2024-01-26

La Maternidad Subrogada en Ecuador: Análisis Jurídico de su Regulación como Contrato Individual de Trabajo

The regulation of surrogacy as an individual employment contract in Ecuador

RESUMEN

El objetivo primordial de esta investigación consistió en analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo en Ecuador. Para llevar a cabo este análisis, se empleó una metodología basada en los principios de la dogmática jurídica *lege ferenda*, considerando estudios previos sobre el tema, así como en la Constitución ecuatoriana, el Código de Trabajo y otras leyes pertinentes. Entre los resultados más significativos, se destaca la necesidad imperante de reglamentar la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo individual que conlleve derechos y obligaciones específicos. Por tanto, se concluye que es crucial y necesario que la legislación ecuatoriana establezca un marco legal sólido que regule la maternidad subrogada, definiendo con claridad los roles y responsabilidades de las partes, y garantizando los derechos reproductivos de todos los involucrados.

Palabras clave:

maternidad subrogada, regulación laboral, derechos reproductivos, marco legal.

ABSTRACT

The primary objective of this research was to assess the need to regulate surrogacy in Ecuador as an individual employment contract. To carry out this analysis, a methodology based on previous studies on the subject was used, as well as the Ecuadorian Constitution, the Labor Code, and other relevant laws. Among the most significant results, the pressing need to regulate surrogacy as a form of individual work that entails specific rights and obligations stands out. Therefore, it is concluded that it is crucial and necessary for Ecuadorian legislation to establish a solid legal framework that regulates surrogacy, clearly defining the roles and responsibilities of the parties, and guaranteeing the reproductive rights of all those involved.

Key words:

surrogacy, labor regulation, reproductive rights, legal framework.

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, tema de gran trascendencia y actualidad, genera posturas enfrentadas en todo el mundo, involucrando aspectos legales, éticos y sociales. En este estudio, se busca ofrecer un análisis exhaustivo y multidimensional de la maternidad subrogada, explorando diferentes aspectos de este fenómeno complejo. Para ello, se empezará proporcionando una definición precisa y clara de la maternidad subrogada, estableciendo así un marco de referencia común que facilite el entendimiento del tema. Esto requerirá la identificación y explicación de los actores principales involucrados: la madre subrogante, la mujer que

gesta el embarazo, y la pareja subrogante, quienes desean tener un hijo mediante este proceso.

A continuación, se examinarán las responsabilidades de todas las partes involucradas. Es crucial entender las obligaciones y compromisos que deben asumir tanto la madre como la pareja subrogante para asegurar un proceso transparente, ético y legal. Además, se llevará a cabo una clasificación detallada de los diferentes tipos de maternidad subrogada, que variarán según la participación de la pareja subrogante. Esto incluirá la discusión de los distintos métodos y técnicas utilizadas en el proceso de subrogación, y cómo estos afectan las responsabilidades y derechos de las partes involucradas.

Además, se analizarán los derechos reproductivos en el contexto de la maternidad subrogada. Este análisis incluirá una reflexión sobre cómo la maternidad subrogada se relaciona con los derechos reproductivos de las personas, y cómo se puede garantizar que estos derechos sean respetados y protegidos durante todo el proceso de subrogación.

METODOLOGÍA

En lo que respecta al contexto ecuatoriano, el análisis de la maternidad subrogada comenzará revisando los antecedentes históricos del país con relación a esta práctica. Esto incluirá un repaso de cómo y cuándo surgió la maternidad subrogada en Ecuador, los cambios legales y sociales experimentados a lo largo del tiempo, y cómo estas evoluciones han impactado y se relacionan con la garantía para la constitución de la familia en el país. Dado que la constitución de la familia es un derecho fundamental, es esencial entender cómo la maternidad subrogada se inserta en este marco y cómo afecta o facilita la posibilidad de formar una familia.

Posteriormente, se tratará la maternidad subrogada desde la perspectiva laboral, considerándola como una modalidad de trabajo. Esto implicará un análisis de cómo se conceptualiza la maternidad subrogada en el contexto de un contrato individual de trabajo en Ecuador, explorando las implicaciones de este enfoque, incluidos los derechos y deberes de la madre subrogante, así como las protecciones laborales que se le deben garantizar. Asimismo, se examinará el marco legal ecuatoriano que regula la maternidad subrogada, prestando especial atención a las disposiciones relativas a las protecciones laborales, responsabilidades y seguridad jurídica de las partes involucradas. Este análisis incluirá una revisión de la legislación vigente, así como de las decisiones judiciales relevantes y otros documentos legales pertinentes.

Asimismo, se analizará la aplicación del principio de dependencia laboral en situaciones de maternidad subrogada en Ecuador. La dependencia laboral se refiere a la relación entre un empleado y un empleador, en la que el primero depende económicamente del segundo. En el contexto de la maternidad subrogada, esto puede tener implicaciones importantes en términos de derechos y responsabilidades de la madre subrogante, así como en la seguridad jurídica del proceso. Este análisis buscará determinar cómo se aplica este principio en la práctica y cuáles son sus efectos en las situaciones de maternidad subrogada.

Finalmente, se abordará la maternidad subrogada en el contexto internacional, lo que permitirá una comprensión más completa y global de este tema complejo e importante. Es importante recordar que el objetivo de este ensayo es analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo en Ecuador.

RESULTADOS

Maternidad Subrogada: Un análisis de sus aspectos técnicos, legales y éticos

La maternidad subrogada o vientre en alquiler, útero en arriendo, maternidad delegada o gestación por sustitución, consiste en el compromiso de una mujer de gestar a un niño en su útero para otra persona o pareja, con la intención de entregarles la custodia del niño tras el término del embarazo. Para ello, Córdoba (2000) considera que, la maternidad subrogada, desde una perspectiva técnica, se realiza mediante un procedimiento quirúrgico "donde se implanta el embrión de una pareja en el útero de otra mujer. Esta última se encargará de llevar a cabo la gestación y de dar a luz, para finalmente entregar al recién nacido a los padres biológicos" (p. 89). Además, la Fundación Víctor Grífols i Lucas (2010) sostiene que "esta práctica puede ser entendida como una especie de acuerdo entre una mujer, denominada madre portadora o subrogada, y una pareja casada, denominada pareja subrogante" (p. 13).

Por lo tanto, la maternidad subrogada es una opción de crecimiento familiar que algunas personas o parejas eligen cuando no pueden concebir un hijo de forma natural o a través de técnicas de reproducción asistida. La mujer que acepta ser la gestante (madre subrogada) acuerda llevar

el embarazo a término y entregar el bebé a los padres de intención después del nacimiento. Este proceso, como se menciona, requiere tanto de procedimientos médicos como acuerdos legales, y debe llevarse a cabo con el máximo cuidado y consideración para garantizar los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas, incluyendo, por supuesto, la gestación del futuro niño.

Es importante definir las responsabilidades de la parejas subrogantes o también conocidas como futuros padres, se refieren a personas que, por diversas razones médicas o personales, desean tener un hijo, pero no pueden concebir o adoptar. Como resultado, optan por el camino de la maternidad subrogada y llegan a un acuerdo o contrato con una mujer, la madre subrogante, que está dispuesta a asumir el embarazo en su lugar. Según el criterio de Frankford et. al (2015) "los padres subrogantes son aquellos que aspiran a obtener la paternidad legal del niño, nacido de un contrato de maternidad subrogada", (p. 286). Por otro lado, Guillot (1994) sostiene que "la pareja subrogante puede o no tener un vínculo biológico con el niño, dependiendo de si contribuyen con su material genético al proceso" (p. 323).

Las responsabilidades de la pareja subrogante, definidas en gran medida por el acuerdo de subrogación, incluyen asegurarse de que el contrato sea legal y ético, facilitar los recursos necesarios para el tratamiento médico y cuidado prenatal de la madre subrogante, cubrir todos los costos asociados con el proceso, brindar apoyo emocional durante el embarazo, establecer la paternidad legal del niño y asumir la responsabilidad completa de su crianza una vez finalizado el proceso de subrogación.

Para lograr una comprensión integral del fenómeno de la maternidad subrogada, es esencial considerar las diversas modalidades en las que puede presentarse, tomando en cuenta diferentes criterios de clasificación. Entre las múltiples variantes que emergen de este proceso, según Viteri (2019) conceptualiza estas modalidades como: "a) Maternidad portadora, b) La maternidad sustituta y c) La embriodonación" (pp. 23-24).

Otro punto importante son los derechos reproductivos se han convertido en un tema relevante en las discusiones legales y éticas actuales, y la maternidad subrogada presenta un escenario complejo donde estos derechos son particularmente importantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define los derechos reproductivos como el reconocimiento de "la capacidad básica de todos los individuos de disfrutar y controlar su vida reproductiva de manera libre y responsable" (ONU, 2018, p.12). Este enfoque incluye "el derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, el derecho a la información y educación sobre salud sexual y reproductiva, y el derecho a acceder a métodos de planificación familiar" (ONU, 2018, p. 13). Según la opinión de Blum, (2017):

La maternidad subrogada se ubica en este contexto como un medio potencial para que los individuos ejerzan sus derechos reproductivos, particularmente aquellos que no pueden concebir hijos de manera natural. Sin embargo, este proceso también plantea desafíos éticos y legales significativos, como la necesidad de proteger los derechos de la madre subrogada, asegurar el bienestar del niño y garantizar que los padres intencionados puedan formar una familia (p. 186).

La maternidad subrogada es una opción importante para aquellos que no pueden concebir naturalmente, y se considera por muchos como una extensión de los derechos reproductivos internacionalmente reconocidos. Estos derechos incluyen decidir sobre el número, espaciamiento y momento de tener hijos, así como tener la información y medios para hacerlo. Es crucial proteger los derechos de la madre gestante, lo que implica un contrato con consentimiento informado, derecho a atención médica adecuada y comprensión clara de derechos y responsabilidades. El bienestar del niño es fundamental en todas las leyes de familia, y en el contexto de la maternidad subrogada, incluye el derecho a conocer su origen genético, recibir cuidados adecuados y tener una relación segura y estable con sus padres. Es esencial asegurarse de que la maternidad subrogada no explote ni perjudique al niño de ninguna manera. Además, los derechos de los padres de intención, incluido el derecho a formar una familia y tener una relación con su hijo, deben ser respetados y protegidos.

En términos legales, es esencial que los contratos de maternidad subrogada estén diseñados de manera que se respeten los derechos de todas las partes involucradas, y que las leyes nacionales e internacionales proporcionen un marco adecuado para la protección de estos derechos. La maternidad subrogada ha sido un tema de debate en muchos países, y Ecuador no es la excepción. Aquellos en contra de esta práctica citan una variedad de preocupaciones, tanto éticas como legales. No obstante, en el país existe cierta postura que considera que no es necesario legalizar la maternidad subrogada. Así, por ejemplo, para Pacheco y García (2018) se señalan como argumentos en contra de la práctica de la gestación por sustitución o de madre subrogante:

Dichas prácticas infringen la naturaleza y dignidad humana, pervierten los lazos madre-hi-

jo, y cosifican tanto a la madre gestante como al niño. La mujer, a lo largo de la gestación, es explotada física y espiritualmente, no siendo respetada como un fin en sí misma. Además, la maternidad subrogada supone una forma de control y explotación de la mujer, y se considera un ataque a su dignidad al asignarle un precio a su integridad (p. 2).

A pesar de estos argumentos, es importante reconocer que la falta de regulación de la maternidad subrogada también puede llevar a abusos y malentendidos. Sin una ley clara y justa que proteja a todas las partes involucradas, pueden surgir situaciones problemáticas, desde la explotación de las mujeres hasta las disputas sobre la custodia del niño. Al regular la maternidad subrogada, el Estado puede establecer directrices que protejan tanto a las madres subrogantes como a los padres de intención, garantizando el respeto a los derechos humanos y proporcionando una estructura legal para manejar cualquier complicación que pueda surgir. Además, la regulación puede proporcionar una vía legal para aquellas personas que, por razones médicas, no pueden tener hijos de manera natural.

El artículo 66 de la Constitución ecuatoriana establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, a tomar decisiones y al control de su cuerpo y vida reproductiva. Estos derechos incluyen la capacidad de tomar decisiones informadas y voluntarias sobre la propia salud y la vida reproductiva, y son importantes en la discusión de la subrogación, ya que la madre gestante al celebrar un contrato de maternidad subrogada, este debe tener la libertad para decidir y, sobre todo, libre de vicios de consentimiento.

En este contexto, los derechos de la madre gestante se encuentran en una delicada intersección entre su derecho a la autodeterminación reproductiva y al trato digno y los derechos de otras personas a formar una familia. Por lo tanto, cualquier marco legal relacionado con la gestación subrogada en Ecuador debe tener cuidado de garantizar que la gestante subrogada no sea explotada y que su participación en el arreglo sea totalmente voluntaria e informada. Esto significa que la madre subrogada debe recibir asesoramiento legal y psicológico antes de tomar la decisión, y que su salud y bienestar deben protegerse adecuadamente durante el embarazo y el parto. Además, el estatus requiere que se evite cualquier forma de coerción o presión financiera para influir en su decisión de participar en un contrato de subrogación.

La maternidad subrogada en el contexto ecuatoriano

En el ámbito internacional, el primer suceso registrado de maternidad sustituta se dio en los Estados Unidos en 1975. En aquel entonces, una pareja que no tenía la capacidad de procrear recurrió a los servicios de una mujer que fue inseminada artificialmente. Por ello con relación a Ecuador

(...) se remonta a 1993 el origen de la maternidad subrogada según un informe elaborado por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (CNBS). Aunque este fenómeno ha sido recurrente a lo largo de las últimas décadas, todavía existe una laguna jurídica en el país, debido a la ausencia de normativas específicas que lo rijan (Pacheco y García, 2018, p. 1).

Según un estudio de 2008 de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, "se reporta que aproximadamente cuatro entidades de salud en Ecuador realizan tratamientos de fertilidad, con cerca de 474 ciclos de dichos procedimientos implementados" (Zegers, et al., 2008, p. 20). Este estudio apunta a que la maternidad sustituta seguirá siendo una práctica común en Latinoamérica y en Ecuador. Además, datos del mismo estudio muestran que, entre 1990 y 2011, cerca de 1100 niños han nacido en Ecuador gracias a las técnicas de reproducción asistida. Esta constante presencia de tales procedimientos subraya la imperiosa necesidad de un marco jurídico adecuado en el país. "No cabe duda de que esta práctica seguirá en aumento en Ecuador, y la necesidad de una legislación pertinente es vital para regular y salvaguardar la salud tanto de los menores como de las madres sustitutas" (Rosales Andrade, 2018, p. 144).

La maternidad subrogada en Ecuador representa un reto jurídico significativo debido a la inexistencia de una normativa específica que aborde la situación de la mujer que decide gestar y alumbrar a un hijo para otra persona o pareja. Tales acuerdos se realizan en medio de una vaguedad legal en el país, destacando asuntos relacionados con los derechos de los participantes involucrados. La Constitución del Ecuador, en su Artículo 66, numeral 10 reza "El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener". Como podemos observar, el numeral antes descrito indica que todas las personas tienen el derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud y que encierra la vida reproductiva. A partir de esta base, se podría argumentar que la maternidad subrogada está implícitamente permitida, ya que es un método que permite a las personas ejercer su derecho a tener hijos. Este derecho es fundamental en el mar-

co de los derechos humanos y está respaldado por varios tratados internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD).

En términos de la maternidad subrogada, esta disposición podría interpretarse como un apoyo al derecho de una persona a decidir recurrir a la maternidad subrogada como medio para tener hijos. Sin embargo, las leyes y regulaciones específicas del tema pueden variar significativamente dependiendo del país, y algunos podrían tener restricciones o prohibiciones sobre esta práctica. Además, el ejercicio de este derecho debe estar en equilibrio con otros derechos fundamentales, como el derecho de la madre gestante a no ser explotada y el derecho del niño a su bienestar y protección. Esto subraya la necesidad de leyes y regulaciones claras que proporcionen protecciones adecuadas para todas las partes involucradas en la maternidad subrogada.

Claramente, la intención es salvaguardar ciertos valores y derechos con relación a la familia y los derechos individuales. De hecho, el artículo 67 "se reconoce la familia en sus diversos tipos". Se podría deducir, sin duda, que la gestación por maternidad subrogada tendría un estatus legal y legítimo dentro del marco jurídico ecuatoriano, dado que su propósito único es brindar una opción para aquellas parejas que, por diversas circunstancias, no pueden tener hijos, permitiéndoles así formar una familia.

Asimismo, podríamos destacar lo que resalta el Artículo 25 de la Constitución (2008) "Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales". Así, la propia Constitución se erige como el medio que ha facilitado el dismantelamiento de los obsoletos paradigmas en torno a la maternidad, asegurando la libertad reproductiva libre de prejuicios morales, religiosos o de género. Además, promueve la aplicación de los avances científicos y médicos en beneficio de la familia y del derecho a la reproducción.

Por otro lado, el Artículo 363, numeral 6 destaca lo siguiente "El Estado será responsable de (...) "Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto". (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Como se puede apreciar, el Estado tiene el deber de asegurar la implementación de acciones y servicios que fomenten la salud sexual y reproductiva. Esto puede abarcar una variedad de aspectos, como el acceso a métodos anticonceptivos, la divulgación de información y la promoción de educación en salud sexual y reproductiva, así como la prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual.

Además, es crucial garantizar el bienestar integral y la vida de las mujeres, lo cual no solo se refiere a la salud física, sino también a la salud mental y emocional. La explicitación del derecho a la vida de las mujeres implica un compromiso estatal de adoptar medidas para proteger la vida de las mujeres en todos los aspectos de la atención de la salud. Particularmente durante el embarazo, parto y postparto, se enfatiza la necesidad de prestar especial cuidado a la salud y bienestar de las mujeres en estos periodos críticos. Esto puede interpretarse como un mandato para garantizar la provisión de servicios de atención prenatal y postnatal seguros, de alta calidad y accesibles, así como la atención durante el parto.

Consecuentemente, este ensayo subraya la importancia de asegurar la salud y el bienestar de las mujeres en relación con su derecho a la salud y vida reproductiva, enfocándose específicamente en el embarazo, parto y postparto. Podría inferirse que este artículo brinda un respaldo legal indirecto a la maternidad subrogada, siempre y cuando se garantice la salud y el bienestar de las mujeres durante todo el proceso. Desde una perspectiva infraconstitucional, la Ley Orgánica de Salud concuerda con los mandatos constitucionales previamente examinados. En este sentido, el artículo 6, inciso 6 de la mencionada Ley establece lo siguiente:

Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública: (...) 6. Formular e implementar políticas, programas y acciones de promoción, prevención y atención integral de salud sexual y salud reproductiva de acuerdo al ciclo de vida que permitan la vigencia, respeto y goce de los derechos, tanto sexuales como reproductivos, y declarar la obligatoriedad de su atención en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local requiera.

El antes señalado de la Ley Orgánica de Salud reafirma los mandatos constitucionales referentes a la salud sexual y reproductiva. Este artículo especifica que es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública formular e implementar políticas, programas y acciones en este ámbito, evidenciando el papel crucial del Ministerio en orientar las iniciativas relacionadas con la salud sexual y reproductiva. El artículo enfatiza la importancia de realizar acciones para promover la salud sexual y reproductiva, prevenir enfermedades y problemas asociados y ofrecer atención integral a las per-

sonas, abarcando los aspectos físicos, psicológicos y sociales. Se señala la necesidad de diseñar e implementar estas acciones teniendo en cuenta las diversas etapas de la vida de las personas, lo que implica una atención y un enfoque diferenciados dependiendo de la edad y la etapa de vida.

De esta forma, subraya que todas las acciones deben estar orientadas a garantizar el reconocimiento, respeto y ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. Además, recalca que la atención a la salud sexual y reproductiva es obligatoria y debe ajustarse a las condiciones y necesidades epidemiológicas a nivel nacional y local. La Corte Constitucional expidió la Sentencia N°. 184-18-SEP-CC más conocida como caso Satya, en la cual solicita a la Asamblea Nacional lo siguiente:

Como medida de garantía de no repetición, en procura de la tutela de los derechos de las mujeres y familia a su integridad personal, libertad reproductiva, y el goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico; se dispone que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contado desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Esto deriva en que, la Asamblea Nacional promulgue un nuevo Código Orgánico de Salud, el cual, en su parte pertinente, Artículo 189 mencionaba "Reproducción humana asistida. - Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema". Sin embargo, es crucial señalar que este Código no logró avanzar más allá del segundo debate, resultando en su relegación al olvido. Este hecho da lugar a un significativo vacío legal que aún persiste.

La maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo

El análisis de la maternidad subrogada debe abordarse desde la perspectiva del derecho laboral, considerando que nuestra propuesta tiene como objetivo principal su regulación en términos de un contrato de trabajo individual. Por ello, la Constitución del Ecuador, en su Artículo 33, define "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado".

Como vemos el trabajo es un derecho y un deber social y económico, que debe ser realizado en condiciones dignas y con una remuneración justa. Adicional a ello, el Artículo 284, numeral 6 dicta "La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales". Esto en concordancia con el Artículo 325 "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo⁸, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".

La maternidad subrogada puede interpretarse desde el punto de vista del derecho laboral, tal como lo sugieren los artículos de la Constitución ecuatoriana antes descritos. En primer lugar, el Artículo 326 sostiene que el trabajo es un derecho y un deber social y económico, que debe llevarse a cabo en condiciones dignas y con una remuneración equitativa. Esta perspectiva puede aplicarse a las madres subrogadas, cuyo compromiso de llevar a término un embarazo para otra persona puede considerarse una forma de trabajo que requiere una compensación justa y condiciones adecuadas.

El Artículo 284, inciso 6, promueve el pleno empleo y valora todas las formas de trabajo, lo que puede incluir la maternidad subrogada. En este sentido, el Estado estaría comprometido a fomentar condiciones de trabajo seguras y equitativas para las madres subrogadas, así como a valorar este tipo de trabajo como contribución significativa a la sociedad.

Por último, el Artículo 325 garantiza el derecho al trabajo y reconoce todas las modalidades de trabajo. De nuevo, esta disposición puede interpretarse como un reconocimiento de la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo legítima. Además, en la parte donde se describe "labores de autosustento y cuidado humano" puede ser relevante para la maternidad subrogada, ya que implica el cuidado de un feto y su posterior entrega a la familia intencionada.

Estos artículos proporcionan un fundamento constitucional para la interpretación de la maternidad

8 Énfasis añadido. La maternidad subrogada podría ser una modalidad más de trabajo.

subrogada como una forma de trabajo que debe ser regulada para garantizar condiciones justas y seguras para las madres subrogadas, así como para proteger los derechos de todas las partes involucradas. Sin embargo, también es importante tener en cuenta las consideraciones éticas y de derechos humanos que rodean a la maternidad subrogada, y cualquier legislación o regulación debe buscar un equilibrio entre estas consideraciones y los derechos laborales de las madres subrogadas.

En ese orden, el Artículo 9 del Código de Trabajo establece el "Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero". Según la normativa ecuatoriana, dicha prestación debe entenderse como servicios lícitos y personales, esto es, la obligación jurídica que el trabajador asume voluntariamente para desarrollar actividades legales acordadas de manera personal.

La maternidad subrogada puede regularse desde la perspectiva laboral, reconociéndose que los acuerdos de este tipo se configuran como verdaderas relaciones de dependencia, en las que la madre gestante se configura como una trabajadora, y los padres subrogantes como los empleadores, lo que conllevaría a la inclusión de su regulación en el Código del Trabajo.

Por otro lado, la pareja subrogante podría encarnar la figura del empleador, tal como se establece en el artículo 10 del Código del Trabajo: "La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador". Ahora bien, queda por analizar la actividad lícita que les involucra en la relación jurídica laboral, la capacidad para celebrar el contrato y las excepciones que la ley debería considerar para su regulación.

Además, el Artículo 8 del Código de Trabajo define el "Contrato individual. - Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre. La maternidad subrogada podría conceptualizarse como una forma de contrato laboral individual. Bajo esta premisa, se establecerían parámetros para proteger los derechos de todas las partes involucradas, tanto de las madres gestantes como de los padres subrogantes. En Ecuador, la prevalencia de centros médicos especializados en técnicas de reproducción asistida, así como la existencia de clínicas que facilitan los acuerdos de maternidad subrogada, evidencian la necesidad de una regulación jurídica detallada y exhaustiva.

Este marco legal, centrado en la protección de los derechos laborales y humanos, debería regular adecuadamente todas las fases del proceso de la maternidad subrogada, incluyendo la contratación, los aspectos médicos y la filiación. De este modo, se prevendrían infracciones legales que podrían poner en peligro el bienestar de las madres subrogadas y los niños nacidos a través de estos métodos, tales como el maltrato, la explotación sexual, entre otros.

El objetivo es proporcionar una base legal sólida que respete la dignidad y los derechos de las madres gestantes, garantice la protección legal de los padres subrogantes y defina claramente la filiación del niño. Esto fortalecería la legitimidad de la maternidad subrogada en Ecuador, y a su vez, facilitaría la formación de familias a través de este método, respetando siempre los principios de equidad, justicia y respeto a la dignidad humana.

El marco legal de la maternidad subrogada en Ecuador: protecciones laborales, responsabilidades y seguridad jurídica

Una de las características fundamentales del Código de Trabajo ecuatoriano es que se distingue por la inclusión de directrices imperativas que son de cumplimiento obligatorio para patronos y trabajadores por igual. Esto significa que las disposiciones allí establecidas deben ser respetadas en su íntegra aplicación, dando lugar a derechos que se califican como inalienables y, por tanto, irrenunciables.

Cuando se categoriza la maternidad subrogada como un contrato de carácter individual, según se indica en el Artículo 8 del Código de Trabajo, esto crea una relación laboral entre la madre subrogada y los padres subrogantes. Esta relación laboral, a su vez, trae consigo una serie de obligaciones que deben ser observadas para asegurar la protección de los derechos adquiridos por la trabajadora, en este caso, la madre subrogada.

Esta interpretación reconoce a la maternidad subrogada como una labor de relevancia social, y, por ende, sujeta a los derechos y protecciones laborales establecidas en la ley. Esto incluiría, entre otros, el derecho a condiciones de trabajo dignas, a una remuneración justa, y a la protección de la salud y seguridad de la madre subrogada. Asimismo, en este marco legal, los padres subro-

gantes adquieren responsabilidades legales específicas en su rol de empleadores, asegurando así una mayor protección para todas las partes involucradas en el proceso de maternidad subrogada.

Por lo tanto, las madres subrogantes deberían disfrutar de los derechos y las protecciones que la Constitución garantiza a todos los trabajadores, entre los que se incluye la recepción de una remuneración equitativa, tal como señala el Artículo 328.- "La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos".

A más de gozar con la inscripción en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tal como se establece el Artículo 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Es esencial definir con precisión las responsabilidades que corresponden a los padres de intención, tales como: asegurar un monitoreo médico constante durante la gestación, brindar la atención sanitaria requerida en el momento del parto, pagar una remuneración adecuada que sufrague los gastos personales y médicos de la madre gestante, así como proporcionar soporte psicológico tras el parto, entre otros deberes. Por ello, como destaca Rosales Andrade (2018):

Es importante destacar que uno de los deberes esenciales de los padres de intención es garantizar la salud y bienestar del niño, independientemente de las condiciones de salud con las que nazca. Esto significa que, si el niño nace con una afección congénita o sufre alguna complicación durante el parto que afecte su aspecto físico, los padres de intención deben comprometerse a su cuidado y adopción (p. 147).

La finalidad esencial es asegurar que la madre gestante pase por un embarazo seguro que favorezca el desarrollo saludable del bebé, en consonancia con el interés superior del niño, principio básico consagrado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esto supone que el niño debería nacer en las condiciones de salud más favorables para garantizar su desarrollo pleno e integral.

En lo que respecta a las obligaciones de la madre gestante, de acuerdo con el Código del Trabajo, se destacaría la ejecución del servicio acordado en el plazo estipulado. Sin embargo, es crucial tener en cuenta que una de las responsabilidades más relevantes sería la entrega del bebé a los padres de intención tras su nacimiento. La eventual resistencia de la madre gestante a separarse del bebé podría crear conflictos y debe ser debidamente gestionada en el contrato.

Esto garantizaría la seguridad jurídica, expuesta en el Artículo 82 de la Constitución. - "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". Al respecto, la Corte Constitucional en varias ocasiones se ha referido a este derecho señalando que:

(...) consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional" (Sentencia No. 045-15-SEP-CC). Por esta razón este organismo señaló que:

Del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad" (Sentencia No. 1593-14-EP/20).

La maternidad subrogada, como una modalidad contractual y laboral, se encuentra en un terreno legalmente incierto en muchos contextos. La aplicación de los artículos mencionados de la Constitución ecuatoriana proporciona un marco de seguridad jurídica que resulta indispensable en este contexto. Tanto es así que, el Artículo 82 resalta la necesidad de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. En el caso de la maternidad subrogada, la creación de regulaciones claras y preexistentes proporciona un marco de seguridad para

todas las partes involucradas: los padres intencionales, la madre subrogada y el futuro niño. Estas normas permitirían a todas las partes tener expectativas razonables y claridad sobre los derechos, obligaciones y posibles consecuencias de participar en un contrato de maternidad subrogada.

Asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional citadas refuerzan esta interpretación. La Sentencia No.045-15-SEP-CC establece que la seguridad jurídica se basa en la expectativa razonable de las personas sobre las consecuencias de sus acciones en relación con la aplicación del derecho. En términos de maternidad subrogada, esto significaría que los padres intencionales, la madre subrogada y los profesionales médicos deben tener una comprensión clara de las implicancias legales de su participación en el proceso.

Del mismo modo, la Sentencia No. 1593-14-EP/20 pone de relieve la necesidad de que el ordenamiento jurídico sea previsible, claro, determinado, estable y coherente. En la maternidad subrogada, esto implica que las leyes y regulaciones deben establecer claramente las condiciones bajo las cuales puede realizarse, las obligaciones de todas las partes y las protecciones legales disponibles. Todo esto es crucial para evitar situaciones de arbitrariedad o abuso y para garantizar que la maternidad subrogada se realice de manera que respete los derechos y la dignidad de todas las partes involucradas.

Aplicación del principio de dependencia laboral en situaciones de maternidad subrogada

Los componentes esenciales de la relación laboral se encuentran encapsulados en la descripción de lo que constituye un contrato laboral. De acuerdo con Cabanellas (1981), un contrato laboral se define como "un acuerdo cuyo propósito primordial es la provisión de servicios de naturaleza económica y privada, en el que una de las partes ofrece una retribución o gratificación a cambio de los servicios prestados, mientras que la parte que los proporciona se halla bajo su subordinación o mando" (p. 351).

Es posible confundir un contrato laboral con uno de naturaleza civil; sin embargo, lo que verdaderamente distingue a uno del otro es la relación asimétrica existente entre las partes involucradas. Como se estableció anteriormente, una de las partes se encuentra en una posición de subordinación o dependencia, lo que define y caracteriza la esencia de un contrato laboral.

La relación entre la madre subrogante (o gestacional) y los padres subrogantes (o intencionales) es un tema jurídico de gran relevancia y, en ocasiones, puede ser objeto de análisis desde diferentes puntos de vista. En términos generales, podemos decir que existe una relación de dependencia, pero ésta es de naturaleza bastante única en comparación con la dependencia típicamente observada en las relaciones laborales convencionales.

En una relación laboral estándar, la dependencia se basa en que el empleador tiene el poder de dirigir el trabajo del empleado y, a cambio, el empleado recibe una remuneración por sus servicios. En el caso de la maternidad subrogada, la madre subrogante se compromete a gestar y dar a luz a un niño para los padres subrogantes. Por este servicio, ella recibe una compensación que puede incluir los costos médicos del embarazo, una suma adicional por el tiempo y el esfuerzo involucrados, y a veces apoyo para gastos de vida durante el embarazo.

Sin embargo, la naturaleza misma de la gestación significa que los padres subrogantes no pueden "dirigir" el embarazo de la misma manera en que un empleador puede dirigir el trabajo de un empleado. Existen límites éticos y legales claros sobre cuánto control pueden ejercer los padres subrogantes sobre el cuerpo y el comportamiento de la madre subrogante durante el embarazo.

Por lo tanto, aunque hay una relación de dependencia entre la madre subrogante y los padres subrogantes, es una dependencia que requiere una cuidadosa negociación y equilibrio. Ambas partes tienen obligaciones y derechos importantes, y los acuerdos de maternidad subrogada deben ser redactados de manera que respeten la autonomía y dignidad de la madre subrogante, al tiempo que proporcionen a los padres subrogantes seguridad en su deseo de tener un hijo.

La maternidad subrogada en el contexto internacional

A continuación, presentamos una tabla que refleja la situación actual de la maternidad subrogada en el marco legal internacional:

| País | Marco legal | Restricciones | Procedimientos |
|--------------|--|--|---|
| Rusia | Código de Derecho de Familia desde 1995. | Ninguna restricción en cuanto al estado civil. | Permite a cualquier individuo mayor de edad tener un hijo mediante la maternidad subrogada. |

| | | | |
|----------------|--|--|--|
| Grecia | Reforma del Código Civil en 2002. | Solo para ciudadanos o residentes legales de Grecia. La madre subrogada debe demostrar su buen estado de salud reproductiva. | Requiere autorización judicial previa y acuerdo escrito sin beneficios económicos entre las partes. |
| Ucrania | Artículo 123 del Código de Familia (modificado en 2006). | Ninguna restricción específica. | Permite subrogación gestacional, donación de óvulos/esperma, programas especiales de adopción de embriones o combinaciones de estos. |

La maternidad subrogada, un tema de gran complejidad, es abordada de formas distintas en cada país. Estas variaciones son un reflejo de las actitudes, enfoques legales y valores culturales, éticos y sociales propios de cada nación en relación con la maternidad subrogada.

CONCLUSIONES

Este estudio realiza un análisis exhaustivo de la maternidad subrogada en el contexto ecuatoriano, desentrañando sus fundamentos, aplicaciones y regulaciones. Clarifica conceptos esenciales y define los roles de las partes interesadas. Asimismo, se analiza la relevancia de los derechos reproductivos y su interacción con la gestación subrogada. Por lo que, ofrece una visión legal más amplia y detallada sobre los problemas individuales que emergen de esta práctica.

La incorporación de la maternidad subrogada en el Código de Trabajo es fundamental para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Esta práctica potencia la realización de los derechos reproductivos de aquellos que no pueden concebir naturalmente, permitiéndoles decidir sobre el número y el momento de tener hijos. Es crucial asegurar el consentimiento informado, la atención médica adecuada y la comprensión clara de los derechos y responsabilidades de la madre gestante, lo que se puede lograr considerándola como un tipo de trabajo y proporcionando las protecciones laborales necesarias. Además, el bienestar del niño debe ser una prioridad, garantizando su derecho a conocer su origen genético, ser cuidado adecuadamente y tener una relación segura y estable con sus padres. Por último, los padres de intención o pareja subrogante también tienen derechos que deben ser protegidos, incluido el derecho a formar una familia y tener una relación con su hijo.

Finalmente, es fundamental dar prioridad a la protección de la salud y los derechos de la madre gestante, así como a la compensación económica, como factores cruciales que requieren regulación en el contexto de la maternidad subrogada en Ecuador. Esto resalta la importancia que los participantes asignan al bienestar y los derechos de las mujeres embarazadas. Es esencial reconocer que la madre embarazada subrogante desempeña un rol central en el proceso de maternidad subrogada, y, por lo tanto, es imperativo asegurar su bienestar físico y mental, así como garantizar una compensación económica justa. Esto incluye no solo la atención médica adecuada durante todo el embarazo, sino también el apoyo emocional y legal necesario. Además, el contrato entre las partes involucradas debe ser claro y detallado, incluyendo el consentimiento informado y libre de presión de la madre gestante, y una comprensión clara de sus derechos y responsabilidades en el proceso. Todo esto refuerza la necesidad de una regulación sólida y comprensiva que proteja los derechos de todas las partes involucradas, especialmente de la madre gestante, en el contexto de la maternidad subrogada en Ecuador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Barahona-Cobos, D., & Guerra-Coronel, M. A. (2021). La maternidad subrogada en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*, 6(1), 191-214.
- Blum, L. M. (2011). A Symposium on Susan Markens's " Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction". *Sociological Forum*, 26(1), 194-196.
- Cabanellas, G. (1981). *Contrato de Trabajo*. Tomo II. Heliasta.
- Campoverde, K. A. E., Álvarez, J. C. E., Avila, D. A. O., & Zurita, I. N. (2020). Maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional en el Ecuador. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*, 5(8), 547-564.

- Código de Derecho de Familia ruso. (1961). El derecho de familia en la Unión Soviética. Derecho PUCP, 20, 97.
- Código de Familia de Ucrania (modificado el 22 de diciembre de 2006, No. 524-V). Parlamento Ucraniano.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código de la Niñez y la Adolescencia. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código de Trabajo. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2006). Ley Orgánica de Salud. Corporación Editora Nacional.
- Córdoba, J. E., & Torres, J. C. S. (2000). Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes. Alveroni Ediciones.
- Frankford, D. M., Bennington, L. K., & Ryan, J. G. (2015). Womb outsourcing: Commercial surrogacy in India. MCN: The American Journal of Maternal/Child Nursing, 40(5), 284-290.
- Fundación Víctor Grífols i Lucas (2010). Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina.
- Gimeno, A. (2011). El deseo de ser madre. España: Alba Editorial.
- Guillot, R. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, (7), 317-338.
- Muñoz Gómez, D. (2022). Movimiento de fronteras en el derecho de familia: los desafíos de la maternidad subrogada. Actualidad jurídica iberoamericana, (17), 2282-2309.
- ONU (2018). "Comentario General No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida". Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf
- Pacheco, D. García, D. (2018). Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada. Ecuador: Comisión Nacional de Bioética en Salud.
- Parlamento de Grecia. Código Civil en el año 2002 mediante la Ley 3089/2002.
- Rosales Andrade, V. E. (2018). La maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. USFQ Law Review, 5(1), 140–156. <https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1221>
- Sentencia No. 184-18-SEP-CC, (Corte Constitucional del Ecuador 2018). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Sentencia No. 481-14-EP/20, (Corte Constitucional del Ecuador 2020). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Sentencia, No. 045-15-SEP-CC, Caso N. 0 1055-11-EP (Corte Constitucional 25 de febrero de 2015). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Viteri, M. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador. Tesis (Maestría en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Zamora, A., Loyola, M. (2019). Importancia de regular la maternidad subrogada en Ecuador. Consideraciones sobre nueva forma de filiación. Revista Derecho Público, (56), 137-149.
- Zegers, F., Schwarze, J., y Galdames, V. (2008). Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. Lo Fontecilla.

Carlos Ochoa Jiménez, Ministerio del Ambiente, Ecuador
carlos.ochoa@ambiente.gob.ec
<https://orcid.org/0009-0007-3185-354X>

Recibido: 2023-11-03 | Revisado: 2023-12-16
Aceptado: 2024-01-06 | Publicado: 2024-01-26

Los derechos de la naturaleza en Ecuador. Análisis desde la jurisprudencia constitucional.

The rights of nature in Ecuador. Analysis from constitutional jurisprudence.

RESUMEN

La constante vulneración a los derechos de la naturaleza ha motivado continuas causas dentro del país, donde se deja en evidencia los criterios jurídicos para su resolución, el presente trabajo se propone identificar dichos aportes con el ánimo de conocer cuál es el avance de estos derechos dentro del país, a partir de su reconocimiento dentro de la Constitución. El desarrollo de este trabajo se ajusta a un diseño metodológico de corte cualitativo basado en el análisis documental como en la aplicación de entrevistas a expertos, estos datos están orientados a conocer los casos resueltos como la validez y oportunidad de los criterios emitidos por los jueces del país y que se relacionan con los derechos de la naturaleza previstos en la Constitución. Entre los principales resultados se destaca la existencia de casos resueltos por la Corte Constitucional y una jurisprudencia que ayuda a cristalizar la visión biocentrista de estos derechos. Entre los criterios jurídicos analizados, se destacan aquellos que reconocen como titulares de derechos a los diferentes elementos de la naturaleza y que los reconocen como parte de un todo, desde donde se promueve una protección integral de los recursos naturales. Se advierte además que, los casos más frecuentes en el país son aquellos relacionados con la protección de los ríos y bosques, como aquellas relacionados con el impacto de la minería.

Palabras clave:

Derechos de los bosques; Corte Constitucional; Derechos de la Naturaleza; Ecuador; Jurisprudencia; Derechos de los ríos; Derechos de los animales; Visión biocentrista.

ABSTRACT

This work aims to analyse the Constitutional Court of Ecuador input on the rights of nature, based on its jurisprudential development to evaluate the legal criteria that have been applied, to identify the rights that have been violated and on which constitutional actions have been proposed. This research relies on a qualitative design based on documentary analysis and the application of interviews to experts. These data are aimed at knowing the cases resolved, such as the validity and timeliness of the criteria issued by the country's judges, and that are related to the rights of nature provided in the Constitution. Among the main results, the existence of cases resolved by the Constitutional Court and a jurisprudence that helps crystallize the biocentric vision of these rights stand out. Among the legal criteria that stand out are those related to the recognition of the elements of nature as subjects of rights and as part of a whole, from where a comprehensive protection of natural resources is promoted. It is also noted that the most frequent cases in the country are those related to the protection of rivers and forests, as well as those related to the impact of mining.

Key words:

Forest rights; Constitutional court; Nature rights; Ecuador; Jurisprudence; River rights; Animal rights; Biocentric vision.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se desarrolla el análisis en torno a las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional del Ecuador en relación a los derechos de la naturaleza, un tema de actualidad que desde su incorporación ha sido cuestionado en relación al alcance del mismo como de su cumplimiento y operatividad. Se considera que, sobre este tema, existen varias dificultades que limitan el cumplimiento de esta normativa, algunos de ellos pueden derivar del mismo procedimiento jurídico o de su comprensión dentro de las instancias de justicia. La presente investigación está orientada a identificar las sentencias que la Corte Constitucional ha generado en atención a los derechos de la naturaleza, este dato ayudará a determinar la jurisprudencia que existe en el país sobre este tema y otros aspectos importantes relacionados con la judicialización de estos derechos. Se considera un tema de gran importancia y actualidad en especial por que permite identificar tanto los aportes como las limitaciones que existen en el cumplimiento de dichos derechos. Se reconoce bajo esta perspectiva que en el país existen vacíos normativos para dicha regulación y en este contexto el rol de los jueces constitucionales cobra mayor relevancia.

Los derechos de la naturaleza han significado un importante cambio a nivel constitucional ya que implicó el desafío de introducir el paradigma bio céntrico dentro de la regulación normativa del país, el mismo que sigue sin comprenderse de forma plena. A la fecha se sigue considerando que los procesos de aplicabilidad y efectividad de estos derechos es crítico. Sin embargo, se han logrado reconocer importantes aportes como por ejemplo se ha destacado el rol comunitario frente a la protección de los recursos y las amenazas ante acciones extractivistas y contaminantes que son muy frecuentes en Ecuador, (Rodríguez, 2021).

El presente trabajo se ubica en el campo del derecho constitucional, ya que se trata de relacionar las referidas sentencias con la vigencia de este tipo de preceptos, destacando que se trata de temas de actualidad, relevancia y novedad. Este tipo de análisis destaca la prevalencia de los derechos fundamentales destacando que los mismos en este caso están orientados a lograr un contexto de bienestar y desarrollo integral. Para el caso de Ecuador ha prevalecido, una visión pluralista e intercultural que se propone la protección de la naturaleza de forma paralela al ser humano, (Guzmán y Botina, 2023), condiciones que la distinguen de otras instituciones del país y la región.

El presente trabajo se orienta por las siguientes interrogantes: ¿cuáles son los argumentos jurídicos que ha establecido la Corte Constitucional en Ecuador para aplicar el derecho a la naturaleza?, un tema que será resuelto a partir de las sentencias que se analizan; y ¿de qué forma las instituciones de justicia han logrado la judicialización de los derechos de la naturaleza en Ecuador? un aspecto que será valorado a partir del análisis documental como de las entrevistas que se aplicarán a los expertos en derecho que son considerados para este trabajo. Por tanto, para lograr responder estas preguntas se aplica una metodología de corte cualitativo basado en el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y la aplicación de entrevistas. Estos datos son utilizados para generar importantes conclusiones, en especial la existencia de jurisprudencia donde se otorga la titularidad de los derechos a diversos recursos naturales, reflexiones y aportes en torno a su respeto y protección y la naturaleza misma de este tipo de derechos donde destaca la complementariedad con los derechos que protegen al ser humano y su visión integral a entorno.

Este trabajo se organiza a partir de un marco teórico donde se analizan los trabajos que hasta la fecha se han publicado sobre el tema organizados bajo aquellos que abordan las implicaciones del reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza, las limitaciones o problemas de estos derechos y el rol de las Cortes de Justicia frente a este tema. En un segundo apartado se desarrolla la metodología, a continuación, se presentan los resultados obtenidos del análisis de datos, la discusión de los mismos y finalmente se presentan las conclusiones y recomendaciones a partir de los hallazgos más relevantes.

MARCO TEÓRICO

En este apartado se presenta una revisión bibliográfica de los principales aportes que sobre este tema se han desarrollado. A continuación, se exponen los principales antecedentes legales y teóri-

cos derivados de los estudios realizados hasta la fecha y que abordan el reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza en diversas realidades, así como la naturaleza misma de este derecho.

Los derechos de la naturaleza en el marco legal ecuatoriano

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza puede ser comprendido como una manifestación del interés colectivo y del Estado por proteger los recursos naturales, en este tema se reconoce un compromiso por detener aquellas acciones que pueden considerarse lesivas a este tipo de recursos y que pone en riesgo su desarrollo y preservación. El marco legal que se ha formado en Ecuador constituye uno de los más importantes en la región frente a este tema, se trata de preceptos legales que permiten la construcción de precedentes que apoyan la armonización de los recursos naturales con las formas de vida y de producción en la sociedad actual.

Ahora bien, para Ecuador el reconocimiento de los derechos de la naturaleza significó una innovación, sin embargo, este reconocimiento y protección ya se hallaba vigente en varios ordenamientos jurídicos, principalmente a nivel de gobiernos locales de otros países, (Baldín, 2017) lo cual, va en correspondencia con lo que consagra la Carta de la Naturaleza de Naciones Unidas. Este tipo de leyes han incorporado los intereses de varios movimientos sociales que a criterio de Ávila Santamaría (2010) se trata de conquistas jurídicas que requieren metes abiertas y que, además, implican que los contextos de protección del medio ambiente puedan cambiar.

Pese a lo importante de este tipo de reformas que se dieron en Ecuador, actualmente se considera que existen problemas como puede ser la falta de claridad en la norma y en el procedimiento que se aplica dentro de las Cortes para su resolución, (Borras, 2014) del mismo, así como por la ausencia de medios efectivos para su defensa.

Sobre este mismo tema Córdor (2016) afirma que los derechos de la naturaleza permiten alentar la ampliación de los derechos incluyendo a seres vivos que conviven con el ser humano y que de forma histórica no han sido parte de las normativas o del derecho. Este cambio implica un desafío para el Estado como para las sociedades en general en especial por la insuficiente capacidad institucional que pueda existir para ofrecer las garantías de cuidado que exigen los recursos naturales y la poca armonía entre estos preceptos y las actividades productivas de una sociedad.

Las sociedades actuales han generado actividades productivas y económicas en gran parte asociadas a la explotación de recursos naturales, esto ha dejado como consecuencia un impacto directo en sostener la armonía entre los recursos y la actividad humana. Introducir en la Constitución los derechos de la naturaleza representan un cambio significativo y un reto por generar de forma transversal acciones sostenibles que permitan su cumplimiento efectivo. Este nuevo enfoque se reconoce como integral y biocentrista, que implica una nueva propuesta para la importancia del reconocimiento de la naturaleza desde el campo de los derechos, (Martínez, 2019).

Actualmente se sigue cuestionando la correcta comprensión y vigencia de estos derechos, ya que se considera un problema porque implica dejar de lado la comprensión jurídica tradicional del derecho para proponer una visión biocentrista que permita generar un desarrollo integral de los recursos naturales y su protección de forma mucho más efectiva, (Morejón, 2012)

La introducción del biocentrismo ha significado una ruptura con la visión europea que se había marcado en las normas, y ha logrado proponer una visión que corresponde con la forma de comprender el entorno propia de los países andinos. Si bien la visión del Estado liberal que se ha impuesto como modelo político de nuestras sociedades, ha dejado de lado los derechos colectivos y la protección de los recursos naturales, esta nueva visión permite generar este cambio en el paradigma y en los procesos de armonización y de cuidado frente a los recursos naturales. El biocentrismo jurídico en América Latina ha significado el máximo grado de evolución de las normas ecológicas y ha enfrentado los esquemas tradicionales de gestión del patrimonio natural, (Molina, 2016).

Esborraz (2016) considera que este tipo de paradigma en el cual se sostiene los derechos de la naturaleza se reconoce como constitucionalismo social. Estas nuevas visiones proponían además regular las formas de explotación con el ánimo de proteger los recursos naturales, un tema que aun sigue cuestionándose, (Esborraz, 2016). Como respuesta a estas nuevas visiones legales se han propuesto nuevas formas de producción encaminadas a lograr la efectividad de esta normativa y por su parte el Derecho ha logrado desarrollar formas reguladoras y sancionatorias para regular este tema y asegurar su cumplimiento.

Si bien para la tradición positivista del derecho este cambio se vuelve novedoso, la protección de la

naturaleza ha sido parte de la cultura de los pueblos indígenas de forma histórica, este tipo de acciones han logrado ser incorporadas en la vida política, social y económica de dichas sociedades de una forma exitosa, lo que podría ser tomado como ejemplo para el Estado liberal que actualmente incorpora este tipo de normativa. Se trata de lograr de forma efectiva la protección a la naturaleza y la protección a la ciudadanía, entendiendo que existe la necesidad de una convivencia pacífica y sostenible entre ellos, (Cruz, Bajaña y Morales, 2022). Se puede reconocer en este tema, una nueva perspectiva de sociedad civil, donde se debe resguardar la naturaleza como un elemento integral de la sociedad y no como proveedora de recursos que pasan a ser explotados de forma no controlada, por el contrario, se promueve el cuidado y la preservación de todo lo que es parte de la naturaleza.

Bajo estas consideraciones, la actual Constitución establece que “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”, (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 71). En este mismo sentido el Estado ecuatoriano reconoce que la exigibilidad de los derechos de la naturaleza puede gestionarse de forma individual y colectiva.

Como se puede reconocer el precepto constitucional se orienta a lograr una amplia protección de los recursos naturales, entendiendo que deben existir garantías para su plena vigencia. Se trata de un desafío para las actuales sociedades por su ambicioso campo de acción, pero no deja de constituir un referente importante de la voluntad política para integrar la naturaleza a la protección estatal.

Esta nueva propuesta conocida como biocentrista ha significado importantes cambios e interpretaciones en las leyes para asegurar los derechos de la naturaleza sin generar contradicción con otros derechos constitucionales. Se trata de un tema ampliamente analizado, pero sobre el cual, aún se reconocen diversos problemas y limitaciones como se indica en los siguientes apartados.

Los derechos de la naturaleza en la Constitución de Ecuador

Desde la vigencia de la Constitución en 2008, nuestro país reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, un tema de gran actualidad e importancia en el campo del Derecho. En este apartado se desarrolla un breve análisis de las reflexiones generadas en torno a estos cambios propuestos en Ecuador, los mismos que permiten conocer de qué forma estos derechos se cumplen y la capacidad del Estado para respetarlos.

En primer lugar, se debe reconocer que la Constitución del país incorpora estos derechos como un elemento que permite armonizar los principios del buen vivir desde una visión biocéntrica, (Morales, 2013). Estos cambios intentan reconocer que priman los derechos colectivos y el ser humano convive de forma respetuosa con otros seres vivos. El Estado bajo esta perspectiva debe generar las acciones pertinentes para cuidar este nuevo orden social y una parte de ello se relaciona con el aspecto normativo, donde podemos ya reconocer la formación de jurisprudencia y antecedentes que aseguran esta visión.

En primer lugar, es importante considerar que estos derechos entraron en vigencia a nivel constitucional en relación con la filosofía del buen vivir, el mismo que fue incorporado en Ecuador y Bolivia con el ánimo de mantener la visión andina de protección y respeto a los seres vivos. Sobre este mismo tema, se afirma que la reforma que se aplicó en Ecuador, aspira a incorporar tradiciones indígenas milenarias para que sean parte de la visión y los derechos estatales, (Pinto, Carneiro, Da Silva y Maluf, 2018).

Este enfoque reconocido como biocentrismo, se enfoca en el respeto a los seres vivos como parte integral de la naturaleza, sin que esta protección sea dependiente del ser humano, (Amado, 2014). Por el contrario, la norma se propone generar una protección amplia y efectiva que permita la armonización de los diversos elementos que integran nuestro entorno. Esta propuesta se orienta a alcanzar la armonización de la convivencia entre los seres humanos y la naturaleza, generando para ello un Estado que intervenga en su regulación y que genere los dispositivos e instituciones necesarias para asegurar su cumplimiento.

Por su parte, Gregor (2014) analiza la implementación de los derechos de la naturaleza en las constituciones de Bolivia y Ecuador, a partir de lo cual, considera que en el caso de este último se impone la visión normativa donde el rol del Estado y de las instituciones es fundamental. Las políticas públicas como las acciones que promueven el desarrollo deben ser armónicas con los seres vivos, una propuesta asociada al derecho de bienestar y al concepto de buen vivir que propone nuestra normativa. Esta nueva visión reconocida como biocéntrica ha impuesto grandes retos para el país, ya que requiere de visiones sociales y legales más amplias, inclusivas e innovadoras.

Los recursos naturales, sometidos de forma constante a diversas maneras de explotación pasan a tener una protección más efectiva a partir de los preceptos constitucionales. Desde el 2008 se ha impuesto

en la región y en el país un debate importante en torno a la relación que debe existir entre el derecho, el Estado y la naturaleza, orientada esta a lograr la armonización y la adecuada convivencia de los mismos.

En este sentido, la protección a la naturaleza implica que no sólo se reconoce la visión tradicional y andina de estos países, por cuanto, también se considera como parte de un proceso de descolonización que propone una ruptura con las visiones impuestas en la región a través de los procesos de conquista, (Cruz, 2014). En este sentido los derechos de la naturaleza pueden ser comprendidos como una ruptura con los procesos tradicionales del derecho donde se imponen acciones más diversas y propias de la región andina.

Pineda (2020) considera que las leyes deben estar orientadas a la disminución del impacto ambiental que generan ciertas actividades económicas, sin embargo, aun es difícil armonizar todos estos aspectos. La creación de esta normativa ha logrado poner en evidencia la necesidad de contrarrestar y sancionar los actos lesivos para la naturaleza. Es por ello que se considera una Constitución pionera en la región y que va en coherencia con el llamado neoconstitucionalismo andino.

Sobre los mecanismos de protección jurídica de los derechos de la naturaleza, Salazar (2021) considera que se trata de garantías que se siguen enfocando en las sanciones, siendo aun necesario trabajar en temas asociados a la protección, prevención y reparación. Estos mecanismos de protección legal se han logrado incorporar en el mundo andino, proponiendo con ello, una nueva visión del constitucionalismo y la importancia de las diversas formas de vida que interactúan como un todo.

Limitaciones en el cumplimiento de los derechos de la naturaleza

Los derechos de la naturaleza pese a su reconocimiento constitucional, aún encuentra problemas para su aplicabilidad. A nivel de instancias judiciales, no ha sido superado este nuevo paradigma el que ha significado "un cambio radical en los conceptos de ambiente, desarrollo y justicia", (Gudynas, 2011, p. 240) que no logran concretarse de forma clara y exitosa. Se considera en este caso que existen problemas en la interpretación y aplicación de los derechos, debido a que se debe reconocer valores propios en la naturaleza como sujeto de derechos.

El respeto de los derechos de la naturaleza aun cuenta como una deuda pendiente para la sociedad ecuatoriana, persiste una visión de explotación de los recursos naturales que resulta lesiva para los mismos. Se considera, en algunos casos, que existe una implicación clara y emotiva frente a la protección ambiental, pero que ello no implica que dicha protección pueda mejorar de forma efectiva con la declaración constitucional, lo que hace pensar que este tipo de reformas puedan explicarse más como un proyecto político que, desde el campo jurídico, donde siguen encontrando varias limitaciones, (Simon, 2013).

Crespo (2009) considera que los derechos de la naturaleza no han logrado combatir los principales problemas de contaminación y deterioro de los recursos que existe en el país. Los casos que hasta la fecha han llegado a instancias de justicia dejan en evidencia es importante fortalecer las acciones de cuidado, prevención y reparación para los recursos naturales. En los términos previstos en la Constitución del 2008, los derechos de la naturaleza deben asegurar una adecuada armonía frente a las actividades humanas, sin embargo, esto aun no se logra siendo necesario promover un desarrollo más efectivo de dichos principios y compromisos, (Vernaza, 2021). El Estado ecuatoriano en este sentido destaca por ser pionero en el reconocimiento de dichos derechos y por generar con ello compromisos para alcanzar su vigencia.

Este tipo de argumentos mantienen el debate en torno al adecuado cumplimiento de este derecho, el rol del Estado y el alcance de las decisiones judiciales, dejando de manifiesto que, no es suficiente la incorporación o reconocimiento normativo, toda vez que, resulta necesario asegurarnos que la misma se cumpla, a partir de cambios culturales, sociales, políticos, sin perjuicio del establecimiento de parámetros para que los jueces e instituciones, hagan cumplir.

Pazmiño (2023) considera que la legislación ecuatoriana que se encamina proteger los derechos de la naturaleza aun no logra un pleno desarrollo, persisten vacíos y una comprensión deficiente de los mismos que generan problemas en el cumplimiento de este derecho constitucional. Los principios en los que se sostiene el Sumak Kawsay se relacionan con un entorno sano y con una concepción de bienestar de forma integral y efectiva donde el ser humano puede generar procesos de convivencia basados en el respeto y la armonía entre todos los elementos que integran la naturaleza. Es relevante en este sentido orientar las políticas públicas tanto como las decisiones judiciales al cumplimiento de estos compromisos y metas colectivas, donde el entorno alcance un equilibrio adecuado.

Los procesos de judicialización de los derechos de la naturaleza se relacionan precisamente con la

visión que aplican los jueces, reconociendo que esta nueva propuesta se basa en eliminar al ser humano como centro de la ley y pasar a incorporar nuevos elementos que exigen la misma protección, que es el caso de la naturaleza y todo lo que pertenece a ella, (Narváez, 2021), un aspecto que limita el alcance de estas decisiones para lograr una adecuada interpretación y aplicación de los derechos de la naturaleza. Se trata de enfoques y limitaciones que se han reconocido y sobre las cuáles es importante actuar.

Sobre este mismo tema, Vernaza y Cutié (2022), consideran los derechos de la naturaleza actualmente tienen una protección poco clara y que enfrenta problemas de dispersión y ambigüedad, siendo importante generar mayor precisión en su judicialización. Los autores indican además que la jurisprudencia que existe hasta la fecha, es limitada, considerando la relevancia y el verdadero alcance que tienen estos derechos.

Algunos de los estudios desarrollados sobre este tema advierten que, si bien las resoluciones de la Corte Constitucional han aportado con relevantes criterios jurídicos, aún no logran en todos los casos una efectiva protección de la naturaleza. Existe por tanto la necesidad de desarrollar criterios jurídicos que no se limitan a comprender únicamente al ser humano como sujeto hacia el cual se dirige la protección del Estado, se debe desarrollar criterios que incorporen a nuevos elementos de la naturaleza como parte de esta protección. Las sentencias que hasta la fecha han sido emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador se aproximan a la visión biocentrista y proponen estrategias y compromisos directos para preservar los recursos naturales, sus criterios dejan claro que se trata de seres vivos que son parte integral del entorno y que como tal deben estar protegidos para asegurar el equilibrio y bienestar de todos, (Martínez y Coronel, 2019).

Si bien es cierto que, para el caso ecuatoriano y boliviano, se ha reconocido que ha sido formulado de forma coherente al incorporar la visión de protección colectiva y reconociendo diversos ciclos de la naturaleza, no deja de cuestionarse su plena validez. Se considera que es necesario construir una cultura jurídica ambiental que permita generar un "proceso de comprensión y adopción de los valores del paradigma ecológico, y apoye la construcción de puentes entre ley y ecología legitimados a distinguir la enunciación de normas en materia ambiental y se construya un nuevo diálogo con la naturaleza". (Iacovino, 2020, p. 284)

Pese a la importancia de la normativa actual, el cumplimiento de estos derechos dentro de las instancias judiciales y del Estado aun no logra ser efectiva frenando el desarrollo legal y generando nuevos desafíos frente al equilibrio y protección de la naturaleza. Si bien en el caso del Ecuador existe un cuerpo jurídico que los regulan este se considera escaso. Sin embargo, con el paso del tiempo, se han construido criterios que ayudan a solventar estos problemas y que reafirman la importancia de los órganos jurisdiccionales.

Cortes de Justicia y derecho de la naturaleza

Para lograr la plena vigencia de la norma y de los derechos es importante que las instituciones, en este caso las Cortes logren la canalización efectiva de los casos donde la población exige su cumplimiento. Bajo estas consideraciones, se puede inferir que las Cortes ejercen un rol importante a través de la generación de jurisprudencia, resolución de casos y creación de antecedentes, un tema de gran relevancia para asegurar el cumplimiento de los mismos.

Para analizar el rol de las Cortes de Justicia frente al derecho de la naturaleza es importante mencionar que se han empezado a identificar conflictos o acciones a partir de las cuales se puede exigir derechos o reparaciones. Sobre este tema Narváez (2021) refiere la necesidad de armonía en la convivencia de los seres humanos asegurando contextos integrales de protección hacia los recursos naturales, asegurando que la naturaleza como el ser humano cuenten con acciones adecuadas de convivencia y diversidad en los términos previstos en la Constitución.

Es importante mencionar que los principales atentados a los derechos de la naturaleza han estado asociados a la explotación de recursos como a la falta de políticas públicas para preservar la naturaleza y evitar acciones lesivas a dichos recursos. Otra limitación para la vigencia de los derechos de la naturaleza se relaciona con la capacidad de las instituciones del Estado para asegurar su cumplimiento, así como también la poca conciliación que aun existe en torno a los derechos de la naturaleza y la conducta de la población en general donde el conocimiento y compromiso sobre el cumplimiento de la norma en este tema, aun es bajo. Es importante, proponer un cambio integral en las acciones políticas, sociales y económicas que sea compatible con los derechos en mención.

Con el aporte expuesto se destaca la importancia de este nuevo paradigma orientado a la sostenibilidad y el buen vivir. A partir del 2008 en Ecuador se ha convertido en un derecho fundamental y en compromiso directo del Estado la protección de los seres vivos en todas sus manifestaciones. En con-

secuencia, las actividades de explotación irracional y poco controlada pueden ser entendidas como lesivas al marco jurídico del país, siendo que contravienen los compromisos del Estado y la política pública que debe aplicarse en nuestro territorio para asegurar la protección de todos los seres vivos.

En este mismo tema Narváez (2021) considera que todas las actividades que van en contra de los derechos de la naturaleza deben interpretarse como un problema social y político. En este sentido, el rol del juez es de gran relevancia ya que permite reconocer los criterios que deben aplicarse en la valoración de este derecho y en la prevalencia de los derechos colectivos que debe ser lo primordial en este caso. Si bien se trata de un desafío grande, ya que contradice la tradición liberal del Estado, es importante reconocer estos primeros esfuerzos por construir la idea de un bienestar colectivo bajo el respeto de los derechos de la naturaleza.

Para el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ha resuelto desde el 2015 hasta la actualidad, varios casos relacionados con los derechos de la naturaleza, sin embargo, los criterios jurisprudenciales siguen siendo escuetos. Es importante en este caso reconocer que siendo importante la generación de dichos criterios para formar una jurisprudencia que asegure el cumplimiento de este derecho.

Hasta la fecha los casos resueltos por el máximo intérprete de la Constitución, destacan en la importancia del cuidado de la naturaleza como una responsabilidad del Estado y de las personas, además se defiende la concepción de la naturaleza como parte del desarrollo humano y de la vida en sí, (Orbe, 2023). Se trata de fundamentos que han orientado las sentencias hasta ahora emitidas y que van en correspondencia con la norma internacional y constitucional, generando de esta manera una visión clara del espíritu de la jurisprudencia que se va formando sobre este tema.

Se trata de opiniones importantes que, si bien no son parte de la norma, ayudan al cumplimiento de este derecho ya que la jurisprudencia orienta la resolución de los casos, logrando visibilizar el aporte de los jueces sobre los temas en controversia, (Schiele, 2008). Por tanto, se trata de demostrar la aplicabilidad del derecho de una forma práctica a partir de la deliberación y resolución de casos, pasa a ser entendida como un elemento fuente del derecho que opera en la práctica, bajo un rol de complementariedad para los jueces.

Lo que hasta la fecha ha sido generado desde las cortes de justicia del país orienta la reflexión en torno a la protección de la naturaleza y las controversias que bajo este objetivo se puedan generar. Se trata de un tema relevante para el país y la región, en especial al reconocer que se trata de pronunciamientos actuales.

Martínez y Alarcón (2021) estudian este tema y reconocen que las competencias de la Corte Constitucional permiten asegurar el cumplimiento de la normatividad y la supremacía de la Constitución siendo por tanto relevante los criterios que desde esta instancia se generan para garantizar los derechos. Los referidos autores, señalan que:

la Corte tiene la competencia de cambiar sus precedentes, pero esto involucra, necesariamente, la identificación de lo dicho en el pasado por el órgano, y la justificación sólida, argumentada, de su alejamiento, reconceptualización o cambio. El respeto al precedente es una cuestión institucional, que garantiza seguridad jurídica y predictibilidad. (Martínez y Alarcón, 2021, p. 38)

Las causas que hasta la fecha han llegado a instancias de la Corte Constitucional han tenido como propósito la protección de recursos hídricos, bosques, animales y manglares, los mismos que han sido reconocidos como elementos sometidos a constantes actos de contaminación y sobre los cuales no existen políticas públicas efectivas que los protejan. Estas contradicciones han generado maltrato y deterioro en los mencionados recursos. Los jueces en las sentencias emitidas han destacado el valor de la naturaleza como un elemento que requiere protección y respeto en todos los ciclos vitales imponiendo con ello la visión biocéntrica del Estado.

A continuación, se exponen algunos de estos criterios en función de los elementos de la naturaleza a los cuales se dirige dicha protección:

Tabla 1. Criterios jurídicos de la Corte Constitucional frente a los derechos de la naturaleza.

| Causas | Criterios Jurídicos |
|-----------|---|
| Bosques | <ul style="list-style-type: none"> - Asegurar el equilibrio entre la norma y la protección hacia la naturaleza para que las actividades que realiza el ser humano no genere daños y se realicen de forma sustentable, sostenible y racional, (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1149-19-JP/2. Caso No. 1149-19-JP/20, 10 de noviembre de 2021). - El derecho al medio ambiente se logra a través del cuidado a los ecosistemas, (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1149-19-JP/2. Caso No. 1149-19-JP/20, 10 de noviembre de 2021). |
| Ríos | <ul style="list-style-type: none"> - Los ríos son titulares de derechos y se debe asegurar se caudal, así como su adecuado funcionamiento y estructura, (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1185-20-JP/2. Caso No. 1185-20-JP, 15 de diciembre de 2021). - Los ríos deben recibir protección efectiva en correspondencia con su aporte a la vida en sus diversas manifestaciones, (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1185-20-JP/2. Caso No. 1185-20-JP, 15 de diciembre de 2021). - Proteger los ciclos vitales y evolutivos de los ríos como elementos que concentran gran valor para la vida humana y diversas especies, (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2167-21-EP/22. Caso No. 2167-21-EP, 19 de enero de 2022). |
| Manglares | <ul style="list-style-type: none"> - Los ecosistemas del manglar son titulares de los derechos reconocidos a la naturaleza y tienen derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-18-IN/21. Caso No. 22-18-IN, 8 de septiembre de 2021). |

Nota. En esta tabla se muestran los criterios que se han emitido en las sentencias para asegurar la vigencia de los derechos de la naturaleza, agrupados por tipo.

Los argumentos jurídicos plasmados en las sentencias de la Corte Constitucional representan aportes de gran relevancia para lograr el cumplimiento de este derecho constitucional y de imponer un nuevo paradigma. Esta nueva visión logra reconfigurar y armonizar los recursos naturales con la acción humana, proponiendo que estas dos ameritan una protección efectiva.

METODOLOGÍA

La presente investigación se ha desarrollado a partir de un enfoque cualitativo, descriptivo orientado a identificar las principales condiciones de la jurisprudencia en torno a los derechos de la naturaleza.

Para cumplir con los objetivos propuestos en la presente investigación, el autor propone trabajar con datos obtenidos a través de la página web de la Corte Constitucional, al ser una fuente oficial donde este tipo de información se consolida. El trabajar con estos datos permite identificar los casos que han llegado hasta dicha institución de justicia y con ello poder reconocer la jurisprudencia que sobre este tema se ha formado. La factibilidad de trabajar con este tipo de datos se justifica por tratarse de canales oficiales, de acceso gratuito que permiten procesar y analizar este tipo de información.

En relación a los datos, la investigación es de tipo cualitativo, ya que se trata de análisis de sentencias con las que se logró identificar los casos que se resuelven, las vulneraciones que se demandan al Estado, así como los criterios con los cuales los jueces de esta instancia logran resolver este tipo de controversias y entrevistas que se aplicaron a expertos, estos son abogados con conocimientos en materia constitucional a quienes se consultó sobre los aportes de la Corte sobre los derechos de la naturaleza y la importancia de la jurisprudencia generada sobre este tema en el país.

Por tratarse de un estudio basado en el análisis de las sentencias se destaca un método analítico enfocado en el análisis de archivos. Sobre la factibilidad de desarrollar este trabajo es impor-

tante indicar que la misma se sustenta en el acceso a los datos de forma gratuita y mediante plataformas de acceso libre. Así mismo se considera que por ser parte de un proceso de formación académica de posgrado, se contó con la asesoría de docentes que orienten el proceso de análisis y valoración de la información recolectada para cumplir con los objetivos propuestos.

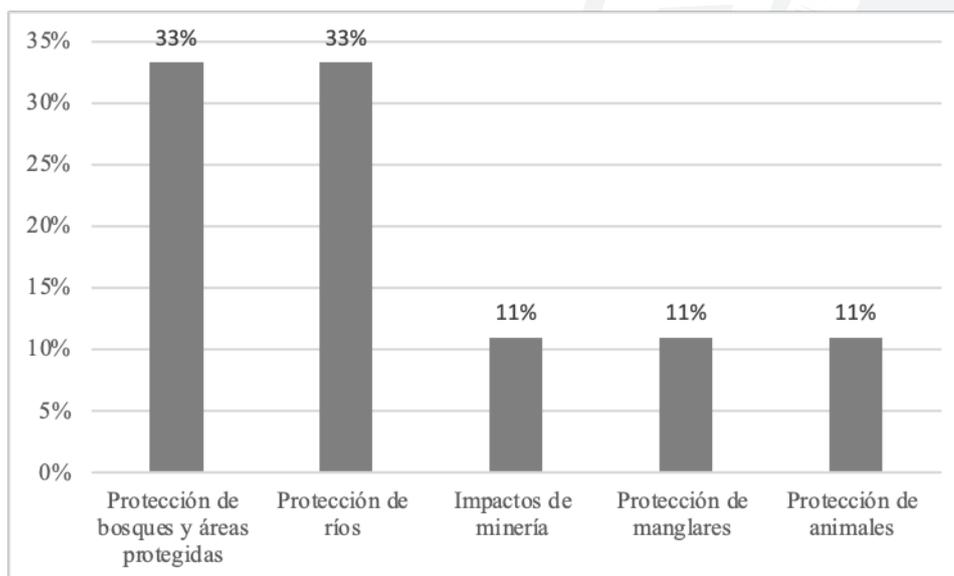
RESULTADOS

Los resultados que a continuación se exponen corresponden al análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador y en los que se resuelve en torno a los derechos de la naturaleza. La revisión se realizó a través de la plataforma digital de la Corte Constitucional donde se pudo revisar desde el año 2015 todos los procesos que se han resuelto a través de esta instancia.

Entre los resultados encontrados están las causas por las que se han iniciado procesos judiciales que exigen el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. En estos temas puede advertirse que de forma mucho más recurrente se aborda los temas relacionados con la protección de los bosques y de los ríos, como se representa en el siguiente gráfico.

Figura 1

Principales causas resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador en relación con derechos de la naturaleza.



Nota. Esta figura refleja las causas que han motivado acciones judiciales y que han obtenido sentencia de la Corte Constitucional, con el ánimo de poder identificar los casos más recurrentes.

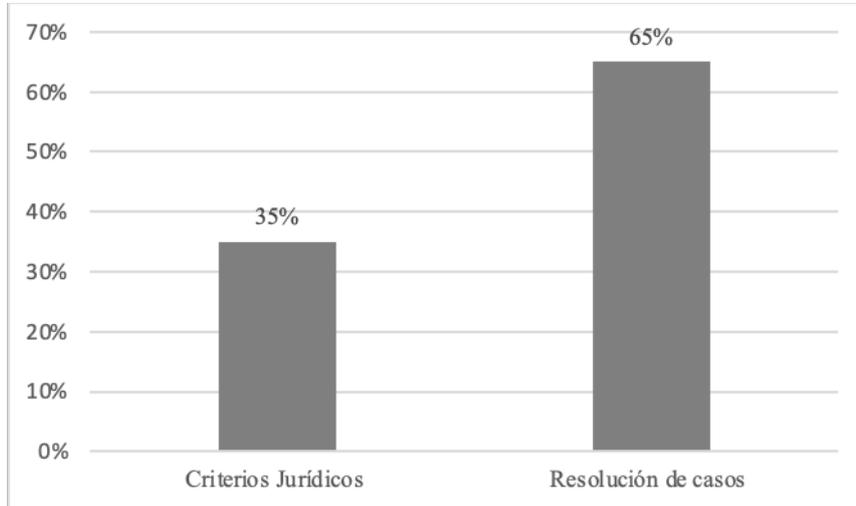
Para el caso de Ecuador estos resultados nos permiten reconocer que los eventos que se consideran lesivos para los derechos de la naturaleza se asocian, en mayor medida con la conservación de los recursos naturales, como son los bosques y los ríos, siendo también recurrente el análisis en torno al impacto de la minería sobre la naturaleza, la protección de los manglares a partir de los daños generados por los monocultivos y la protección a los animales como parte de la naturaleza. En los casos conocidos por la Corte Constitucional se ha reconocido que este tipo de problemas muchas de las veces son provocados por proyectos y obras que resultan invasivas a los entornos naturales o áreas protegidas, generando con ello la judicialización de dichas acciones.

Por otra parte, al ser los objetivos de este trabajo el identificar los aportes de la Corte Constitucional en el cumplimiento de los derechos de la naturaleza, los entrevistados a quienes se consultó sobre este tema, en su mayoría consideran que mediante la resolución de controversias la Corte ha logrado generar un aporte altamente significativo. En la siguiente figura se representa los criterios obtenidos en este tema donde se puede advertir que el rol de la Corte sobre este

tema se considera relevante a partir de la forma en la que dicha institución de justicia cumple con sus funciones, en este caso se refiere a la emisión de criterios jurídicos que se aplican a los derechos de la naturaleza y la resolución de los conflictos que se generan en torno a este tema.

Figura 2

Contribuciones de la Corte Constitucional para la vigencia de los derechos de la naturaleza



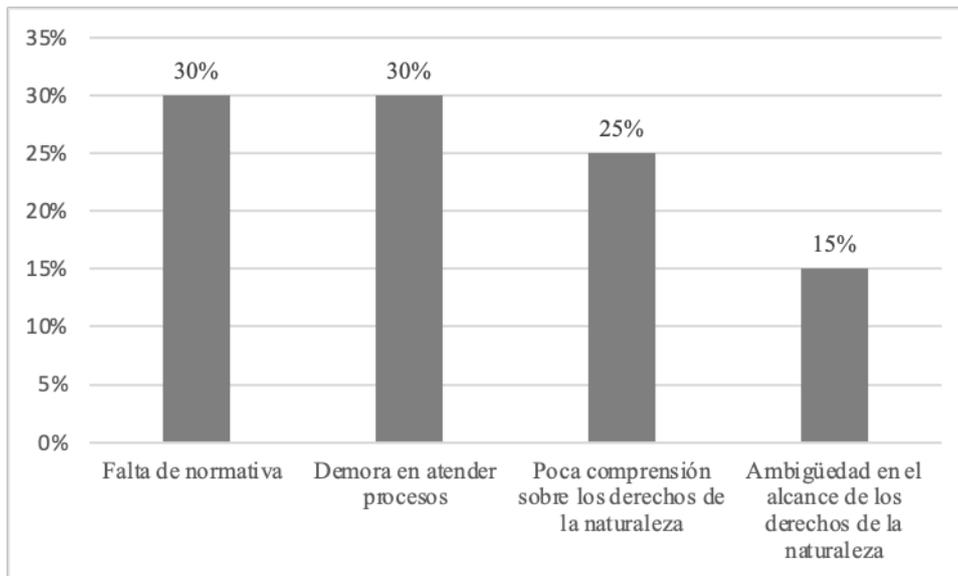
Nota. En esta figura se refleja la opinión de los entrevistados en relación a las formas en la que la Corte Constitucional ha apoyado el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Otro de los resultados que se obtuvo en este trabajo a partir de las entrevistas aplicadas, se relaciona con los problemas que surgen al momento de judicializar estos derechos. La población con la que se trabajó en la presente investigación considera que existe aun insuficiente normativa que regule los derechos de la naturaleza, que a esto se suma la demora que existe dentro de las Cortes por despachar este tipo de causas, lo que puede llegar a constituirse en nuevos elementos que limitan la vigencia de los derechos de la naturaleza.

Existen otros problemas que también se identifican, como es la poca comprensión de la verdadera implicación de la declaratoria constitucional en torno a estos derechos, y la ambigüedad en la aplicación de los derechos de la naturaleza conforme lo establece la norma ecuatoriana.

Figura 3

Problemas que se presentan al judicializar los derechos de la naturaleza en Ecuador

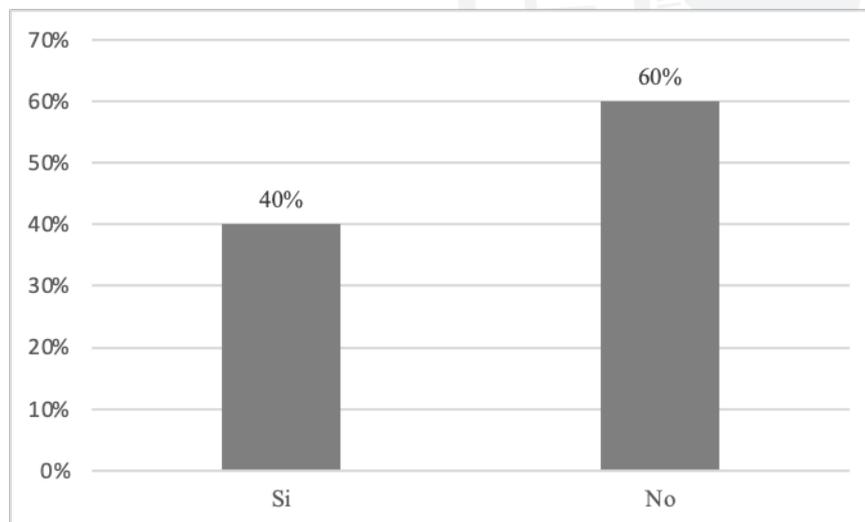


Nota. En esta figura se refleja la opinión de los entrevistados en relación a los problemas que se encuentran en el país y que motivan los casos en relación a los derechos de la naturaleza.

De conformidad con lo advertido en la parte teórica de este trabajo de investigación, una de las principales limitaciones de los derechos naturaleza se relaciona con la nueva visión que estos imponen lo que hace que existan varias opiniones en cuanto a su cumplimiento. Al consultar a los entrevistados sobre la posibilidad que estos derechos se cumplan de forma efectiva, la mayoría (60%) considera que no es posible actualmente que esto suceda.

Figura 4

Cumplimiento de los derechos de la naturaleza conforme lo establece la Constitución



Nota. En esta figura se refleja la opinión de los entrevistados sobre la vigencia de los derechos de la naturaleza en Ecuador.

Entre las opiniones emitidas se destaca el hecho que la Constitución del país establece preceptos de la naturaleza como un todo, lo que ha intentado aplicarse en las sentencias de la Corte Constitucional pero que se generan contradicciones con modos de producción y actividades extractivistas que no pueden ser limitadas. Existen por lo tanto diversas realidades que impiden que estos derechos se cumplan plenamente.

Sin embargo, es importante reconocer lo que hasta la fecha se ha logrado reflexionar en términos jurídicos en torno a estos derechos a través de los casos resueltos. En la siguiente tab-

la se sintetiza los principales aportes que, de acuerdo a cada tema, los jueces constitucionales han emitido. De esta manera se logra dejar en evidencia que pese a los problemas normativos que se atribuyen a los derechos de la naturaleza existe un aporte importante que ayuda a esclarecer la forma en la que el Estado cumple lo previsto en la Constitución.

Como se puede observar los criterios emitidos por la Corte Constitucional se orientan al cumplimiento de una visión biocentrista del derecho en donde priman los derechos colectivos y la armonía de los seres vivos, dejando de lado la visión liberal tradicional que daba paso a las acciones individuales que pueden en este caso estar asociadas al deterioro del entorno. Se reconoce además que existen diversas formas en las que se pueden vulnerar sus derechos, siendo algunas de ellas las relacionadas con la contaminación o explotación de recursos naturales y que generan un impacto directo hacia el medio ambiente. Lo que implica la vigencia de los derechos de la naturaleza, constituyen nuevas formas de asegurar el bienestar y el desarrollo descartando una visión basada en la explotación de recursos que ponga en riesgo el equilibrio natural.

En todos los casos la Corte reconoce a la naturaleza como titular de derechos y ante esta condición la necesidad de no cometer actos que generen daños de cualquier tipo. Se reconoce así mismo la capacidad del Estado para sancionar estos actos y promover acciones tendientes al cuidado o a la reparación de los daños generados hacia la naturaleza.

DISCUSIÓN

Los resultados alcanzados a partir de la presente investigación dejan en evidencia que la Corte Constitucional del Ecuador ha logrado generar jurisprudencia que ratifica la visión bio centrista que imponen los derechos de la naturaleza. Las sentencias que se han emitido desde la Corte Constitucional han logrado consolidar un aporte clave para comprender el alcance de los derechos de la naturaleza en un ambiente seguro donde se generen políticas públicas acordes con la visión de protección.

Narváez y Escudero (2021) analizan las sentencias que se han emitido desde las cortes de justicia del país y advierten sobre el aporte que las mismas han generado frente a los derechos de la naturaleza. Las sentencias hasta le fecha emitidas han logrado dar mayor precisión a las reformas legales que orientan la protección de la naturaleza.

En la presente investigación se logra reconocer que para el caso de los bosques y los ríos existen declaraciones claras donde se las reconoce como sujetos de derecho, estas sentencias ayudan a particularizar los entornos a los cuales se aplican los derechos de la naturaleza. Dichas particularidades ayudan a superar el problema menciona, Vernaza (2021) cuando reconoce que pueden existir ambigüedades en este derecho si llegamos a considerar que todo lo que nos rodea es naturaleza. Los casos resueltos por la Corte Constitucional en Ecuador reconocen que la naturaleza amerita protección y reconocimiento de derechos efectivos y en correspondencia con sus principales exigencias y condiciones.

Tabla 2

Criterios jurídicos aplicados a la resolución de los casos relacionados con los derechos de la naturaleza en Ecuador

| Año | Causa | Derechos vulnerados | Criterios jurídicos |
|------|---------------|---|---|
| 2015 | 0507-12-EP | Área protegida la Reserva Ecológica Cayapas | La naturaleza es sujeto, independiente y con derechos específicos o propios (...) Se exige para la naturaleza una visión biocéntrica del derecho descartando que se le otorgue a sus recursos un destino de explotación derivado de la capacidad de proveer recursos para el ser humano. |
| 2021 | 1149-19-JP/20 | Bosque Protector Los Cedros | Los derechos de la naturaleza protegen ecosistemas y procesos naturales por su valor intrínseco, de esta forma se complementan con el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado |
| 2021 | 1185-20-JP | Protección del río | ...el Río Aquepi es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza y tiene derecho a que se respete su estructura y funcionamiento al afectar su caudal. |
| 2021 | 22-18-IN | Protección de manglares | Los ecosistemas del manglar son titulares de los derechos reconocidos a la naturaleza y tienen derecho a "que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos." |
| 2021 | 1185-20-JP | Caudal del río Aquepi ubicado en Santo Domingo de los Tsáchilas | La naturaleza es un todo que recibe protección (...) El río, como otros elementos de la naturaleza, debe tener valoración en sí mismo y en función de lo que aporta a la vida de las comunidades bióticas, incluida la de la especie humana, apostadas a lo largo de sus riberas. |

| | | | |
|------|------------|-------------------------------------|---|
| 2022 | 273-19-JP | Concesiones mineras | La naturaleza y cada uno de los elementos que la componen, deben ser respetados, promovidos y garantizados sin distinción de ningún tipo...el Estado está obligado a respetar los ecosistemas y los elementos que lo conforman, para cumplir sus ciclos vitales, proteger su estructura, funciones y procesos evolutivos. |
| 2022 | 28-19-IN | Zona intangible Targaeri Taromenane | Respetar las consultas pre legislativas en pueblos no contactados. |
| 2022 | 2167-21-EP | Adecuado manejo de aguas residuales | El río Monjas es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza y tiene derecho a "que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos"; y declarar que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito vulneró sus derechos. |
| 2022 | 253-20-JH | Animales como sujetos de derechos | Reconocimiento de los animales como sujetos de derechos (...) los animales no deben ser protegidos únicamente desde una perspectiva ecosistémica o con vista en las necesidades del ser humano, sino que principalmente desde una óptica que se centre en su individualidad y en su valoración intrínseca. Los derechos de los animales adquieren su propia particularidad. |

Nota. En esta tabla se ubican las causas que han llegado hasta la Corte Constitucional y algunos de los criterios jurídicos que se han emitido en las sentencias, esta información se encuentran disponibles en la página web de la Corte Constitucional.

CONCLUSIONES

En el presente artículo se ha identificado las sentencias de Corte Constitucional en relación a los derechos de la naturaleza logrando con ello identificar las principales causas que lesionan estos derechos y los criterios que se han emitido para resolverlos. Para cumplir con los objetivos propuestos, el autor ha desarrollado un amplio análisis teórico como jurisprudencial a partir de los datos obtenidos. Una vez que se ha realizado el análisis teórico y empírico de la presente investigación, se plantean las siguientes conclusiones, las mismas que se relacionan con el cumplimiento de los objetivos planteados.

Desde el 2015 hasta la presente fecha es posible encontrar sentencias que abor-

dan el tema de los derechos de la naturaleza, dejando en evidencia por una parte las acciones que pueden proponerse para sancionar su incumplimiento como los criterios con los cuales se los interpreta y se los resuelve en las Cortes de justicia del país.

Los casos que con mayor frecuencia han motivado acciones judiciales en el país relacionados con los derechos de la naturaleza, son aquellos en los que se resuelve sobre contaminación a los ríos, afectación a áreas protegidas e impacto de las actividades mineras. Existe en estas acciones un reconocimiento de alteración al medio ambiente y por tanto vulneración de los derechos de la naturaleza. Estas sentencias constituyen un referente importante que orienta el cumplimiento de los derechos Constitucionales como de la política pública que debe generarse para lograr el pleno respeto a la naturaleza. Se trata de proponer acciones conjuntas que logren imponer la visión biocéntrica del derecho en las actividades económicas y productivas que se desarrollan en el país y que están identificadas como principales causas de lesividad para estos derechos.

Las sentencias que se han emitido por la Corte Constitucional en torno a los derechos de la naturaleza aun son escasos, esto por tratarse de un derecho de reciente incorporación. Si bien se encuentran sentencias desde el año 2015, más del 60% de las sentencias emitidas se han generado en el año 2021. Considerando la revisión de los documentos como la opinión de los expertos la evolución del derecho de la naturaleza ha sido positiva en los últimos años, desde el 2021, estos casos han aumentado y eso permite generar antecedentes que orientan la vigencia y cumplimiento de este derecho. Por otra parte, es importante generar una mayor claridad sobre la forma de aplicar o judicializar estos derechos sobre todo cuando existe un entorno donde se generan diversas actividades que contradicen lo previsto en la Constitución en relación a la protección de la naturaleza, como es el caso de la contaminación, la explotación, etc.

A partir de la reforma constitucional en el 2008, los derechos de la naturaleza proponen una nueva visión del derecho, a través de la cual se logra generar nuevos cambios y retos para integrar estos derechos en las políticas públicas y las acciones del Estado. Si bien se trata de un tema que ya ha sido planteado en otros Estados, aun son varias las limitaciones que existen en su aplicación y vigencia, siendo importante impulsar el desarrollo de esta área del Derecho para lograr asegurar el bienestar colectivo, que es la visión que se ha impuesto en este tipo de derechos.

Pese a la normativa vigente y a la jurisprudencia generada existen problemas que persisten y que obstaculizan la vigencia de los derechos de la naturaleza, los principales se relacionan con la demora en los procesos, los vacíos legales, la ambigüedad en la norma y la poca comprensión de este nuevo paradigma que corresponde con los derechos de la naturaleza. Las acciones que hasta la fecha han sido sancionadas a través de las instancias de justicia dan cuenta de los actos lesivos que enfrentan los bosques, los ríos, los manglares y los animales en el país, se trata de actos que atentan contra su protección y que deben ser sancionados y prevenidos de forma efectiva a través de decisiones públicas. Se ha logrado demostrar que persisten modos de producción y prácticas que de forma generalizada contravienen los preceptos constitucionales a favor de la naturaleza y sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amado, F. (2014). *Direito Ambiental Esquematzado* (5ta. Ed). Rio de Janeiro: Forense, Brasil-SP, São Paulo: Método.
- Ávila Santamaría, R. (2010). *El derecho de la naturaleza: fundamentos*. UASB. Quito: Ecuador.
- Baldín, S. (2017). "Los derechos de la naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico". *Revista General de Derecho Público Comparado*, 22:1- 28.
- Borrás Pentinat, S. (2014). "El derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza". *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, 99: 649- 680.
- Córdor Salazar, M. (2016). "Los derechos de la naturaleza en la Constitución de la República del Ecuador". *Revista Republicana*, 20: 207- 224.
- Crespo Plaza, R. (2009). "La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?". *Iuris Dicitio*, 8(12): 31-37.
- Cruz Piza, I. A., Bajaña Bustamante, L. J., y Morales Campoverde, M. O. (2022). "Derechos de la naturaleza en Ecuador." *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S2), 351-357.

- Cruz Rodríguez, E. (2014). "Derechos de la naturaleza, descolonización e interculturalidad. Acerca del caso ecuatoriano". *Verba Iuris*, 31: 15- 29.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Fabio Esborraz, D. (2016). "El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza". *Revista Derecho del Estado*, 36: 93-129.
- Gudynas, E. (2011). Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En: *La naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Acosta, A. y Martínez, E. (comp.). Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana. Quito: Ecuador, pp. 239- 258.
- Guzmán Jiménez, L. y Botina Gómez, A. (2023). "Análisis de la responsabilidad del Estado y las empresas en la protección de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de Colombia y Ecuador". *Revista de Derecho FORO*, 39: 43- 62.
- Iacovino, A. (2020). "Constitutionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza". *revista Cultura Latinoamericana*, 31 (1): 266- 320.
- Martínez Dalmau, R. (2019). "Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos". En, Estupiñán, L., Storini, C., Martínez, R., Carvalho, F., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Universidad Libre, Bogotá- Colombia, pp. 31- 48.
- Martínez Moscoso, A. y Coronel Ordóñez, J. (2019). "La incorporación de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Análisis del caso "MAR-MEZA" (N. 0507-12-EP)". *Actualidad Jurídica Ambiental*, 97: 1- 21.
- Molina Roa, J. "La irrupción del biocentrismo jurídico. Los derechos de la naturaleza en América Latina y sus desafíos". *Revista Ambiente y Sostenibilidad*, 6: 64- 79.
- Morales, M. (2013). "Derechos De La Naturaleza En La Constitución Ecuatoriana". *Justicia Ambiental*, 19: 71- 83.
- Morejón, J. (2012). Reconocimiento, aplicación y exigibilidad de los derechos de la naturaleza. Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, Quito- Ecuador. <https://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/1862>
- Narváez Álvarez, M. (2021). "Los derechos de la naturaleza en los tribunales ecuatorianos". *Iuris Dictio*, 27: 69- 83.
- Orbe Solano, L. 2023. Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en el periodo 2008- 2021. Tesis de Grado, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. <https://dspace.ucacue.edu.ec/bitstream/ucacue/14347/1/13BT-D2023-AB-81.pdf>
- Pazmiño Arteaga, M. (2023). "Los derechos de la naturaleza desde el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencias N° 218-15-SEP-CC Y 1149-JP/21)". *Ciencia Latina Revista Multidisciplinar*, 7 (1): 9005- 9024.
- Pineda Reyes, C. (2020). "La naturaleza como sujeto de derecho en el ordenamiento jurídica ecuatoriano". *Universidad y Sociedad*, 12(1), 217-224.
- Pinto Calaca, I., Carneiro de Freitas, P., Da Silva, S. y Maluf, F. (2018). "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia". *Revista Latinoamericana Bioestatal*, 18 (1): 155- 171.
- Rodríguez, A. Los derechos de la naturaleza en diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios. Paper Universitario. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito- Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7968/1/CON-PAP-Rodr%C3%ADguez-Los%20derechos.pdf>
- Salazar Gómez, L. (2021). "Los impactos al implementar los Derechos de la Naturaleza mediante garantías jurisdiccionales en Ecuador". *Ruptura*, 3 (3): 77- 100.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 0507- 12- EP del 20 de mayo de 2015. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNblDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgDX-VpZDonOTQyODEyYzUtOWE0Yi00ZjgxLTk2NzUtNjdkMWNiMmZjMzNjLnBkZid9
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 1149-19-JP/20 del 10 de noviembre de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNblDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB-

[1dWIkOic2MmE3MmIxNy1hMzE4LTQyZmMtYjJkOS1mYzYzNWE5ZTAwNGYucGRmJ30=](#)

- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 1185-20-JP del 15 de diciembre de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB-1dWIkOidIMGJiN2I1NC04NjM5LTQ1ZmItYjc4OS0yNTFINTFhZWl2YTEucGRmJ30=
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 2167-21-EP del 19 de enero de 2022. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB-1dWIkOic5OWVvN2EyZC1kM2I5LTQwOWQ0tOWY4ZS1jMDC3YzYxYWQ2ZGMucGRmJ30=
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 22-18-IN del 8 de septiembre de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWIkOid-iN2NkMjRmMS1hODMxLTQxMTEtODEzZi1iZTQyOWQ0ZjQxYTMucGRmJ30=
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 273-19-JP (Consulta previa en la comunidad A'I Cofán de Sinangoe) del 27 de enero de 2022. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWIkOidjOWE4ODAyZC03Y2E1LTQ4NDItOWIzNS01ZDZ-jMzZiM2I3ZGMucGRmJ30=
- Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Caso 28-19-IN del 19 de enero de 2022. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWIkOic-3MTc1MzAzNi0yYTkzLTQzNTUtODcxYy1kYmNhZjhjMDMyZGEucGRmJ30=
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 253-20-JH del 27 de enero de 2022. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB-1dWIkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZDQ0YTM2NC1kOGNiMwIwYVViMWMucGRmJ30=
- Simon Campana, F. (2013). "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?". *Iuris Dictio*, 13(15): 9-38.
- Vernaza Arroyo, G. y Cutié Mustelie, D. (2022). "Los derechos de la naturaleza desde la mirada de los jueces en Ecuador". *IUS*, 16 (49): 285- 311.

Raisa León Muñoz, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador
raisa.leon@uasb.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-6902-5578>

Recibido: 2023- 11- 03 | Revisado: 2023-12-16
 Aceptado: 2024- 01-06 | Publicado: 2024-01-26

Análisis de la gobernanza de mendicidad infantil en Ecuador frente a la migración venezolana

Analysis of the governance of child begging in Ecuador in order of Venezuelan migration."

RESUMEN

La situación de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana que se encuentran expuestos a la mendicidad infantil reflejan la precariedad que se presenta en este grupo de atención prioritaria. El argumento de este trabajo expone la política pública que ha adoptado el estado a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social, en un conjunto de situaciones que es necesario analizarlas no solo en el accionar del estado sino en el rol parental del cuidado y la inclusión económica. La metodología aplicada es analítica bajo el método de obtención de información a través de entrevistas a personas de este colectivo. Esta problemática exige pensar elementos que se intersectan a los niños del colectivo venezolano, aspectos como la edad, situación migratoria, género, pobreza. También se incluye el rol que asumen los gobiernos locales para adecuar programas de atención, adecuación de servicios teniendo en cuenta la situación de los niños expuestos a la explotación y el abuso.

Palabras claves:

Interseccionalidad, inclusión económica, migración venezolana, mendicidad infantil parentalidad.

ABSTRACT

The situation of children and adolescents of Venezuelan nationality who are exposed to child begging reflects the precariousness that occurs in this priority care group. The argument of this work exposes the public policy that the state has adopted through the Ministry of Economic and Social Inclusion, in a set of situations that need to be analyzed not only in the actions of the state but in the parental role of care and economic inclusion. The methodology applied is analytical under the method of obtaining information through interviews with people from this group. This problem requires thinking about elements that intersect with children from the Venezuelan community, aspects such as age, immigration status, gender, poverty. Also included is the role that local councils assume to adapt care programs and adapt their services taking into account the situation of children exposed to exploitation and abuse.

Keywords:

Intersectionality, economic inclusion, Venezuelan migration, child begging, parenting.

INTRODUCCIÓN

En Ecuador, la mendicidad infantil persiste como un llamado de atención a las políticas locales y nacionales relacionadas a la protección de niños en situación de mendicidad, especialmente en la ejecución de programas encaminados a prevenirla y erradicarla. Este artículo explora brevemente la complejidad de este fenómeno, centrándose en la capacidad y responsabilidad de los gobiernos locales. Principio del formulario

Derechos de niños, niñas y adolescentes frente a la mendicidad infantil

Los flujos migratorios y su relación con la gobernanza de los países es un asunto que requiere la cooperación entre Estados, la adopción de medidas afirmativas que involucre tanto a los países de origen, tránsito, destino y retorno de las personas migrantes. La dinámica de los estados frente a la movilidad humana requiere la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, conocer y aplicar la normativa nacional y estándares internacionales, reconocer el rol que se asume el Estado en la aplicabilidad de las mismas. Además comprender como acciones u omisiones pueden repercutir en la vida de estas personas. (Ombudsman, 2018).

Es imprescindible que exista el reconocimiento por parte de los Estados, especialmente aquellos de la región que albergan y reciben la llegada masiva de venezolanos, ya que este colectivo requiere atención prioritaria, y una mirada interseccional con el objeto de brindar un tratamiento especial, y en los casos que aplique otorgar protección a través del reconocimiento de la condición de asilo y refugio. (Ribas, 2018).

Una de las principales problemáticas que trajo consigo el incremento o flujo de la migración venezolana es que se intensificara la mendicidad infantil, aquella situación está contemplada en la normativa de la niñez y adolescencia del Ecuador como explotación laboral y que expone a este grupo etario a peligros latentes, exposición y vulneración de los derechos humanos.

En el Ecuador antes de la llegada masiva de ciudadanos venezolanos, se pusieron en marcha programas denominados: "Navidad Digna y Solidaria, mendicidad infantil NO" en el año 2007, "Navidad Digna y Solidaria, sin mendicidad infantil" en el año 2008, "Rayuela Social" en el año 2009, "Da Dignidad" en 2010-2017 y "Mi Pacto" en 2018-2019, aquellos programas tenían una mayor resonancia hacia niños ecuatorianos que se encontraban en las calles en situación de mendicidad; ya en la actualidad y por agudizarse la mendicidad que tiene como protagonistas a niños venezolanos se creó la campaña "Da Dignidad por un Ecuador Sin Mendicidad" que tiene por objeto la erradicación progresiva de esta problemática, que tiene por objeto evitar que esta actividad sea utilizada como un medio de subsistencia o costumbre para la obtención de un ingreso económico. (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2020)

La migración como un acontecimiento global tiene varias causas, diversas expresiones y maneras de canalizarse. Las historias de desplazamientos a otros países es una experiencia única y propia para quienes la experimentan, la migración constituye un factor de riesgo para las familias y particularmente en los niños que la viven, puesto que se ve afectada su vida familiar, repercutiendo en el aumento de situaciones de riesgo y peligro para la niñez venezolana. Otras pérdidas asociadas a la migración infantil abarcan la falta de apoyo y referentes afectivos, la deserción estudiantil del niño, la pérdida cultural, la incertidumbre de su nuevo ámbito social. (Petit, 2004)

La mendicidad infantil puede afectar la salud física y emocional de los niños, la existencia de barreras a servicios de salud es desconocer el principio de interés superior de los niños. (Pelacani, 2022, pág. 40) La exposición constante a condiciones de callejización influye en el acceso regular a la educación, afectando su desarrollo cognitivo y limitando el libre desarrollo de la personalidad.

En el contexto de la mendicidad se vislumbran dificultades como la separación de los niños de sus referentes familiares, la ruptura de los vínculos con sus padres, abandono, renuncia a la escolaridad, exposición a trabajos peligrosos, que son proporcionales a formas de supervivencia desesperadas. (Petit, 2004)

En la realidad que enfrentan niños, niñas y adolescentes, estos en algunos casos son expuestos a la mendicidad por sus propios padres, existen casos que se encuentran acompañados por primos o tías, suelen residir en lugares distintos al que se encuentran practicando la mendicidad. Al entrevistar a una madre quien se identifica como Luz refiere lo siguiente:

- Investigadora: Vemos que se encuentra con una funda de golosinas, pero observamos que las personas no le compran el producto y prefieren dejarle unas monedas. ¿Esto ocurre siempre las personas prefieren dejarle dinero?
- Luz: Pues sí, aquí nos dan de toda comida, dinero, juguetes para los niños.
- Investigadora: Recibe usted alguna ayuda por parte de organizaciones que entregan alimentos u otras ayudas humanitarias.
- Luz: eso me dieron unos meses, cuando recién llegamos, pero no alcanza, con varios hijos eso solo dura unos días, hay que pagar el alquiler también.
- Investigadora: ¿Le gustaría dejar a los niños en un programa municipal que funciona como guardería?,

allí los pueden cuidar mientras usted vende sus golosinas y así no expone a los niños a los peligros de la calle.

- Luz: No quiero, cuando estoy sola la gente no me da ayuda, con los niños recibo más y en los trabajos no quieren pagar bien.

Las respuestas evidencian que el niño se convierte en un sujeto que despierta la compasión de aquellos que contribuyen con ayudas para mitigar el problema social de la mendicidad. Además, reflejan la tendencia de padres o familiares que, al no obtener recursos suficientes en trabajos informales, se ven obligados a exponer a sus propios hijos a entornos peligrosos, limitando así el acceso a otros derechos fundamentales como la educación, el cuidado, la salud y la integridad personal.

El abandono o trato negligente también aparece como consecuencia de la falta del cuidado parental a cargo de sus progenitores. La falta de apoyo emocional y una ausente política de inclusión económica pueden desencadenar en situaciones donde niños y adolescentes migrantes son explotados por terceros.

En torno a la exposición de niños a la mendicidad estos pueden experimentar como influyen o afectan las reglas globales de la movilidad humana, desafiando diferentes formas de violencia al construir relaciones de cuidado, resiliencia y ayuda mutua. (Glockner, 2021)

Si bien se han implementado programas sociales para la erradicación de la mendicidad, aún falta aplicar políticas públicas dirigidas a mitigar esta problemática, abordando integralmente los factores que la fomentan los cuales son: sociales, económicos, culturales y políticos. Es importante abordar la sensibilización de familiares, trabajar en la parentalidad y en los roles del cuidado de los progenitores.

En el contexto ecuatoriano se han presentado resultados altamente positivos en la lucha por la erradicación de la mendicidad, todavía falta realizar un trabajo permanente en el país para disminuir este fenómeno.

En el país existe normativa nacional aplicable para responder a la problemática de la mendicidad infantil. También la Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia vinculante respecto de los derechos de los niños relacionados a la situación migratoria.

Tabla 1 Normativa nacional e internacional, sentencias y aportes jurídicos.

| Normativa nacional e internacional, desarrollo jurisprudencial en Ecuador, dictamen y jurisprudencia de la CIDH. | Enfoque y derechos |
|---|--|
| En la Constitución de la República del Ecuador art.46 núm. 4. | Atención especializada de prevención y erradicación de toda forma de explotación infantil. |
| Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización en el art 54 literal j, y 84 literal j. | Aborda la responsabilidad de los gobiernos municipales, provinciales y gobiernos de distritos metropolitanos, fortalecer el sistema integral de protección para la exigibilidad y protección de los derechos de las personas de los grupos de atención prioritaria. (Asamblea Nacional del Ecuador , 2010) |

| | |
|--|---|
| Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en sus art. 204-205. | Implementación de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, estas se constituye en un organismo de protección, defensa y exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. (Congreso Nacional de Ecuador , 2003) |
| Sentencia No. 2120-19-JP/21, Caso No. 2120-19-JP (Corte Constitucional del Ecuador Septiembre 22, 2021 | La Corte Constitucional de Ecuador observa condiciones de vulnerabilidad que afecta a niños, niñas y adolescentes migrantes. |
| Convención de Ginebra, y su Protocolo de 1967. | Garantías para el acceso a protección internacional y goce derechos de las personas refugiadas. (Convención sobre el Estatuto de Refugiados, 1951) |
| Declaración de Cartagena sobre Refugiados | Garantiza el derecho a la no devolución a los solicitantes de refugio. (Declaración de Cartagena sobre Refugiados , 1984) |
| Opinión Consultiva OC-21/14 (Corte Interamericana de Derechos Humanos agosto 19, 2014). | Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Protección de niños migrantes no acompañados. Declaración del principio de no retorno, en el caso de niñas y niños extranjeros las autoridades fronterizas de migración no deben impedirle el ingreso al país. (Opinión Consultiva 21/14 , 2014) |

Fuente: Legislación nacional y portales de páginas institucionales.

Elaboración propia.

METODOLOGÍA

Esta investigación es de carácter analítico y explorativa, se sustenta en un abordaje a grupos de familias en situación de mendicidad, donde se verificó desde la fuente las razones que conducen a la mendicidad.

Para el autor Oscar Sarlo la investigación es una tarea profesional, que no se encuentra comprendida en la formación curricular de los juristas. (Sarlo, 2003). El estudio de los problemas jurídicos y en especial de las ciencias sociales, requieren un abordaje interdisciplinario, por ello resulta pertinente indagar este tema desde un enfoque interseccional e intergeneracional.

La recopilación de la información surge de aportes bibliográficos y documentos de organizaciones de las Naciones Unidas y otras ONG, así como de portales de información. Incluyendo la observación y aportes de expertos que han trabajado con familia migrantes, concluyendo que la mendicidad infantil debe ser atendida y tratada desde la parentalidad respecto de las familias.

En este artículo se analiza y recopila información relacionada a los programas existentes en Ecuador para entender esta problemática, así como la respuesta y atención por parte de las instituciones que forman parte del sistema de protección a niños niñas y ad-

olescentes. Además, se complementa a la recopilación de datos por partes de organizaciones no gubernamentales, exponiendo también aportes respecto de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana.

Con el objeto de obtener retroalimentación o datos sobre las necesidades de estas familias, identificar elementos de vulnerabilidad y riesgo, se aplicaron fichas de abordaje a 50 grupos de familia, las mismas que corresponden a 118 personas en situación de mendicidad, el 44.92% se aplicaron en Guayaquil, el 36,44 % en Quito y 18,64 en Babahoyo. La edad promedio de este grupo de personas es de 21 años y la edad que más se repite es 10 años (con una frecuencia de 85 personas).

En el diagnóstico sobre las principales causas que induce a los grupos familiares a la mendicidad con exposición de niños, niñas y adolescentes, corresponde a las siguientes razones: mayormente el no poseer documentación, seguido de la falta de trabajo, empleos no adecuados y en menor proporción refieren realizar la mendicidad para obtener mejores recursos. La discriminación y otros motivos, también fueron mencionadas por las familias entrevistadas.

Ilustración1 Razones por las que se encuentran en situación de mendicidad.



Fuente: Fichas de abordaje individual a personas que realizan actividades de mendicidad

Elaborado por: la autora

De acuerdo a las razones que expusieron los participantes la principal razón por la que se encuentran realizando la mendicidad con sus grupos familiares están relacionados a la falta de documentos de residencia y el empleo. Las crisis económicas pueden dejar a muchas familias en situaciones precarias y producir desplazamientos forzados hacia otros países, lo que puede llevar a que los niños se involucren en la mendicidad para sobrevivir.

En los años 2016 y 2017 los migrantes venezolanos que llegaron a Ecuador lograban acceder a la obtención de una visa profesional, de trabajo en el marco del acuerdo bilateral Ecuador-Venezuela, no obstante las condiciones para este colectivo fueron agudizándose, el mercado laboral se deterioró y se tornó precario lo que trajo consigo la callejización de migrantes. (Herrera & Cabezas Gálvez, 2020)

La llegada de personas migrantes asegura un suministro constante y abundante de trabajadores que ocupan puestos laborales caracterizados por condiciones desfavorables, salarios más bajos y la falta de derechos laborales. (Neira, 2021)

Del mismo modo con la llegada del covid-19 la crisis para las familias migrantes empeoró sus condiciones, se incrementa la callejización a consecuencia del desempleo y desalojos durante los primeros meses de la pandemia. Las personas en movilidad humana que antes podían cubrir los gastos de un hostel en las ciudades de Quito, Guayaquil y fronteras pasaron a vivir en la precariedad. (Pérez Martínez et al, 2021)

La vulneración al derecho a la seguridad social adquiere relevancia en el marco de una pandemia, ya que, en primer lugar, desprotege a la población migrante ante posibles riesgos laborales, accidentes y la pérdida de empleo. (Pérez Martínez, y otros, 2021) Estas circunstancias reflejan la incursión de migrantes a trabajos no dignos.

Existe un despliegue de las agencias de la Organización de las Naciones Unidas y otras organizaciones no gubernamentales respecto de los programas y convenios que se han eje-

cutado como socios cooperantes para atender a la población migrante en situación de vulnerabilidad, haciendo un contraste con la implementación de programas estatales existentes, políticas públicas desarrolladas a nivel nacional para erradicar la mendicidad.

DISCUSIÓN

En la Constitución de la República del Ecuador art.46 núm. 4 establece la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones, que se comentan en contra de niños niñas y adolescentes, este presupuesto recoge la que estado está obligado a atender de manera integral a niños niñas y adolescentes que se encuentren en situación de desventaja y desprotección, adecuando la atención especializada de prevención y erradicación de toda forma de explotación infantil.

El rol de los gobiernos municipales en Ecuador

El efectivo enunciado de corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad en asuntos relacionados a la protección especial de niños, niñas y adolescentes en el país. A esto se suma el rol primario y fundamental de la familia y la vinculación con la sociedad, que emergen en la necesidad de políticas públicas dirigidas a trabajar en la parentalidad y asistencias de cuidados a niños y niñas en situación de mendicidad.

La protección contra todas las formas de violencia y abuso, incluida la explotación, trabajo infantil y el secuestro, y la venta o trata de niños, implican un trabajo especializado para tener un diagnóstico claro sobre la situación de vulnerabilidad de la niñez, a través de la aplicación de una entrevista que aborde el enfoque de interseccionalidad, intergeneracional y de derecho humanos. (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2019).

Las proyecciones que trajo consigo el COVID-19 evidencia el resultado de aumento de la pobreza y la violencia, en especialmente en Latinoamérica donde países de la región han recibido población migrante venezolana. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021) Los procesos migratorios de las familias y la desintegración del grupo familiar, colocan en mayor desventaja a las niñas, niños y adolescentes, los Estados deben incluir acciones prioritarias para que pueda lograrse la reunificación familiar, teniendo en cuenta elementos como la edad, género, situación migratoria, nacionalidad o etnia.

A menudo utilizamos el término interseccionalidad para explicar la complejidad en diversos contextos que enfrentan las mujeres, aquel concepto no solamente es válido para explicar las marginaciones y diferencias que enfrenta el género, sino también nos ayuda a explicar la experiencia de los grupos subordinados y las relaciones de poder dentro de las relaciones sociales que giran alrededor de los niños migrantes. La problemática de la mendicidad infantil encuentra sus raíces en la vulnerabilidad de las familias, derivada de la migración forzada ocasionada por problemas sociales y políticos que han exacerbado la pobreza en los hogares venezolanos. A pesar de los loables esfuerzos de los Estados receptores para erradicar la mendicidad mediante programas específicos, estos adolecen a menudo de un enfoque integral que aborde los desafíos familiares vinculados con la parentalidad. La carencia de una política pública para abordar tanto la crisis migratoria como la imperante necesidad de fortalecer la relación parental y el cuidado de los padres hacia sus hijos obstaculiza la efectividad del goce de derechos de niños, niñas y adolescentes. (Wong, 2022)

Sobre el concepto de infancia migrante y las situaciones que viven niños migrantes en el proceso de movilidad, este es relativo a la la movilidad, vincula a las intersecciones que se presentan en este grupo, donde intervienen las relaciones jerárquicas y relaciones de poder, las mismas que están basadas por la pertenencia a un grupo generacional, el género, etnia o racialización, que interfiere en la niñez así como en los adultos. (Allen White et al., 2011)

En el período comprendido entre 2019 y 2020, según los registros de la Defensoría Pública, se ha constatado un preocupante aumento en los casos de niños migrantes no acompañados. Durante la pandemia, se ha observado una duplicación de los casos de solicitantes de refugio, quienes atraviesan los complejos escenarios de la migración sin la compañía de sus progenitores, familiares o un adulto responsable. (Defensoría Pública Ecuador, 2018).

Competencias de los gobiernos locales frente a la mendicidad infantil

La competencia de los gobiernos locales frente a la mendicidad, en el caso de Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y provinciales se encuentran alineadas a la Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana 2021-2025, que abordan las siguientes líneas de acción en el contexto económico, social y cultural:

Desarrollo de políticas locales:

Legislación a nivel cantonal específicas, para su posterior implementación de programas, planes o proyectos que permitan abordar la mendicidad infantil y explotación laboral.

Aplicación de medidas de protección y aplicación de leyes locales que prohíban y sancionen toda forma de utilización de niños, niñas y adolescentes en actividades de mendicidad infantil. (Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, 2023, pág. pág. 40)

Inclusión social:

Implementación de programas de asistencia social dirigidos a familias en situación de vulnerabilidad, bajo el enfoque de protección especial que permita la protección a la niñez.

El eje económico como parte de la inclusión social para promover la participación activa de la población migrantes en actividades productivas. (Asamblea Nacional del Ecuador , 2010, pág. pág. 53)

Educación y Salud:

Desarrollo e implementación de las políticas públicas nacionales para la reinserción de estudiantes en sistema educativo.

Asistencia y acompañamiento en los distintos centros de salud para garantizar el acceso a servicios médicos y psicológicos de niños en situación de mendicidad. (Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, 2023, págs. pág. 64-66)

Protección especial:

Establecimiento de equipos de trabajo social y gestión interinstitucional para abordar casos específicos de mendicidad infantil a nivel local. (Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, 2023, pág. pág. 70)

Prevención de la discriminación y xenofobia:

Organización de campañas de sensibilización a nivel local para abordar mensajes de odios en razón de la nacionalidad, raza, edad, condición migratoria. Principio del formulario

Colaboración con organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil a nivel local para una respuesta integral. (Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, 2023, pág. pág. 75)

RESULTADOS

El enfoque de interseccionalidad nos ayuda a estudiar la situación de la niñez migrante venezolana, permite estudiar la edad como una categoría generacional, que influye en la situación de este grupo de atención prioritaria, una adecuada aplicación de esta perspectiva impacta concretamente en la vida de este colectivo.

En la actualidad en Ecuador converge la llegada y acogida de migración venezolana, en el proceso de inclusión que se promueve en el país que visibilice la condición de la infancia, en este tiempo es fundamental exponer sobre la mendicidad como un fenómeno que requiere la intervención e inclusión de programas de atención. Un primer hallazgo que podría mitigar esta problemática es la implementación adecuada y eficiente de los programas sociales del gobierno con el objetivo de erradicar la mendicidad.

De acuerdo a las fichas de abordaje aplicada a los participantes se identificó que la mayoría de las personas que realizan mendicidad infantil son menores de 18 años, que corresponden a niños menores de 5 años, los cuales están expuestos a situaciones de riesgos, afectando sus derechos humanos y exponiéndose al peligro de las calles. Resaltando también que los niños, niñas y adolescentes, son más susceptibles de sufrir distintas situaciones de vulnerabilidad como la orfandad, la violencia, la pobreza y el abandono de sus progenitores.

El ente rector encargado de proteger a los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador es el Ministerio de Inclusión Económica y Social, a este le corresponde atender esta problemática, siendo esta la cartera de estado que define la política pública, la asignación de recursos y la implementación de programas para atender la mendicidad desde el contexto familiar social y comunitario, para restituir los derechos de niñas niños y adolescentes que se encuentran expuesto a la explotación. De tal forma

este organismo emitió la Norma Técnica para la prestación del servicio de Erradicación Progresiva de la Mendicidad en niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad para atender los casos de mendicidad infantil y a ña familia, enfocada en un seguimiento a las capacidades parentales y corresponsabilidad de la familia. (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2021)

Bajo esta premisa resulta importante la presencia del Estado de forma directa no solamente con la aplicación de estándares sobre protección a la población migrante, sino con asistencia de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, así como de las instituciones que integran el Sistema Nacional de Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes. Resulta imprescindible la asistencia de protección internacional con instituciones jurídicas como el refugio, como una condición indispensable para analizar la situación de vulnerabilidad del niño.

Por esta razón la mendicidad comprendida como la utilización de niños para la explotación merece ser enfrentada con medidas administrativas y judiciales que de forma efectiva reprochen estas actuaciones, así como en primera instancia abordar y trabajar la parentalidad en relación a los niños que la sufren.

Es fundamental la práctica del análisis interseccional y transnacional, esta permite a partir de la experiencia de los migrantes como las dinámicas locales y globales pueden devenir en prácticas discriminatorias hacia la población migrante etnoracializada, aquello está representando por los procesos de diferenciación y desigualdad a partir de posiciones sociopolíticas. (Muñoz, 2021)

En Ecuador a través del Ministerio de Inclusión económica y Social, ha implementado en cooperación con otros socios: el Protocolo de Protección Especial para Niñas, Niños y Adolescentes en contextos de Movilidad Humana, dentro de su funcionalidad se contempla que el equipo técnico realice abordaje tipo entrevistas a las familias a fin de determinar y articular acciones en virtud de determinar el interés superior de los niños, niñas o adolescentes, incluye programas de erradicación del trabajo infantil en cooperación con los gobiernos locales, programas de apoyo, asistencia humanitaria, espacios o ciudades de acogidas e institucionalización para niños no acompañados. (Américanos, 2019)

La esfera humanitaria se encarga principalmente de implementar medidas relacionadas con la asistencia, el acompañamiento en el acceso a servicios básicos y la creación de oportunidades temporales de empleo. Esto genera relaciones de dependencia y poder entre los actores: la cooperación depende del Estado para seguir sus actividades; el Estado depende de la cooperación al delegar funciones que implicarían gastos no planificados obviando las agendas de la igualdad para la movilidad humana. (Hurtado Caicedo et, al. 2020) Aunque este programa representa el esfuerzo de Ecuador para abordar el problema de la mendicidad y la explotación de niños venezolanos en situaciones de mendicidad, la capacidad del Estado para eliminar este fenómeno es insuficiente. No se realiza un seguimiento adecuado, y la asistencia brindada a las familias se limita a sensibilizar sobre la mendicidad, sin implementar un programa integral que fortalezca la inclusión económica de las familias y aborde de manera integral el papel de los padres en el cuidado de los niños venezolanos.

En cuanto a la regularización de ciudadanos venezolanos, los datos sobre solicitantes de asilo y refugio desde 1989 hasta 2021 muestran que el 96% de las personas a las que se les ha otorgado el estatus de refugiados son colombianos, en comparación con el 0,73% que son venezolanos. Estos resultados indican que las solicitudes de refugio de ciudadanos venezolanos no han sido aceptadas en gran medida. (Moya Jennifer, 2022)

La perspectiva de interseccionalidad permite analizar factores de vulnerabilidad que enfrentan los seres humanos oprimidos. (Estupiñan Achury Liliana et al., 2022). Para abordar las necesidades específicas de cada niño en situación de mendicidad, se requiere una actuación más efectiva y justa por parte de Estado considerando la complejidad y vulnerabilidad de este grupo de atención prioritaria.

La implicación de niños en mendicidad infantil, es un tema que trasciende en la realización y goce de un conjunto de derechos, cuando se impide el derecho a gozar una vida libre de violencia y de todas las formas de explotación se menoscaban derechos conexos que afecta el interes superior del niño, niña o adolescente.

CONCLUSIONES

Para abordar la mendicidad infantil, es esencial implementar una política pública migratoria dirigida específicamente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de movilidad humana. La atención brindada por los servicios estatales no solo debe fundamentarse en el principio del interés superior del niño, sino también incorporar un enfoque de interseccionalidad que considere elementos como el género, la edad, la nacionalidad y la situación de riesgo, especialmente cuando los niños están bajo el cuidado de terceros. Este enfoque más detallado es fundamental para profundizar en la prevención de la explotación y utilización de la niñez venezolana en formas de esclavitud que vulneran derechos fundamentales, como la salud, la educación, una vida digna, y que afectan el desarrollo integral de este colectivo.

Es necesario establecer mecanismos concretos en cada nivel de gobierno, adaptando los programas de los municipios para la protección integral de la niñez con un enfoque inclusivo hacia los niños migrantes. Esta atención debe contar con una asignación presupuestaria adecuada a la responsabilidad del Estado para garantizar el cumplimiento efectivo de su papel protector con este grupo prioritario, sin delegar la responsabilidad a instituciones cooperantes o de asistencia humanitaria.

En relación con las situaciones precarias que enfrentan los niños venezolanos en situación de mendicidad, se debe trabajar en fortalecer la parentalidad para que los progenitores asuman de manera efectiva el rol de cuidado necesario. En este sentido, el Estado ecuatoriano cuenta con legislación interna que garantiza los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Sin embargo, se observa una debilidad en el sistema de protección dirigido a la niñez, con falta de operatividad para iniciar procedimientos administrativos en casos relacionados con la mendicidad que involucren a niños venezolanos. Es imperativo tomar acciones judiciales o administrativas contra quienes someten a los niños a la explotación y utilización de su imagen con fines de mendicidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allen White, C. N.-M. (2011). Children's Roles in Transnational Migration. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1159-1170. doi: <https://doi.org/10.1080/1369183X.2011.590635>
- Américanos, O. d. (2019). Niñez y Adolescencia en el contexto de movilidad humana. Retrieved from <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/publicaciones/2021/movilidad/Ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia%20en%20contexto%20de%20movilidad%20humana.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2010, Octubre 19). Código organico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización. Retrieved from Registro Oficial Suplemento 303 : <https://site.inpc.gob.ec/pdfs/lotaip2020/COOTAD.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2021, Octubre 14). Retrieved from <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5d7d5402-188b-4d6a-8d0c-49eec0709554/content>
- Congreso Nacional de Ecuador . (2003, Enero 03). Código de la Niñez y Adolescencia. Retrieved from Ley No. 100. en Registro Oficial 737: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf>
- Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana. (2023, 07 31). La Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana 2021-2025. Resolución Nro. 012-CNIMH-ST-2023. Quito , Pichincha , Ecuador : Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana.
- Convención sobre el Estatuto de Refugiados. (1951, 07 28). Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas. Asamblea General en su resolución 429 (V). Ginebra, Suiza: Consejo Económico y Social en su resolución 1186.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados . (1984, 11 22). Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados. Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios". Cartagena, Colombia.
- Defensoría Pública Ecuador. (2018). Defensoría Pública registró incremento de casos de niñas migrantes no acompañadas. Quito .
- Estupiñán Achury Liliana, P. A. (2022). El Desplazamiento Interno. Un Estado de cosas inconstitucional que no termina. Bogotá: Universidad Libre. Proyecto "Repensando la migración desde la frontera de Venezuela" (REMOVE).
- Glockner, V. (2021). Niñez Migrante. In I. Ceja, S. Álvarez, & U. Berg, Migración (pp. 41-48). Ciudad Autóno-

ma de Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Retrieved from <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/16933/1/Migracion.pdf>

- Herrera, M. G., & Cabezas Gálvez, G. (2020). Los tortuosos caminos de la migración. *Migración y Desarrollo*, 18(34). doi:2448-7783 | 33-56
- Hurtado Caicedo, F., Gómez Martín, C., Álvarez Velasco, S., Bayón Jiménez, M., Pérez Martínez, L., & Baroja, C. &. (2020). (Des)protección de las personas refugiadas en Ecuador. FES-ILDIS y Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social . (2021, Abril 04). Norma Técnica para el Servicio de Erradicación Progresiva de la Mendicidad. Retrieved from https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/04/norma_tecnica_mendicidad_12032021-signed-1.pdf
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2019). Protocolo de protección especial de niñas, niños y adolescentes. Retrieved from <https://servicios.inclusion.gob.ec/intranet/index.php/gestion-de-inclusion-social/gestion-de-proteccion-especial/pe-a-nna-en-contexto-de-movilidad-humana/categoriy/465-2-anexos?download=2452:guia-para-la-aplicacion-del-protocolo-de-atencion-para-ninas-nino>
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2020). Análisis de la problemática de la mendicidad en Ecuador. Retrieved from Coordinación General de Estudios y Datos de Inclusión: https://info.inclusion.gob.ec/phocadownloadpap/estudios/proteccion_especial/2020/analisis_de_la_problematika_de_la_mendicidad_en_ecuador.pdf
- Moya Jennifer, S. B. (2022). Contradictions and Shifts in Discourse and Application of the Refugee System in a Mixed-Migration Context: The Ecuadorian case. In G. C. Herrera Gioconda, *Migration in South America* (pp. 121-144). Quito: Latin American Faculty of Social Sciences. doi:<https://doi.org/10.1007/978-3-031-11061-0>
- Muñoz, V. L. (2021). Transnacionalidad e interseccionalidad para abordar la localización/posición de migrantes etnoracializados. *Odisea. Revista de Estudios Migratorios*, 50-75.
- Neira, Y. C. (2021). Trabajo precario. In I. Ceja, S. Álvarez, & B. Ulla, *Migración* (pp. 99-108). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Retrieved from <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/16933/1/Migracion.pdf>
- Ombudsman, F. I. (2018). *Migraciones y Movilidad Humana XI Informe sobre Derechos Humanos*. Retrieved from <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33405.pdf>
- Opinión Consultiva OC-21/14 (Corte Interamericana de Derechos Humanos Agosto 19, 2014).
- Opinión Consultiva 21/14 , Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Corte IDH 2014).
- Pelacani, G. (2022). Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección. *FORO Revista de Derecho*, 40. Retrieved from <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/3096/2766>
- Pérez Martínez, L., Álvarez Velasco, S., Bayón Jiménez, M., Hurtado Caicedo, F., Baroja, C., Tapia, J., & Yumbra, M. (2021). *Viviendo al límite: Ser inmigrante en Ecuador en tiempos de*. Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador, Red Clamor y GIZ.
- Petit, J. M. (2004). *Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos* . Comisión Económica para América Latina y el Caribe . doi:ISSNe1680-9009
- Ribas, C. V. (2018). La migración en Venezuela como dimensión de la crisis. *Pensamiento Crítico*(47), 38.
- Sarlo, O. (2003). *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional*. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 183-196.
- Sentencia No. 2120-19-JP/21, Caso No. 2120-19-JP (Corte Constitucional del Ecuador Septiembre 22, 2021).

Juan Carlos Montaña Escobar , Universidad Técnica Particular de Loja,
Ecuador
mont-esco@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5813-9764>

Andrea Katherine González Sigcho, Consejo de la Judicatura, Ecuador
andrea.gonzalez@funcionjudicial.gob.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1036-6615>

Recibido: 2023- 11- 03 | Revisado: 2023-12-16
Aceptado: 2024- 01-06 | Publicado: 2024-01-26

Condiciones para la aplicación de la “Muerte Cruzada” en Ecuador: la utopía constitucional.

Conditions for the application of the “Death Cross” in Ecuador: the constitutional utopia

RESUMEN

Dentro del contexto sudamericano, Ecuador a través de su Constitución vigente, ha implementado la posibilidad de disolver la Asamblea Nacional con la utilización del mecanismo jurídico de la “muerte cruzada”, por medio de la cual, el Presidente de la República, toma las atribuciones establecidas en el texto constitucional, para terminar el ejercicio legislativo de todos y todas las representantes del país, y siguiendo el procedimiento establecido en este mismo texto, disponer que se convoque a elecciones anticipadas a fin de culminar con el periodo que quedó vigente. La presente investigación, está orientada a establecer un estudio que comprenda en esencia el análisis jurídico-social que trae como consecuencia su vigencia en la Constitución, y cuáles son aquellos presupuestos u opciones que permiten que el Primer Mandatario acuda a esta alternativa para disolver de plano un proceso democrático previo de elecciones legislativas. Es necesario referir la utilización de un método de investigación dogmático y analítico sintético en el desarrollo de este texto, a fin de otorgar un contenido plausible en el enfoque que se le pretende dar a esta investigación.

Palabras claves:

Constitución de la República del Ecuador; muerte cruzada; facultad presidencial; disolución o terminación anticipada, hiperpresidencialismo.

ABSTRACT

Within the South American context, Ecuador through its current Constitution, has implemented the possibility of dissolving the National Assembly with the use of the legal mechanism of “cross death”, through which the President of the Republic takes the powers established in the constitutional text, to end the legislative exercise of all the representatives of the country, and following the procedure established in this same text, provide that new elections be called in order to culminate with the period that remained in force. The present investigation is oriented to establish a study that essentially understands the legal-social analysis that results in its validity in the Constitution, and what are those budgets or options that allow the President to resort to this alternative to dissolve outright a prior democratic process of legislative elections. It is necessary to refer to the use of a dogmatic and synthetic analytical research method in the development of this text, in order to grant a plausible content in the approach that is intended to be given to this research.

Key words:

Constitution of the Republic of Ecuador, cross death, presidential power, dissolution or early termination, hyperpresidentialism.

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano, en los últimos años de democracia y participación colectiva e individual, se ha convertido en el escenario idóneo para aplicar el contenido dogmático e institucional constante en nuestra Constitución de la República del Ecuador (CRE en este documento), debido a los permanentes e inevitables surgimientos de fenómenos sociales, políticos, económicos, culturales, y judiciales, que han logrado que, una de las figuras jurídicas tutelada y patrocinada por la Carta Magna, como lo es la Disolución de la Asamblea Nacional esté presente en las mentes y palabras de todos los habitantes de este país. Sin duda, esto repercute de manera directa en el sino del país, ya que adoptar esta decisión supone un resquebrajamiento en la democracia propia del modelo de aplicación de derechos en esta nación, aunque su adopción y ejecución, la patrocine la misma norma constitucional.

Contrario a esto, son los máximos dignatarios de este país, quienes han soportado este resquebrajamiento democrático, cuando a partir de manifestaciones públicas y hostiles de parte del conglomerado, han sucumbido al abandono de su cargo, interrumpiendo el ejercicio presidencial de este país, socavando a la voluntad del pueblo quien, en democracia, ha elegido a su representante.

Basado en este exordio, debemos decir que la facultad presidencial de iniciar, tramitar y emitir un decreto de disolución de la Asamblea Nacional, parte por la verificación de la existencia de las condiciones propicias para que esto suceda, y que en nuestra CRE se mencionan en forma taxativa; no obstante, y pese a los años de vigencia del texto constitucional actual hasta la presente fecha, en una única ocasión, se recurrió a su utilización, argumentado la existencia de uno de los requisitos que constan en el texto constitucional.

Ahora, y en el ínterin de su última reforma en el año 2008 hasta esta fecha, el país como tal, ha sido sacudido por la existencia de factores sociales de gran connotación e impacto, que han puesto al Poder Ejecutivo en el vilo de decidir la utilización de la "muerte cruzada" para frenar el antagonismo que ha existido entre los Poderes del Estado, y las consecuencias de estos fenómenos sociales, que no han sido solucionados más que con las decisiones judiciales, emanadas por el máximo organismo de control constitucional, que en el caso ecuatoriano es la Corte Constitucional.

En la medida que se describe estos hechos, la presente investigación establece estos ejes como parte del esbozo argumentativo que se va a plasmar en este texto, que a la postre servirá para tener claridad en esta figura constitucional, y cómo es que en la actualidad su aplicación suena como una opción en busca de "estabilizar" a la política en relación con la sociedad, agitada en estos últimos años.

METODOLOGÍA

La presente actividad académica, se estructuró bajo la utilización del método dogmático jurídico, el mismo que permitió la recolección sistemática y matizada de la información documental, del tema constitucional que se investiga, información que obtenida que fue, ha sido debidamente sustentada con el criterio personal de los investigadores, considerando que la esencia y espíritu de este método de investigación "propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, utilizarlo, optimizarlo y mejorarlo" (Rojas Tuledo, 2019, s.a), lo cual es visible en el resultado investigativo, el que se direccionó conforme el enfoque investigativo.

Asimismo, es necesario mencionar que el método dogmático jurídico, y como lo instruye Tantaleán (2016) plantea un estudio "esencialmente, en la legislación y la doctrina como fuentes del derecho objetivo, y eventualmente comprendería algún precedente vinculante, en tanto, tiene similar fundamento y efectos que la legislación" (pág. 4), por lo que el estudio investigativo realizado en este documento, recoge elementos de transcendencia y utilidad argumentativa plenamente identificables, conforme lo aportan cada uno de los presupuestos singularizados, conforme lo direcciona el estudio investigativo dogmático jurídico.

Además, se recurrió a la utilización del método de investigación analítico-sintético, el mismo que tiene como meta académica presentar un enfoque investigativo plausible, que exponga los principales hallazgos y contradicciones que se presentan en el tema que se seleccionó como parte de un estudio constitucional, doctrinario y jurisprudencial, respecto de la "muerte cruzada" en el Estado ecuatoriano, ya que: "El análisis se produce mediante la síntesis de las propiedades y características de cada parte del todo, mientras que la síntesis se realiza sobre la base de los resultados del análisis" (Rodríguez y Pérez, 2017, pág. 186), lo cual ha sido debidamente representado y ejercitado en este texto.

RESULTADOS

Disolución de la Asamblea Nacional o “muerte cruzada” en la norma constitucional.

El Estado ecuatoriano, en el contexto constitucional, ha adoptado la posibilidad de disolver al Poder Legislativo que tiene como morada la Asamblea Nacional, en razón de la existencia de condiciones sine qua non para ejercitar esta decisión que es una iniciativa atribuible y facultada al presidente de la República. De esto, podemos decir que la acepción de “muerte cruzada” surge como una denominación folklórica, común, un argot popular que Landívar (2018) aporta en dilucidar, cuando refiere que:

[l]a palabra “muerte” hace alusión al cese de poderes cuando se destituye al Presidente o cuando se disuelve a la Asamblea Nacional, y en cuanto a la palabra “cruzada” hace referencia a los efectos de ejercer la muerte, siendo así que una vez ejercida, se produce un cese de funciones para ambos (p.6).

Podemos apreciar que en efecto, la “muerte cruzada” se traduce en el momento en que el Presidente de la República, cesa en sus funciones a todos y a todas las asambleístas, apegando esta decisión en la forma en que prescribe la CRE, concepto que aunque suene escueto y anodino, intenta pergeñar esta categoría y facultad exclusiva del Primer Mandatario. Esta facultad sin embargo, no es amplia ni sempiterna en la investidura presidencial, ya que deben existir y suceder las condiciones que explica la Norma Suprema, además de que debe también verificarse las acciones previas a esta iniciativa, que serán explicadas en buena manera en este texto.

Así las cosas, y como sostiene Mora (2011):

Resulta que el sistema presidencial se enriquece mutati mutandis con ciertos elementos del sistema parlamentario al operar entre ambos una especie de entrelazamiento (cooperación) y control político sui generis que implica la necesidad no sólo de posesionar a la Presidente o Presidente de la República, sino, además en la permanencia en los cargos cuando no se incurra en la llamada muerte cruzada (p. 44-45).

Por lo que corresponde interpretar el hecho fidedigno, que si bien la potestad de disolver a la Asamblea Nacional la posee el Presidente, es la misma Asamblea la que bajo su discrecionalidad, puede llegar a destituir al máximo representante del Ejecutivo, estableciendo una guerra fría que en su momento, puede ser el ardid que genera el efecto de activación constitucional.

En esta línea y centrando nuestra investigación, podemos advertir que la norma constitucional es directa y precisa cuando establece que “La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional (...) a su juicio...” (CRE, art. 148), confiriendo in extenso una probabilidad que puede engendrarse en una decisión personal del máximo mandatario, ya que a su juicio están sucediendo y se palpan de manera evidente –según la norma constitucional- los factores que incentivan la necesidad de llegar a la disolución de la Asamblea Nacional.

Esta reflexión como tal, establece la prerrogativa de la norma, cuando confiere al Presidente de la República la posibilidad de asumir bajo su criterio, que el escenario para activar eventualmente una “muerte cruzada” se está germinando en Ecuador, descartando como tal, un proceso previo que revele, de manera implacable, el origen de los factores desencadenantes a una “muerte cruzada”.

En razón de lo dicho, y repasando lo referido, se habla de un proceso previo cuando no existe un espacio legal que permita probar el hecho o los hechos fácticos que expongan la vigencia de las causales o condiciones para demostrar que, efectivamente existe el motivo para iniciar la “muerte cruzada”. Así y como apoya Oyarte (2019):

En este caso no se establece un proceso para que el Presidente de la República decida la disolución, a diferencia de cuando la Asamblea destituye sumariamente al Jefe de Estado (...) (...) por lo que no se prevé la presentación de pruebas de descargo, ni el ejercicio del derecho de la defensa (p. 580).

Esta referencia, es sumamente importante porque demuestra que efectivamente, la iniciación de un proceso de disolución legislativa, genera como resultado la interrupción incluso de los ingresos remunerativos y derecho al trabajo –democráticamente elegido- de quienes ostentan como asambleístas en nuestra nación; por lo que en un primer momento, hablamos de la vulneración flagrante a derechos constitucionales de participación, de elegir y ser elegido, y al trabajo, fundamentalmente en todos y cada uno de los y las asambleístas.

Entonces la denominada “muerte cruzada” prima facie, disuelve y termina el periodo de ejercicio representativo-político de aquellos que participaron en un proceso democrático, en razón de la iniciati-

va del Presidente de la República, por lo que supone que en el evento de su aplicación, los principios del debido proceso quedan relevados e inexistentes en el marco constitucional, y así: "mientras que la Asamblea requiere reunir dos tercios de votos afirmativos para destituir al presidente (92 votos), el ejecutivo puede disolver la Asamblea con un solo decreto" (Cervantes, 2022, s.p).

Conforme se ha venido razonando en este texto, la deficiencia normativa constitucional en esta figura jurídica, la convierte en una herramienta de desproporción de derechos y oportunidades de defensa legítima, ya que lo que se defiende es la integridad personal de una representación legítimamente adquirida; ante circunstancias que destruyen por medio de un decreto ejecutivo, la representación y la participación.

Para reforzar el enfoque en esta investigación, es necesario repasar estas líneas además, cuál es el contenido del artículo 148 de la CRE, y llegar a la reflexión en cuanto: ¿son suficientes los requisitos o condiciones para que exista y se aplique la "muerte cruzada" en nuestro país? Dicha inquietud se abordará -a modo respuesta- a continuación.

Condiciones para la aplicación de la denominada "muerte cruzada".

Es necesario resaltar que la "muerte cruzada" permite al Presidente, disolver la Asamblea Nacional por la disposición expresa de nuestra Carta Fundamental, empero, esta posibilidad debe suceder cuando existan los principales eventos o condiciones para materializar esto. En un primer momento, se advierte que cuando la Asamblea Nacional se arrogue funciones que no son parte de sus facultades, el Presidente puede iniciar una disolución de la misma; empero esto debe suceder con la anuencia de la Corte Constitucional a través de un dictamen. La norma constitucional dice: "La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional" (CRE, art. 148).

Así las cosas, debemos apreciar como tal dos escenarios que no se excluyen entre sí, sino que se concatenan en el fin jurídico expreso: arrogación de funciones y dictamen constitucional. Dentro del contexto de este presupuesto normativo, y como aporta nuevamente Landívar (2018) el que una Asamblea se arrogue funciones es "como la apropiación de funciones que la Constitución no le ha otorgado, y son alejadas a las inherentes al ejercicio de sus funciones" (p. 11), en coyuntura con la definición de que, arrogarse funciones es "[a]propiarse indebida o exageradamente de cosas inmatrimoniales, como facultades, derechos u honores" (Real Academia de la Lengua, 2022, s.p).

Bajo esta apreciación, se advierte prima facie que la forma en que el texto constitucional prevé una condición de arrogación de funciones por parte de la Asamblea Nacional, como un impulso a una eventual "muerte cruzada", es exiguo y anodino en su contenido, en razón de que la aplicación de las definiciones hacia un caso hipotético es inexistente en nuestro país. Así mismo, es necesario que esta descripción, se ajuste hacia un escenario en el que el representante del Ejecutivo, bajo su criterio, pudiera detectar su acontecimiento, por lo que correspondería que sea el Dictamen Constitucional, el que permita (y autorice) la aplicación de la muerte cruzada.

Debemos entonces comprender que el Dictamen Constitucional que emite la Corte Constitucional, tiene una finalidad que busca como tal el entregar una respuesta a la solicitud de Disolución de la Asamblea "por cuanto al no existir Litis constitucional, solo se necesita motivar adecuadamente las razones de la decisión y argumentar sólidamente el proceso y el método hermenéutico utilizados" (Montaña Pinto, 2011, p. 52), esto en cuanto al papel preponderante de dicho organismo, previo a emitir un dictamen favorable.

Este hecho, si bien ha sido ya referido recientemente a través del máximo organismo de interpretación y control Constitucional en referencia, la misma que determina que "la Constitución y la LOGJCC establecen que es[a] Magistratura intervenga como una garantía institucional y se pronuncie con razones jurídicas" (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-23-DJ/23, par. 27) no garantiza que una respuesta a la solicitud de disolución sea favorable per se.

Ahora, si existiese un dictamen favorable, la norma constitucional proyecta el efecto jurídico de la "muerte cruzada", cuando refiere que: "En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos" (CRE, art. 148), situación que en la realidad y en la práctica, convierte en inejecutable la posibilidad de que en un plazo de siete días, se convoque a elecciones que como tal, busca que sean designados, a través de un pro-

ceso democrático, aquellos representantes en razón de que los anteriores, fueron flagrantemente separados de sus funciones.

Si se pretende, a través de la verificación de primer presupuesto direccionado a la "muerte cruzada" (arrogación de funciones), por medio del contenido constitucional, se anticipa una complejidad y dificultad de lograr que exista una debida representación parlamentaria en la nueva Asamblea Nacional, en un corto tiempo y bajo los procesos presupuestarios, logísticos, humanos y geográficos que existen para una debida convocatoria a elecciones; esto como un primer comentario crítico a la figura constitucional de la "muerte cruzada".

Obstrucción en el Plan Nacional de Desarrollo.

Dentro del análisis de la normativa constitucional, también se incluye como motivo o razón para una "muerte cruzada", al hecho que la Asamblea Nacional "de forma reiterada e injustificada, obstruy[a] la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo" (CRE, art. 148), lo que significa que es el Poder Legislativo, el que con sus acciones u omisiones, interfiere en la debida ejecución de este plan de desarrollo, que consta en nuestra Norma Fundamental.

Como lo expone Cornejo (2018): "En el caso concreto del Ecuador, se consideran los Planes de Desarrollo: 1) "Plan Nacional del Buen Vivir (2013- 2017)" y, 2) "Plan Toda Una Vida (2017-2021)" (p. 36), por lo que si bien la norma constitucional establece una imputación o cargo bajo responsabilidad de la Asamblea Nacional, no hace alusión a cuál sería este procedimiento para conocer ampliamente, la forma en que dicho óbice lo realiza la Asamblea.

Basado en este contenido, el texto constitucional faculta al Presidente o Presidenta de la República "presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación" (CRE, art. 147, num. 4) así como el de hacer conocer a la Asamblea Nacional "el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo" (Ejesdum, num. 7), entonces como tal, el efecto jurídico de las atribuciones y deberes del Máximo Mandatario está en presentar el Plan Nacional de Desarrollo e informar a la Asamblea Nacional de su cumplimiento; no obstante, estas mismas facultades no son un motivo para enjuiciar o destituir al Presidente por su marcado incumplimiento (art. 129 y 130 de la CRE).

Así las cosas, debemos reparar que incluso se prevé que la Presidencia actual, fijó una visión loable en su Plan Nacional de Desarrollo, cuando determinó que: "la propuesta siempre fue clara: más libertad. El Estado puede ser eficiente sin convertirse en un ente omnipresente en nuestras vidas y puede generar mejoras en la vida de los ciudadanos sin ser restrictivo" (Plan Nacional de Desarrollo, 2021, p. 8); sin embargo, este principio, parece verse enervado, cuando la mejora en la vida de los ciudadanos y ciudadanas, tiene la oportunidad de que el mismo Presidente, disuelva el espacio legítimo y democráticamente elegido como parte de un enderezamiento de su política, afectando como tal, la libertad de elegir y ser elegidos que promueve la CRE.

Entonces, y conforme lo descrito, la Asamblea Nacional, recibe un contrapeso desproporcionado en razón del artículo 148 de la Carta Magna, cuando se aprecia que al Legislativo, se le puede imponer una salida anticipada de sus funciones, por considerar que quienes conforman este poder estatal, obstruyen, bloquean y dificultan el desarrollo y ejecución de un Plan Nacional de Desarrollo, propiciado por el Presidente, que como se dijo, debe ser anticipada por dicha autoridad, y supervisada su ejecución por la Asamblea.

Esta situación, emite un resultado complejo de comprenderlo cuando se establece la obstrucción de un Plan Nacional de Desarrollo por parte de la Asamblea Nacional; ya que en la práctica, las fuentes de literatura jurídica, no dan luces a priori sobre el efecto jurídico de obstaculizar, a través de la omisión u acción, la ejecución de este plan; sumando a esto, que los antecedentes republicanos de este país, no nos han dejado la muestra de este tipo de impedimento que sucedería, si la Asamblea interpone diligencias para que no se cumpla el mencionado plan de desarrollo.

En este contexto, el enunciado normativo que consta en la CRE sobre esta condición o requisito, en la práctica, no tiene un ejemplo concreto sobre el cual se centre la explicación desarrollada en esta investigación; so pena, de lo expuesto hasta el presente momento.

Grave crisis política y conmoción interna.

En esta parte, debemos ser honestos en reconocer que este requisito o condición para la existencia de la "muerte cruzada", debería ser el argumento toral para asumirlo como el principal, o el que debe

o debió servir a la sazón de la marcada historia del Ecuador, que tiene mucho de qué hablar respecto de la crisis política o la conmoción social.

Según la investigación de Andrade y Pazmiño (2018):

[l]a muerte cruzada es un mecanismo para que en caso de graves conmociones que no permitan generar condiciones de gobernabilidad, las dos principales funciones que se eligen por la vía electoral – el ejecutivo y legislativo – puedan volver a conformarse desde el hecho originario que les da su legitimidad, esto es el voto popular (p. 141).

La referencia supra, enfatiza que la conmoción social es un factor primigenio en la tesis de la "muerte cruzada", ya que la grave crisis política y conmoción social es un aspecto de causa y efecto que siempre sí ha sucedido en nuestro país. De esta forma, algunos politólogos sugieren que esta crisis, puede ser el motivo ideal de una disolución anticipada de la Asamblea Nacional, conforme lo plantea CELAG (2023), quien luego de manejar datos cuantitativos respecto de la crisis ejecutiva-legislativa por la que atraviesa Ecuador en su actualidad, sugiere que:

La única salida que tiene Lasso para evitar este juicio político es adelantarse con lo que en Ecuador se conoce como "muerte cruzada", un mecanismo constitucional que permite al presidente disolver la Asamblea Nacional y convocar a elecciones Presidenciales y Legislativas en un plazo máximo de seis meses durante los cuales gobernaría por decreto (s.p).

Según se aprecia, la "muerte cruzada" es una opción o la salida al desbordamiento de las crisis políticas que acarrear a Ecuador, y esta distinción se advierte como el fin de estas crisis; situación que es absurda en todo su contexto. Tal vez, esto puede suceder debido a que convergen situaciones que pueden direccionar y reforzar la conmoción social, como lo puede ser:

[l]a generación de una alarma dentro de la sociedad y de forma usual estos hechos son presentados a través de los medios de comunicación ya sean estos nacionales o internacionales; a su vez se entiende que una conmoción social se puede dar como la perturbación agravada de la normalidad u orden público (Barrionuevo, 2022, p. 5).

Entonces, al momento de interpretar el contenido constitucional, las crisis políticas y la conmoción social, son los elementos indispensables que servirían para que el Máximo Mandatario disponga la disolución de todo el aparato legislativo, con el fin de evitar la progresión de una de ellas o las dos, escenario que en la proyección interpretativa y extensiva, crea más dudas que certezas, a sabiendas que un fenómeno social de crisis y conmoción social, ciertamente, no desaparece por una decisión del Poder Ejecutivo.

Explayando la interpretación, la CRE utiliza a estos dos eventuales sucesos como propicios en la medida que la facultad presidencial, pueda hacerla efectiva por medio de una decisión del Ejecutivo. Verbigracia, debemos recordar el acontecimiento suscitado en el vecino país del Perú, cuando su destituido presidente, en el afán imperioso de superar la crisis política, económica y social de su país, diluyó el congreso nacional. El portal informativo El País (2022) reportaba este suceso como: "Esta huida hacia adelante de un presidente asediado por una eterna crisis política desde que comenzó a gobernar había generado un enorme rechazo, incluso entre sus filas, que calificaron la decisión de "golpe de Estado en marcha" (s.p).

De lo referenciado, la crisis política de esta nación, no representó su fin en razón de la disolución del congreso; es más, horas más tarde, el mismo congreso destituyó al presidente que tomó la decisión previa de acabar con el mandato de los congresistas, lo que en observación a lo dicho, la facultad del presidente quedó como una mera y antojadiza decisión.

Así las cosas, la "muerte cruzada" desde el contenido constitucional ecuatoriano sobredimensiona conceptualmente una facultad que se le confiere al Primer Mandatario, ya que "las atribuciones entregadas por la Constitución al presidente de la República, manifiestan la vigencia de un post presidencialismo o lo que también se ha denominado en la doctrina como hiperpresidencialismo" (Chalco, 2017, p. 62), lo que supone que la facultad del Presidente del Ecuador, rebasa a través de esta figura jurídica, la potestad constitucional de respeto y garantías que tienen las personas elegidas democráticamente, en este caso los y las asambleístas.

Hechos actuales y la vigencia de la muerte cruzada.

Para abordar este capítulo, debemos relacionar lo constitucional, jurisprudencial y doctrinariamente

consultado, con los hechos de última data que se han suscitado en el país. Conforme se advirtió, la crisis política y/o conmoción social son previstos como una causal para que opere la “muerte cruzada”, y con fecha 17 de mayo del presente año 2023, se ha efectivizado por primera vez en la historia republicana del Ecuador, el efecto jurídico del artículo 148 de la CRE, que se ha esbozado en este texto, disolviendo la Asamblea Nacional, por la causal antes singularizada.

A través del Decreto Ejecutivo No. 741, el Presidente Constitucional del Ecuador, tomó la decisión de disolver la Asamblea Nacional, y cesar íntegramente a los representantes de cada provincia, los mismos que, debieron abandonar las instalaciones en las cuales realizaban su función de legisladores, actividad a la cual accedieron después de participar en un proceso democrático en el país, que significó como tal, la erogación de recursos económicos y humanos, a fin de lograr la representación democrática-constitucional de elegir y ser elegido.

El Decreto Ejecutivo No. 741, de fecha 17 de mayo de 2023 (Decreto 741 en adelante), se constituyó en la salida que el actual presidente de Ecuador, Guillermo Lasso, utilizó para frenar la grave crisis política y conmoción interna que se suscitaba en el país; o bien, para socavar el juicio político que se instauró en su contra, a través de la Asamblea Nacional en mayoría de votos, previo el dictamen favorable de la Corte Constitucional de fecha 29 de marzo del 2023.

De lo referenciado, el hecho descrito configuró un escenario inaudito en este país, que nunca antes emprendió un juicio político en contra de su propio presidente, con la anuencia e iniciativa de la Asamblea Nacional (Chiriboga y Pascual, 2023), situación que el Presidente de la República, la confrontó con la utilización de la herramienta constitucional de la “muerte cruzada”, pese a las graves acusaciones en su contra que, finalmente, la Corte Constitucional, la delimitó como:

En lo que concierne al examen del contenido de la solicitud, el tercer cargo singulariza el tipo penal entre aquellos del artículo 129 de la Constitución (peculado), así como los hechos, no incurre en incoherencias, no se refiere a hechos manifiestamente falsos o imposibles, ni notoriamente infundados que le lleven a incumplir el criterio de verosimilitud mínima. En consecuencia, es admisible que la Asamblea Nacional formule un juicio político en contra del presidente exclusivamente por este cargo (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-23-DJ/23, num. 95.4).

Lo que revela la gravedad de la imputación penal direccionada al Presidente de la República, lo que inevitablemente alentó a que el mismo buscara la salida constitucional de disolver la asamblea. En este sentido, el Decreto 741 se compone en su estructura de elementos constitutivos, derivados a la necesidad de que el cargo de grave crisis política y conmoción interna, se vea justificado en la medida de que los hechos sociales y políticos evidentes se pusieron de manifiesto, durante la decisión de emitir el decreto en comento. De esta forma, se menciona lo siguiente en esta especie:

Que la crisis política puede ser interna o externa. Constituyen crisis política interna los conflictos que ocurren dentro de una misma función o alianza política, por ejemplo, en una misma bancada legislativa. El debilitamiento de una organización política acarrea incertidumbre y desconfianza para sus votantes. Ejemplo de esto es el fenómeno del transfuguismo que sufren varias fuerzas políticas dentro de la propia legislatura. Por otro lado, la crisis política es externa cuando los conflictos ocurren entre funciones, como entre el Legislativo y el Ejecutivo, generando incertidumbre sobre la dirección política pública aplicables en ámbitos que dependen de la coordinación de ambos poderes, como es por ejemplo, el proceso legislativo en la promulgación de leyes (Decreto Ejecutivo 741, pág. 4).

Así se colige, que dicho Decreto, estuvo orientado a describir los acontecimientos negativos que emprendió el Legislativo, hacia las decisiones del Ejecutivo, aunque también exista un análisis direccionado a exponer los conflictos, desaciertos y desacuerdos entre los miembros de una bancada política, situación que no puede ser entendida como el non plus ultra para decidir plena y discrecionalmente, la utilización de la “muerte cruzada”. Esto se afirma, ya que las conductas intransigentes y no concordantes han estado presentes siempre entre las bancadas, grupos y movimientos políticos, por lo que el argumento que se expone, no puede prosperar como un motivo, sino como un mero justificativo.

De lo dicho, el escenario que se avizoró a la perspectiva del representante del Ejecutivo, se basa en argumentos de conflictos internos entre grupos políticos del Poder Legislativo, la implantación del juicio político en contra del Primer Mandatario; y, la forma en que con estas actuaciones reprochables de las bancadas políticas –a decir del Presidente- se obstruía los planes del gobierno, que: “(...) hubieran contribuido en el mejoramiento de políticas públicas en beneficio de todos los ecuatorianos, lo que genera una grave crisis política” (Decreto Ejecutivo 741, pág. 5). Lo mencionado, en la práctica

constitucional, se enmarca en la obstrucción del plan nacional, y no en una conmoción o grave crisis política, lo que hace que este Decreto 741 sea insuficiente y contrario al fin que se lo emitió.

Avanzando en esta argumentación, la idea central o la utopía constitucional que plantea esta investigación, respecto del mecanismo constitucional de "muerte cruzada", avizora una implementación artera y abusiva de quien ejerce la presidencia de este país, como en efecto sucedió con el gobierno de turno, ya que por medio de este Decreto 741, se terminó todo un proceso democrático, sin más ni menos. En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador, emitió la jurisprudencia que escasamente se refería a esta figura jurídica y hacía una alusión directa al referir:

A través de los mecanismos de control político, como el ahora en comentario -al que se suma mecanismo de doble vía comúnmente denominado "muerte cruzada", establecido en los artículos 130 y 148 de la Constitución-, consistente en la facultad de la Asamblea Nacional de destituir al Presidente de la República y de este último de disolver la primera, y en ambos casos, ocasionar que se convoque a elecciones anticipadas-, las constituciones buscan garantizar que las actuaciones de los servidores con más altas posiciones institucionales respondan a los representantes del pueblo ecuatoriano y se sometan al imperio de la Norma Suprema, so pena de ser destituidos del cargo, en caso de que el legislativo considere que han incurrido en las infracciones políticas establecidas en ella. (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-17-DD.T-CC, caso No. 0001-17-D; pág. 8).

En el contexto que describe la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, se destacaba en el momento de la emisión de este dictamen, que el mecanismo de la "muerte cruzada" era un medio de control político, que permitía que los representantes en elecciones y elegidos democráticamente, se sometan al imperio de la Norma Suprema; empero, no se podía anticipar que esta herramienta jurídica, tiene un fin distinto al del control de las actividades de los representantes de elecciones democráticas; la "muerte cruzada", es un fin antes que un medio de control, y no es otro que el de terminar la representación legislativa en una Asamblea Nacional.

Esto indudablemente, es una afectación al principio constitucional del Estado social de derechos, ya que el hecho de finalizar un proceso de representación democrática, como lo es un sufragio como derecho universal y la elección de un representante en el legislativo, no encaja en el concepto de la representación que cumple el Estado y sus instituciones en el Estado social, ya que decisiones de este tipo, amparadas en el texto constitucional "imponen restricciones sobre el espacio cívico, sobre la libre expresión, sobre la libertad de los medios así como sobre otros derechos que son fundamentales para la democracia" (Bachelet, 2022, s.p).

Entonces, el hecho de que exista una norma constitucional que prescriba el cese definitivo de actividades de representación, es un acto que, con la permisón de la Norma Vigente, conlleva a que la vulneración de derechos de participación se vean afectados de manera flagrante, ya que "[la] participación es el derecho a través del cual el poder político puede actuar de forma democrática, garantizando que la libre expresión de la voluntad de los ciudadanos sea el límite y origen de la legitimidad de su ejercicio" (Civilis Derechos Humanos, 2017, s.p) concepto claro y concreto que se expone en esta parte del texto.

Así las cosas, los factores constantes en la vía de culminación y cese definitivo de las actividades legislativas que emprendió el gobierno de turno, bajo el argumento de grave crisis política y conmoción interna, no justifica que se haya emprendido de manera unilateral una terminación anticipada de funciones legislativas, considerando que tanto el motivo por el que se lo hizo -pese a constar en la Carta Magna- no se justificó a la realidad de nuestro país, que en su momento, no atravesaba una crisis política y conmoción interna, sino que simplemente, se lo emprendió y materializó como un mecanismo tutelado por la CRE, para evitar el juicio político instaurado en contra del Presidente de la República.

Discusión:

Lo analizado en el presente texto, describe y presenta algunos resultados encomiosos al enfoque investigativo que se planteó en este documento. En un contexto general, la Carta Fundamental a través de su normativa, plantea la posibilidad de conducir a una disolución de la Asamblea Nacional, por motivos estrictos y específicos, que el constituyente en su momento, los estableció como arrogación de funciones, obstrucción reiterada e injustificada de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna, los cuales han sido destacados en el transcurso de esta investigación.

Asimismo, resulta importante el enfatizar, que la medida tomada por el Presidente de la República, es una decisión que se originó en base a la CRE vigente, que entre otros principios, garantías y derechos, configura un hiperpresidencialismo extremo, cuando la figura del máximo mandatario ocupa una presencia hegemónica imperante e imbatible en ciertos casos, donde prima la presencia política e institucional de la máxima autoridad del país (Chalco, 2019), lo cual dio como resultado que, con el fin de evitar un juicio político plena y constitucionalmente autorizado, se haya desembocado en la “muerte cruzada”.

Esta situación, provoca fuertes e irreconciliables expresiones de descontento social, señalando el hecho mismo de los críticos a la estructura funcional de la Carta Magna, anticipaban un uso del contexto constitucional distorsionado, como lo menciona y aporta Ortiz (2018):

Los detractores de la estructura de los poderes creen encontrar señales claras de la posición fuerte del Jefe de Estado en: el mayúsculo poder de veto, que le permite influir decisivamente en el procedimiento legislativo (art. 138 CR); la atribución de disolver la Asamblea Nacional y de dictar decretos de urgencia económica hasta que se instale en nuevo órgano legislativo. (s.p).

Lo cual revela que en el año 2023, este “Poder en la Constitución”, se desbordó de manera abrupta e injustificada, en el evento mismo de disolver la Asamblea Nacional, demostrando que el poder del cual está investido el Presidente de la República, sobre todo a través de la activación de la “muerte cruzada”, es insondable e irresistible en un espacio geográfico-democrático como lo es Ecuador, lo que hace ver que el modelo “imperialista” y “absolutista” del Primer Mandatario, surgió y se consolidó por medio de la Carta Magna, a través de una estrategia que se direccionó en el sentido de que, la gobernabilidad y sostenibilidad, sea el punto fuerte del representante del ejecutivo, por medio de la Constitución (Guerrero, 2018).

Así las cosas, el concepto de que “[l]a idea de los constituyentes al redactar la Constitución fue la de blindar al presidente y evitar su posible destitución arbitraria en manos de mayorías legislativas inapelables” (Echeverría, 2023, s.p), fuera posible de asimilar, si es que efectivamente se hubiera observado esa crisis política latente, y que la conmoción social hubiera causado un desajuste y afectación social severa e innegociable entre mandantes y autoridades nacionales en este año 2023, como para que la “destitución arbitraria” sea el motivo central de esta utilización apresurada e injustificada de la disolución de la Asamblea Nacional; empero, y como se insiste, el juicio político debidamente instaurado en contra del Presidente de la República, no puede ser considerado como un motivo suficiente para que se haya terminado ipso facto las funciones de una Asamblea Nacional.

De ahí que, en la idea central de este texto, recurre a analizar el escenario político del país y su congruencia con lo acontecido en este año, cuando se inició el juicio político en contra del máximo mandatario de Ecuador, frente a la decisión del mismo de aplicar una muerte cruzada; empero, las causales utilizadas para lograr esto, no pueden ser asimiladas como el motivo central de esta decisión, ya que la crisis política y conmoción no fueron suficientes para este cometido.

En este contexto, menciona Nicholls (2023) referenciado por el portal Rojas, que la:

(...) ‘muerte cruzada’ tiene muchos problemas, pero si uno ve la historia de Ecuador, cuando las fuerzas políticas ya no pueden llevar grano a su molino, usualmente se desataban grandes peleas callejeras, botaban al presidente y, en última instancia, los militares dirimían la situación (s.p).

Presupuestos que si bien se sujetan a un hecho histórico del país, no pueden relacionarse con el que en la actualidad sucedió en este territorio, que es propiamente la utilización legal de la herramienta de “muerte cruzada” para evitar un juicio político, por lo que la expresión de “costumbre” o “práctica” de derrocamientos de presidentes en Ecuador, no pueden establecerse como la justificación de que la disolución de la Asamblea Nacional opere de manera inmediata.

Ahora bien, constitucionalmente hablando, el artículo 174 de la CRE, posee una estructura específica y concreta para ejercer y emprender una disolución de la Asamblea Nacional por parte del Máximo Mandatario de este país, y aunque se repare en que deben operar los requisitos mencionados y analizados en esta investigación, para que la “muerte cruzada” surta el efecto jurídico destinado, no consta y no existe que dicha herramienta constitucional pueda o deba utilizarse para esquivar un juicio político.

En este contexto, lo que sucedió en esta década, respecto de la emisión del Decreto 741, es un precedente que, amparado por la CRE, debilita y cuestiona la forma en que los derechos, principios y

garantías constitucionales, armonizan per se con los derechos humanos y los derechos laborales, de participación, de elegir y ser elegido que constan en la Carta Magna; máxime si estos derechos se los obtiene en un proceso legítimo democrático como lo es un sufragio, y que, por medio de él, se logra la representación loable y valedera de la democracia como tal.

Entonces, la forma en que se compone la estructura democrática de la Nación, parte por la manifestación misma de las decisiones del conglomerado, en cuanto la representación política en el Poder Ejecutivo y Legislativo, de esta forma:

Un ejecutivo con poderes considerables en la Constitución, generalmente con control total de la composición de su gabinete y la administración, es elegido directamente por el pueblo por un período de tiempo fijo y no depende del voto formal de confianza de los representantes elegidos democráticamente en el parlamento (Ayala, 2023, pág. 6)

De lo dicho, y dentro de la organización de los poderes del Estado, es el poder Ejecutivo y Legislativo, los que deben conjugar acciones tendientes al desarrollo, beneficio y adelanto del país; ya que el solo hecho de plantear un escenario antagonista entre los mismos, generaría un Estado autoritarista y despótico (González Pogo, 2017), y siendo así, la misma idea de emitir un decreto ejecutivo que termine un proceso democrático en donde los legisladores han obtenido un voto de apoyo de la ciudadanía, genera el declive y resquebrajamiento de la representación que hace un presidente para con sus mandantes, so pena que el mismo, cumple también una representación democrática.

En este sentido, se advierte que el texto constitucional ha provisto de manera taxativa cuáles son las circunstancias que deben ser propicias para que una eventual aplicación de la "muerte cruzada", se dé en el espacio de representación democrática, enfatizando en que el hecho de evitar un aparente delito penal en contra del Máximo Mandatario, no es parte de una opción o alternativa que autorice la CRE; y todo aquello que sucedió en el presente año, pasa a la historia como el blindaje artero y oportunista que se utilizó para un fin arbitrario e ilegítimo, como lo fue el disolver la Asamblea Nacional.

CONCLUSIONES

La presente investigación, establece y desnuda los presupuestos constitucionales que se contienen en la potestad del Presidente de la República de disolver por decreto la Asamblea Nacional, en este caso la denominada "muerte cruzada"; por lo que, en este contexto, se emiten las siguientes conclusiones:

La CRE vigente, estableció en su contenido, la posibilidad de que el presidente de la República pueda disolver la Asamblea Nacional, ante la existencia de las condiciones que se presenten en el Estado, y que sean apreciables per se. De lo dicho, la única condición que debe reafirmarse con un Dictamen Constitucional, es la de la aparente arrogación de funciones, por parte de la Asamblea Nacional, conforme se describió ut supra. Entonces, y como se describe en esta investigación, la instauración e implementación de la disolución de la Asamblea Nacional, basado en una causal de grave crisis política es alejada, contraria y forjada a la realidad nacional, y es por este motivo, que el Presidente de la República de aquel entonces, con el fin de evitar el juicio político instaurado en su contra, aplicó la "muerte cruzada", y se culminó de raíz, el proceso de representación legislativa a nivel nacional.

Ciertamente, esta figura constitucional debe ser revisada en su integridad, principalmente por los hechos fácticos que sucedieron en Ecuador, a finales del año 2023, en donde quedó demostrado que las causales, y la emisión del Decreto 741, nunca conjugaron un fin técnico-jurídico para implementar la "muerte cruzada", siendo esta una deficiencia notable y reprochable en la CRE vigente, que deja en deuda al contenido constitucional de un verdadero Estado social de derechos.

Finalmente, esta investigación debe ser valorada de manera independiente a un prejuicio político, o que esté realizado en base a una tendencia partidista de los suscritos investigadores; siendo únicamente el criterio y enfoque crítico que se expone, el que prima en el desarrollo de este documento; así como la valoración del contenido constitucional, y las consecuencias nefastas y negativas que manchan la historia del Ecuador, cuando se recurre a este tipo de actuaciones arteras y desmedidas hacia la representación democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, C. R., & Pazmiño Vásquez, C. (2018). Transición no significa continuidad. Apuntes para discutir la coyuntura ecuatoriana. RELIGACIÓN. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, 3(12), 135-144. <https://www.redalyc.org/journal/6437/643767293009/643767293009.pdf>
- Asamblea Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Ayala Silva, K. E., Barba Tamayo, E. P., Medina Garcés, G. Y., & Andrade Ulloa, D. L. (2023). El derecho económico: Análisis del presidencialismo y parlamentarismo en Ecuador. Tesla Revista Científica, 3(1), e169. <https://doi.org/10.55204/trc.v3i1.e169>
- Bachelet, M. (2022). Crisis y fragilidad de la democracia en el mundo. Naciones Unidas Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/statements-and-speeches/2022/08/crisis-and-fragility-democracy-world>
- Barrionuevo, H. (2022). El estado de excepción y su incidencia en la gestión de eventos de conmoción social en el Ecuador. Universidad Técnica de Ambato. [Tesis previa la obtención del Título de Abogado]. <http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/36556/1/BJCS-DE-1215.pdf>
- CELAG.ORG (2023). Crisis política e institucional en Ecuador. <https://www.celag.org/crisis-politica-e-institucional-en-ecuador/>
- Cervantes, A. Protesta social en Ecuador y diseño constitucional ¿Muerte cruzada?. Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/protesta-social-en-ecuador-y-diseno-constitucional-muerte-cruzada/>
- Chalco, J. (2017). UN PRESIDENCIALISMO REFORZADO DESDE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ECUATORIANO. Universidad de Cuenca. Revista IURIS, No 16, Volumen No 1, Bianaual, 2017. <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/1161/1002>
- Chalco, J. (2019). Hiperpresidencialismo y principio democrático en Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. [Tesis previo al título de doctor en derecho]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7075/1/TD133-DDE-Chalco-Hiperpresidencialismo.pdf>
- Chiriboga, A y Pascual S. (2023). Ecuador: juicio político a Guillermo Lasso. CELAR.ORG. <https://www.celag.org/ecuador-juicio-politico-a-guillermo-lasso/>
- Civilis Derechos Humanos (2017). Derecho a la participación. <https://www.civilisac.org/nociones/derecho-a-la-participacion>
- Cornejo, D. (2018). Determinantes del Bienestar Subjetivo (BS) en el Ecuador como criterio para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. [Tesis previo al título de economista]. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/15620/Tesis%20Daniel%20Cornejo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-17-DD.T-CC, caso No. 0001-17-D.T, (2017, 21 de diciembre).
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-23-DJ/23, (2023, 29 de marzo).
- Echeverría, J. (2023). La muerte cruzada de la política en Ecuador. Latinoamerica21. <https://latinoamerica21.com/es/la-muerte-cruzada-de-la-politica-en-ecuador/>
- González Pogo, D. I., (2017). El Principio de los "Pesos y Contrapesos" en el Constitucionalismo Ecuatoriano Contemporáneo. Revista Facultad de Jurisprudencia, (2), 1-31. <https://doi.org/10.26807/rfj.v1i2.55>
- Guerrero, E. (2018). Narrativas de la legalidad en el hiperpresidencialismo constitucional ecuatoriano. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655 N°. 14, abril – septiembre 2018, pp. 175-190. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.416>
- Landívar, H. (2018). Vacíos normativos de la muerte cruzada y el control de constitucionalidad. Universidad Espíritu Santo. [Tesis previo a optar el grado de magister en derecho constitucional]. <http://repositorio.uees.edu.ec/bitstream/123456789/3105/1/HUGO%20FABRICIO%20LANDIVAR%20ORELLANA%20-%20MAESTRIA%20EN%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL.pdf>
- Montaña Pinto, J. (2011). La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Mora Varela, J. (2011). Sistema de Gobierno y Muerte Cruzada en el Constitución del Ecuador del 2008: ¿Revolución o Simple Reforma?. Economía Y Negocios, 2(1), 40-49. <https://doi.org/10.29019/eyn.v0i3.183>

- [Ortiz, R. \(2018\). Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario. SCIELO. \[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200527\]\(https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200527\)](#)
- Oyarte, R. (2019) Derecho Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Plan Nacional de Desarrollo 2021, 2025 (2021, 23 de septiembre). Consejo Nacional de Planificación. Registro Oficial NO. 544.
- Real Academia de la Lengua (2022). Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/arrogar>
- [Rodríguez, A. y Pérez, A. O. \(2017\). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. Revista EAN, 82, pp.179-200. <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>](#)
- [Rojas Tudela, F. \(2019\). Método dogmático en Derecho. La época. <https://www.la-epoca.com.bo/2019/10/12/metodo-dogmatico-en-derecho/#:~:text=El%20m%C3%A9todo%20dogm%C3%A1tico%20propone%20estudiar,la%20doctrina%20y%20la%20jurisprudencia>](#)
- [Rojas, E. \(2023\). "Muerte cruzada" en Ecuador: ¿una salida a la crisis?. DW Made for Minds. <https://www.dw.com/es/muerte-cruzada-en-ecuador-una-salida-a-la-crisis/a-65663933>](#)
- [Santaeulalia, I., y Gómez, R. \(2022, diciembre 07\). Pedro Castillo, detenido tras disolver el Congreso de Perú y decretar un Gobierno de excepción. El País. <https://elpais.com/internacional/2022-12-07/pedro-castillo-disuelve-el-congreso-y-decreta-un-gobierno-de-excepcion-en-peru.html>](#)
- [Tantaleán, R. \(2016\). TIPOLOGÍA DE LAS INVESTIGACIONES JURÍDICAS. \[www.derechoycambiosocial.com\]\(http://www.derechoycambiosocial.com\) □ ISSN: 2224-4131 □ Depósito legal: 2005-5822.](#)



1859

Sur Academia



unl

Universidad
Nacional
de Loja